

EGUZKILORE

Número 25.
San Sebastián
Diciembre 2011
165-204

EL SISTEMA PENAL: SU LEGITIMIDAD AXIOLÓGICA, CONTEXTUAL Y TELEOLÓGICA

Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI

*Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa
Doctor en Derecho*

Resumen: Se analiza la legitimidad del sistema penal en tres vertientes: la axiológica, la contextual y la teleológica. En el orden axiológico se reivindica su función de protección exclusiva de bienes jurídicos mediante la prohibición de conductas materialmente ofensivas. En el plano contextual se requiere una intervención que no sea tan tardía que excluya o debilite la necesidad de la pena. En el orden teleológico se precisa que la sanción penal garantice, con el menor nivel de aflicción posible, la vigencia de la ley, la protección de la víctima y la reincorporación comunitaria del infractor.

Laburpena: Zigor-sistemaren legezkotasuna hiru adarretatik aztertuko da: axiologikoa, testuingurukoa eta teleologikoa. Axiologikoan, jarrera iraingarriak debekatuta, ondasun juridikoen babes berezirako duen funtzioa aldarrikatzen da. Testuinguruari dagokionean, hain berankorra ez den esku-hartzea eskatzen da, zigor-premia baztertu edo ahulduko duena. Eta teologikoan, beharrezkoa da zigorrak, ahalik eta atsekabe txikiena eraginda, legearen indarraldia, biktimaren babesa eta arau-hauslearen gizarteratzea bermatzea.

Résumé : L'auteur analyse la légitimité du système de justice pénale sous trois aspects : l'axiologie, le contexte et la téléologie. Du point de vue axiologique, il est revendiqué le rôle de protection des biens juridiques en interdisant les conduites matériellement offensives. Au niveau du contexte, le système pénal requiert une intervention qui ne soit pas tardive, pour ne pas exclure ou affaiblir la nécessité de la peine. L'ordre téléologique spécifie que la sanction pénale assure l'adoption de la Loi, la protection de la victime et la réinsertion du délinquant, avec la moindre affliction possible.

Summary: Analyses the legitimacy of the penal system from three different points of focus: from an axiological, contextual and teleological standpoint. At the axiological level, it defends its function of exclusive protection of legal goods through the prohibition of materially offensive behaviour. At the contextual level, it calls for intervention that is not too late to exclude or reduce the need for legal punishment. At a teleological level, it stipulates that legal punishment guarantees, with a minimum of hindrance, the enforcement of the law, the protection of the victim and the rehabilitation of the offender.

Palabras clave: Sistema penal, Ley, inoциización, resocialización, protección de las víctimas.

Gako-hitzak: Zigor-sistema, Legea, kaltegabetzea, birgizarteratzea, biktimak babestea.

Mots clef : Système pénal, Loi, annulation, resocialisation, protection des victimes.

Key Words: Penal system, Law, restitution, rehabilitation, protection of victims.

SUMARIO

Preliminar. 1. La legitimidad axiológica del sistema penal: el progresivo tránsito del modelo resocializador al modelo inocuidador. 2. La legitimidad contextual del sistema penal: 2.1. La prescripción de la infracción. 2.2. La dilación indebida del procedimiento. 3. La legitimidad teleológica del sistema penal. 3.1. La peligrosidad criminal y la libertad vigilada. 3.2. Las penas privativas de libertad: la ejecución penitenciaria, la suspensión y la sustitución. 3.2.1. La ejecución penitenciaria. 3.2.2. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. 3.2.3. La sustitución de las penas privativas de libertad. 3.2.4. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión de los migrantes irregulares.

PRELIMINAR¹

La legitimidad del sistema penal puede analizarse desde tres perspectivas complementarias: la axiológica, la contextual y la teleológica. La legitimidad axiológica viene vinculada al cumplimiento por el sistema penal de una función de estricta protección de bienes jurídicos mediante la evitación de las conductas más severamente disvaliosas por su honda dañosidad social, sin que le competa la función de promoción de fines sociales loables o la tarea de mero reforzamiento de políticas públicas de seguridad. La legitimidad contextual exige que la reacción punitiva se produzca en contextos temporales idóneos para que la intervención penal sea un remedio hábil para cumplir las funciones comunicativas y preventivas que tiene asignada en materia delictiva. Finalmente, la legitimidad teleológica trata de garantizar que las sanciones penales respondan al principio de proporcionalidad punitiva, de manera que, con el menor nivel de aflicción para el penado, se pueda reafirmar la vigencia de la ley, proteger a las víctimas y garantizar la reinserción social del victimario sin riesgo definido de recidiva.

1. LA LEGITIMIDAD AXIOLÓGICA DEL SISTEMA PENAL: EL PROGRESIVO TRÁNSITO DEL MODELO RESOCIALIZADOR AL MODELO INOCUIZADOR

El Derecho Penal ha evolucionado influenciado, fundamentalmente, por los conocimientos ofrecidos por determinadas ciencias respecto al delincuente y la víctima (básicamente, la Criminología y la Victimología), por las necesidades de tutela de determinados valores colectivos o comunitarios (especialmente, los intereses supraindividuales) y, finalmente, por las exigencias de determinadas ideologías de paulatino predicamento (esencialmente, las que fomentan la sustitución del modelo reintegrador por el modelo inocuidador).

1. ABREVIATURAS:

CE (Constitución Española);

CP (Código Penal);

CP1995 (Código Penal de 1995);

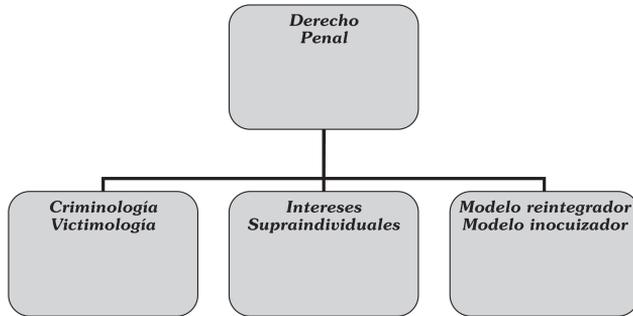
LOGP (Ley Orgánica General Penitenciaria);

LO 7/2003 (Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas);

LO 5/2010 (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal); LOEx (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social);

STC (Sentencia del Tribunal Constitucional);

STS (Sentencia del Tribunal Supremo).



La idea de peligrosidad, alimentada en determinadas ocasiones por el eco mediático de sucesos violentos, nutre las propuestas legislativas que hacen del paradigma de seguridad su razón justificativa y de la implantación de marcos de custodia su filosofía operativa². La consideración de la seguridad como un derecho fundamental ha provocado que los principios político-criminales dejen de concebirse como el fundamento de derechos reaccionales frente al Estado (que conllevan deberes de abstención), para percibirse como el sustrato de derechos a la seguridad (a los que corresponden deberes de protección por parte del Estado³). De esta forma se sustituye la seguridad en los derechos por el derecho a la seguridad.

Su progresiva implantación obedece a la siguiente secuencia: se define legalmente la peligrosidad mediante el establecimiento de grupos de riesgo y, posteriormente, se determina que la mera pertenencia a cualquiera de estos grupos de riesgo conlleva la peligrosidad del integrante. En otras palabras: se definen grupos de riesgo, se concluye que la persona que ha cometido un ilícito penal forma parte de alguno de ellos y, finalmente, se infiere, tomando como premisas la comisión de un delito y la pertenencia a un grupo de riesgo, que la referida persona cometerá en el futuro nuevos delitos, lo que justifica la afirmación de que existe un estado de peligrosidad criminal postdelictual⁴.

2. El discurso de los medios de comunicación alienta una corriente retribucionista que asigna a las penas un componente básicamente afflictivo al estimar que la justicia penal es excesivamente tolerante con el delito. Su indiscutible impacto social facilita la eclosión y afianzamiento del populismo punitivo, estrategia política que, con claros réditos electorales, trata de atribuir al Derecho Penal el protagonismo exclusivo en la respuesta a toda demanda de seguridad. M. GARCÍA ARÁN, “Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático”, *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 90. Se ha dicho, incluso, que la moderna política criminal se traduce en el plano normativo en una renacida ideología de defensa social sustentada en las ideas de peligrosidad y seguridad, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Delitos de seguridad”, *Estudios de Derecho Judicial*, 138, 2007, p. 50.

3. J.M. SILVA, “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, *La Ley*, 7464, 2010, p. 3.

4. Este modelo de intervención punitiva se asienta en el denominado pensamiento actuarial que se orienta a la gestión y redistribución de los riesgos derivados de la criminalidad. Para ello sostiene que es necesario identificar a los principales grupos peligrosos y concentrar específicamente en tales segmentos sociales los recursos de vigilancia y control. G.I. ANITUA, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 508 y ss; I. RIVERA BEIRAS, “Forma-Estado-Mercado de Trabajo y Sistema Penal (“nuevas” racionalidades punitivas y posibles escenarios penales)”, en I. RIVERA BEIRAS (coord.), *Mitologías* . . .

A la génesis de la política penal de seguridad ha contribuido, en el plano científico, la consolidación de determinadas concepciones criminológicas del delito y, en el plano social, la percepción comunitaria de la violencia a través de la lectura de acontecimientos delictivos de extremada violencia realizada por los medios de comunicación social⁵.

En el campo criminológico, las teorías de contenido rehabilitador han cedido terreno a un abanico de teorías ancladas en la estricta responsabilidad individual. La rehabilitación o resocialización tiene sentido cuando se parte de dos premisas complementarias: el delito denota un déficit de socialización que apunta a una cierta responsabilidad por omisión del Estado; el infractor es una persona dotada de libertad para protagonizar un cambio vital. Por lo tanto, el Estado, como Estado social, asume como cometido propio de la sanción una estrategia rehabilitadora que puede llevar a quien cometió un delito a llevar una vida sin delitos.

Las teorías estrictamente individuales entienden que el delito es un acto de la exclusiva responsabilidad de quien lo comete, sin contribución etiológica del Estado o la comunidad, razón por la cual el papel de los poderes públicos es estrictamente preventivo o inocuidador⁶. En el campo preventivo destacan las teorías criminológicas de la vida cotidiana y de elección racional (llamadas también criminologías actuariales). Entienden que el delito es un hecho cotidiano cometido por un delincuente racional. Consecuentemente, de lo que se trata es de calcular los riesgos de delito e incidir en los factores que el potencial delincuente tiene en cuanto a su análisis de coste-oportunidad,

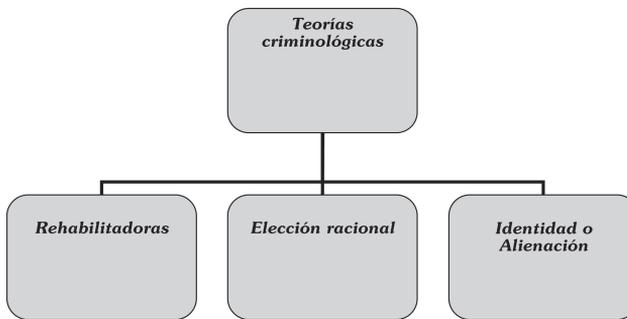
...

y discursos sobre el castigo. *Historia del presente y posibles escenarios*, Anthropos, Barcelona, 2004, pp. 308 y ss. y D. SAN MARTÍN SEGURA, "Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo", en M.J. BERNUZ BENEITEZ y A.I. PÉREZ CEPEDA (coords.), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*, Universidad de la Rioja, Logroño, 2006, 85 y ss. Fundamentalmente se trata de construir categorías de alteridad, administrando el miedo a través de políticas comunicativas de seguridad. En otras palabras: los "peligrosos" forman parte de los "desclasados", de los excluidos de la sociedad, y para ello es preciso controlarlos, vigilarlos y, si es caso, expulsarlos, utilizando para ello la idea del miedo. Z. BAUMAN, *El tiempo apremia*, Arcadia, Barcelona, 2010, pp. 27 y 77. La percepción de inseguridad engendra miedo y el miedo—al cambio, a la decadencia, a lo extraño—corroe la confianza en que se basan las sociedades civiles. T. JUDD, *Algo va mal*, Taurus, Madrid, 4ª edición, 2011, p. 23.

5. Mucho interés, a este respecto, tiene el examen de las actitudes punitivas (expresión de los puntos de vista de los miembros de la sociedad sobre los contornos y el grado de intervención penal que consideran necesario), el miedo al delito (temor de los ciudadanos a ser personalmente víctimas de la delincuencia) y la inseguridad ciudadana (miedo al crimen en abstracto, inquietud respecto al delito como problema social). Véase, C. SAN JUAN; A.I. VERGARA; L. VOZMEDIANO, "Problemas de medición del miedo al delito", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-07, Granada, 2008, pp. 2 y ss., y L. VOZMEDIANO, "Percepción de inseguridad y conductas de autoprotección: propuestas para una medición contextualizada del miedo al delito", *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 24, 2010, pp. 204 y ss. Estas distinciones confieren sentido a la distinción entre la inseguridad y percepción de inseguridad, diferencia clave en la delimitación de las estrategias político-criminales que fijan los objetivos de la tutela penal. J.M. PAREDES, "La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal", *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 20, San Sebastián, 2006, pp. 132-133.

6. Estas concepciones propugnan un Estado mínimo en el orden económico (salvo en los casos crisis, para atemperar los conflictos comunitarios que surgen cuando se produce un debilitamiento significativo de los patrones de supervivencia vital de las personas) y un Estado máximo en la lucha contra el delito.

adoptando medidas desincentivadoras tendentes a reducir la ocasión de cometer un delito. Cuando la prevención falla y el delito se comete es preciso implementar una estrategia de estricta contención o aseguramiento. Aquí anida el sustrato conceptual de las teorías criminológicas de la identidad (el delincuente es un ser peligroso que actúa maximizando sus beneficios) o de la alienación (el infractor es un ser que debe ser alejado o contenido) que contemplan el delito como un hecho excepcional cometido por un ser anómalo. Se traza, por lo tanto, una línea divisoria entre el “nosotros” (ciudadanos que no delinquen) y “ellos” (los que tienen tendencia a delinquir). De esta forma, se sacrifica el ideal de la rehabilitación por los paradigmas de la protección, el aseguramiento y el control⁷. El objetivo público no es reeducar para llevar una vida sin delito sino neutralizar al infractor creando espacios de custodia públicos que permitan un control continuo del individuo⁸. De esta forma, la inocuización garantiza la reducción de los efectos del delito sobre la sociedad sin alternar ni el contexto social ni las condiciones ambientales o personales del delincuente⁹.



De esta manera se produce una reevaluación de las estrategias de criminalización y sanción. En la tipificación, se califican como delitos conductas que constituyen una mera infracción formal de las reglas que ordenan determinados comportamientos que tienen lugar en la vía pública, (buscando, con ello, un estado de tranquilidad ciudadana fundado en la aparente paz de los espacios por los que transita), y actitudes que ponen en tela de juicio la vigencia de determinadas políticas administrativas de contención (por ejemplo, el tratamiento penal de la migración irregular). En la reacción, se susti-

7. V. GÓMEZ MARTÍN, “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, *Política Criminal y reforma penal*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 70.

8. P. FARALDO, “Estrategias actuariales en el control de la violencia de género”, *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 746.

9. El objetivo es aislar de la sociedad al infractor todo el tiempo que sea posible, demorando, de esta manera, su reincorporación comunitaria en términos dúctiles al riesgo de recidiva. B. DEL ROSAL, “¿Hacia el Derecho Penal de la postmodernidad?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-08, Granada, 2009, p. 40. V. GÓMEZ MARTÍN, “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, *Política Criminal y reforma penal*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 70. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-08, Granada, 2009, p. 40.

tuyen las estrategias resocializadoras (que tienen como premisas la distinción entre la persona y el hecho –existe una infracción, no una persona infractora– y la reversibilidad de lo humano –el que comete una infracción puede desarrollar su vida futura sin delinquir) por las respuestas inoquizadoras (existen criminales, no hechos criminales, y los mismos son irrecuperables). Esta cosmovisión sirve de aliento a una filosofía punitivista que enfatiza como objetivos prioritarios del sistema penal sancionador el castigo, la incapacitación del infractor y la protección de la comunidad¹⁰.

En muchas ocasiones esta fagocitación de la resocialización por la inoquización obedece a una concepción ideológica determinada de lo público: aquella que concibe el Estado como mera estructura institucional portadora de seguridad (el Estado policial) y no como sistema dinamizador de servicios indispensables para el mantenimiento de una mínima calidad de vida (educación, sanidad, servicios sociales). Junto a ello, y amparándose en la capacidad de penetración de los círculos mediáticos, se promueve un Derecho Penal simbólico que trata de impresionar a la colectividad más que proteger a sus integrantes¹¹. Se pretende, por lo tanto, que el Estado protagonice una respuesta rápida que conecte emocionalmente con el gran público (mostrando solidaridad con las víctimas del delito y con el miedo del público al delito), siendo irrelevante si la reacción pública es eficaz a medio plazo¹².

Es más, estas concepciones criminológicas han permitido que en el orden dogmático se haya defendido la existencia de un Derecho Penal de varias velocidades, cada uno de ellos sujeto a un régimen de garantías distinto. El Derecho Penal de primera velocidad tendría como referente los delitos de lesión de intereses inherentes al ser humano, como la vida, la libertad y el patrimonio. Este Derecho estaría sujeto a un régimen de garantías máximo, dado que su régimen sancionador se articularía sobre sanciones penales privativas de libertad. El Derecho Penal de segunda velocidad se circunscribiría a los delitos de peligro de intereses supraindividuales o colectivos, como la seguridad del tráfico, la salud pública, la seguridad laboral y la ordenación medioambiental. Tendría un régimen de garantías atenuado y, como contrapartida, el régimen sancionador excluiría las sanciones privativas de libertad. El Derecho Penal de tercera velocidad se ceñiría a las infracciones cometidas por sujetos que mantienen una actitud de permanente rebeldía u hostilidad contra el sistema social, que se manifiesta a través de actitudes (delincuentes habituales) o mediante la comisión de hechos graves (terrorismo, tráfico de drogas, criminalidad organizada). En estos casos el orden punitivo se manifiesta con penas draconianas que tratan de comunicar que el Estado no trata de sancionar a un infractor sino de estigmatizar o excluir a un enemigo¹³. Por ello, el

10. E. LARRAURI PIJOAN, “La economía política del castigo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-06, Granada, 2009, p. 2.

11. I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “La violencia en la relación de pareja: la protección de las víctimas en el sistema institucional de Justicia”, *Predicción del riesgo de homicidio y de violencia grave en la relación de pareja*, Centro Reina Sofía, Serie Documentos, 15, Valencia, 2009, p. 115.

12. V. GÓMEZ MARTÍN, *cit.* p. 65.

13. M. CANCIO MELIA, “Derecho penal del enemigo. Contexto político-criminal y concepto teórico: algunas tesis sobre la construcción de Günther Jakobs”, en M. CANCIO MELIA; B. FEIJÓ SÁNCHEZ (eds), Thomson-Cívitas, Madrid, 2008; F. MUÑOZ CONDE, Francisco, “La generalización del Derecho Penal de

régimen de garantías es mínimo, dado que tiene como destinatario a personas que han abandonado el derecho (no-ciudadanos¹⁴).

2. LA LEGITIMIDAD CONTEXTUAL DEL SISTEMA PENAL: LA PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN PENAL Y LA DILACIÓN INDEBIDA DEL PROCEDIMIENTO

La legitimidad del sistema penal precisa que su intervención se produzca en contextos temporales que permitan el cumplimiento de los objetivos de prevención general y especial que tiene asignados en una política pública propia de un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.3 CE). Por ello, la legitimidad del *ius puniendi* desaparece cuando transcurre el tiempo legalmente previsto desde la comisión de la infracción penal sin que se haya materializado el ejercicio de la acción penal. En tales casos, la imposición de una pena no cumple la finalidad de reafirmación del orden jurídico como parámetro regulador de la convivencia social. La mentada función, sin desaparecer, se debilita cuando, sin haber transcurrido el plazo legal de persecución de la infracción, la tramitación del proceso ha sufrido dilaciones indebidas y relevantes.

2.1. La prescripción de la infracción penal

La prescripción de la infracción penal puede ser analizada desde una perspectiva procesal o desde una óptica material. En el orden procesal se estima que su fundamento es la debilidad probatoria producida por el transcurso del tiempo. Se considera que el fluir del tiempo impide o dificulta la obtención de fuentes de prueba (desaparición de vestigios o testigos), provoca la desaparición de las fuentes de prueba obtenidas (muerte o incapacidad de los testigos) o limita al máximo el rendimiento probatorio obtenible de las fuentes de prueba (pérdida de memoria de los hechos por quienes los percibieron). De ahí que, en el plano procesal, se conciba la prescripción de la infracción como un óbice para el enjuiciamiento, articulándose como un incidente de previo pronunciamiento o como una cuestión preliminar al debate probatorio.

...
 excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho Penal del enemigo”, *Estudios de Derecho Judicial*, 128, 2007, p. 16 y G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 149.

14. También han alcanzado predicamento las doctrinas de lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor. Son teorías que han obtenido vigor en el marco de la llamada justicia de transición o de superación del pasado a través de instrumentos jurídicos. Propugnan la idea de justicia como derecho de las víctimas al castigo que merecen los autores, relativizando la idea de proceso debido entendida como derecho de los imputados a ser tratados de modo igualmente respetuoso sea cual sea la intensidad de las sospechas que recaigan sobre ellos. En España, a la víctima se le considera titular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales (artículo 24.1 CE). Sin embargo, tal y como ha destacado la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 218/2007 y 9/2008), “(...) la pretensión punitiva de quien ejercita la acusación, como persona agraviada, no obliga al Estado, como único titular del *ius puniendi*, a castigar en todo caso, pues la Constitución no otorga a los ciudadanos un pretendido derecho a obtener condenas penales (...)”, razón por la cual “(...) en modo alguno puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del *ius puniendi*, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado”.

En el orden sustantivo, la prescripción de la infracción se anuda a la ausencia de necesidad de la pena por el transcurso del tiempo, lo que constituye un límite autoimpuesto por el Estado para ejercer su *ius puniendi*.- El discurso sustantivo o procesal que fundamenta la prescripción ha sido objeto de análisis, desde una perspectiva estrictamente constitucional, por el Tribunal Constitucional. Ya en la STC 12/1991, de 28 de enero, se planteó la disyuntiva consistente en otorgar a la prescripción una naturaleza meramente procesal, fundada en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca, o una naturaleza sustantiva o material, basada en principios de orden público, interés general o de política criminal que se reconducen al principio de necesidad de la pena. Pues bien, el máximo interprete de la Constitución ha venido reconociendo la creciente sustantividad que el instituto de la prescripción ha ido cobrando en su jurisprudencia (fundamento jurídico segundo de la STC 63/2005, de 14 de marzo), refiriendo que se trata de una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, que toma en consideración la función preventiva, general y especial de la pena y el derecho del inculpaado a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal.

De esta forma, la referida sentencia argumenta que lo que “ (...) la existencia de la prescripción del delito supone es que éste tiene un plazo de vida, pasado el cual se extingue toda posibilidad de exigir responsabilidades por razón de su comisión”, estipulando que “Los plazos de prescripción responden pues, esencialmente, a un deseo de aproximación del momento de la comisión del delito al momento de imposición de la pena legalmente prevista, dado que sólo así pueden satisfacerse adecuada y eficazmente las finalidades anteriormente mencionadas”, y concluyendo que, transcurrido el plazo de prescripción, “(...) la imposición de una pena carecería de sentido por haberse perdido el recuerdo del delito por parte de la colectividad e incluso por parte de su autor, posiblemente transformado en otra persona¹⁵”.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es conteste a la hora de reseñar que la prescripción es una institución que pertenece al derecho material penal y no al ámbito de las estructuras procesales de la acción persecutoria (así, STS 25/2007, de 26 de enero). Su fundamento radica, según se lee en la STS 383/2007, de 10 de mayo, en “(...) poderosas razones de política criminal y utilidad social, cuales son el aquietamiento que el transcurso del tiempo produce en la conciencia ciudadana, la amonación, cuando no eliminación, de la alarma social producida, el padecimiento de la resonancia antijurídica del hecho ante el efecto invalidante del tiempo sobre los acontecimientos humanos, dificultades de acumulación y reproducción del material probatorio y hasta grave impedimento en el acusado para hacer posible su justificación”.

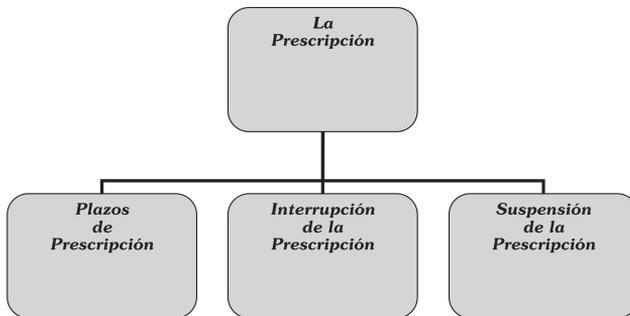
Todos estos elementos debilitan al máximo la necesidad de la pena, dado que, transcurrido un tiempo razonable desde la comisión del delito, la pena ya no cumple sus finalidades de prevención general y especial (así, STS 803/2009, de 17 de julio).

La exégesis de las líneas jurisprudenciales referidas permite obtener tres conclusiones:

15. En idénticos términos las SSTC 29/2008, de 20 de febrero y la 147/2009, de 15 de junio.

- * Se tilda la prescripción como una institución de derecho sustantivo. Por lo tanto, se fundamenta la misma en razones preferentemente materiales (aunque no exclusivamente materiales, como puede atisbarse por la referencia a la dificultad de perfeccionar el cuadro probatorio por el largo tiempo transcurrido).
- * Se esgrimen razones que tienen como referentes subjetivos a la comunidad (prevención general) y al presunto victimario (prevención especial), orillando toda mención a las víctimas.
- * Se anuda a la prescripción del delito como consecuencia ineludible la de impedir la “exigencia de responsabilidades” o la “imposición de una pena”, expresiones que no excluyen, conforme al propio fundamento material de la prescripción, que se “declaren las responsabilidades”, determinando que el acusado ha cometido un hecho injusto y culpable, aunque, dado el tiempo transcurrido, no sea factible imponer una pena.

A la luz de esta naturaleza jurídica, son tres las modificaciones operadas con la LO 5/2010: la regulación del plazo de prescripción de determinadas infracciones, la extensión de los delitos no prescriptibles y, finalmente, la regulación de la interrupción y suspensión de la prescripción¹⁶.



Con relación a la prescripción de determinadas infracciones, se configura como plazo prescriptivo de los delitos menos graves –aquellos que tienen asignados una pena de prisión o inhabilitación inferior a tres años– el de cinco años¹⁷ (artículo 131.1

16. El artículo 132.1 CP mantiene la misma regulación del *dies a quo* de la prescripción. La regla general es que los plazos prescriptivos se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los delitos continuados este día será en el que se realizó la última infracción, en los delitos permanentes cuando se eliminó la situación ilícita y en los delitos habituales cuando cesó la conducta. En los delitos contra intereses dimanantes de la dignidad de los menores de edad, el plazo prescriptivo comenzará su cómputo cuando la víctima adquiera la mayoría de edad y, si falleciera antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

17. QUINTERO estima que el plazo de cinco años resulta excesivo para algunos delitos de escasa entidad. G. QUINTERO OLIVARES, “La nueva regulación de la prescripción del delito”, *Comentarios al Código Penal*, 2011, p. 171. HERNÁNDEZ considera que si el Estado no ha sido capaz de ejercitar la acción penal

CP), y se estipula que, en los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave (artículo 131.5 CP).

También se incrementan los delitos imprescriptibles, añadiendo a los de lesa humanidad, genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, los de terrorismo, si hubiesen causado la muerte de una persona (artículo 131.4 CP). Se trata, en definitiva, de estimar que es necesaria la pena en los delitos de asesinato categorial, aquellos en los que se extermina a una persona atendiendo a la etnia a la que pertenece, al grupo social en el que se integra o a la afinidad ideológica que presenta.

Finalmente, se procede a nueva regulación de la interrupción de la prescripción y se introduce la institución de la suspensión de la prescripción.

La prescripción se interrumpe, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta (artículo 132.2 CP). Para la exégesis de esta proposición se ofrecen dos criterios normativos:

- * Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en el que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta¹⁸ (artículo 132.1^a CP).
- * La persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho¹⁹ (artículo 132.2.3^a CP).

...
 contra el presunto responsable de un delito menos grave en tres años no parece la respuesta más razonable ampliar el plazo equiparándolo al de los delitos graves. J. HERNÁNDEZ GARCÍA, “La reforma del régimen prescriptivo de los delitos y de las penas (arts. 131, 132 y 133 CP)”, *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 136.

18. HERNÁNDEZ estima que la exigencia de que el procedimiento se dirija contra persona indiciariamente responsable para producir la interrupción de la prescripción conlleva la aportación de fuentes de prueba lo que, a su juicio, impide que la mera admisión a trámite de la denuncia o de la querrela interrumpa la prescripción dado que se trata de meros instrumentos de transmisión de la *notitia criminis*. J. HERNÁNDEZ GARCÍA, “La reforma” *cit.* pp. 128-129. Sin embargo, tal y como el propio autor reseña, los indicios son datos fácticos incorporados al proceso mediante fuentes de prueba practicadas o aseguradas por el Juez de Instrucción en la fase procesal de investigación o por la Policía Judicial en la fase preprocesal, y las denuncias y querrelas, además de constituir, en el plano formal, un instrumento de transmisión de la *notitia criminis*, contienen, en el plano material, relatos en los que se ofrecen elementos factuales específicos y validables que provienen de fuentes de prueba, como las víctimas y los testigos. Ello justifica, a nuestro juicio, que la admisión a trámite por el juez de la denuncia o de la querrela interrumpa la prescripción, dado que con ello se está diciendo que existen indicios (equiprobables pero indicios al fin y al cabo) de participación de una persona determinada o determinable en un ilícito penal provenientes de un relato plausible de una fuente de prueba –la afirmada víctima o un testigo–.

19. Tal y como sostiene HERNÁNDEZ, los datos precursoros de la posterior identificación deben de trazar un círculo concreto de sospechosos intervinientes. J. HERNÁNDEZ GARCÍA, “La reforma, *cit.* “ p. 131.

Producida la interrupción, el plazo de prescripción comenzará a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena (artículo 132.2 CP).

Finalmente, se regula, por vez primera, la institución de la suspensión de la prescripción. En concreto, se estima que la presentación de una querrela o denuncia ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia. A partir de este estado jurídico –suspensión– pueden producirse las siguientes situaciones:

- * El pronunciamiento dentro de dicho plazo –contra el querrellado, denunciado, o contra cualquier persona implicada en los hechos– de una resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que puede ser constitutivo de delito o falta. En este caso, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida en la fecha de presentación de la querrela o denuncia.
- * La emisión de una resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia, o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrelada o denunciada. En estos casos continúa el cómputo del término de prescripción desde la fecha de presentación de la querrela o de la denuncia.
- * La ausencia de resolución en el referido plazo. Continúa el cómputo del término de prescripción desde la fecha de presentación de la querrela o de la denuncia.

2.2. La dilación indebida del procedimiento

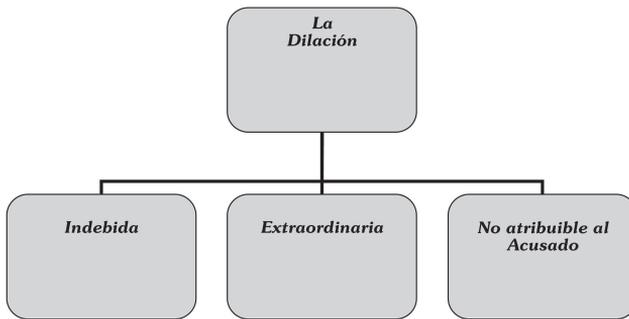
La sentencia debe ser emitida en un plazo razonable, exigencia ineludible de todo sistema de justicia eficaz. La dilación indebida –un *aliud* respecto a la respuesta tardía– constituye la vulneración de uno de los derechos fundamentales (artículo 24.2 CE) que integran el arquetipo de juicio justo o proceso debido.

Inicialmente el Tribunal Supremo entendió que la dilación indebida no tenía un remedio jurisdiccional en el orden penal. Así el Pleno no jurisdiccional de 2 de octubre de 1992 estableció que la reparación por dilaciones indebidas no era posible en el marco del Poder Judicial, debiendo ser el Ejecutivo quien acuda en remedio de semejantes situaciones mediante el indulto o las indemnizaciones en el marco del funcionamiento de la Administración de Justicia. Sin embargo, posteriormente, el Pleno no Jurisdiccional de 21 de mayo de 1999 admitió la posibilidad de aplicar una atenuante analógica de dilaciones indebidas sosteniendo que en estos casos el acusado ha tenido que padecer un sufrimiento innecesario e injustificado a consecuencia de la excesiva duración del proceso, lo que justifica compensar ese sufrimiento con una reducción de la pena de parte de la culpabilidad ya asumida con el mal dimanante de la excesiva duración procedimental²⁰. Se entiende, por tanto, que la dilación indebida

20. Han existido posturas doctrinales críticas con ese posicionamiento jurisprudencial al entender que vulnera el principio de legalidad, al arrogarse el Tribunal Supremo la capacidad de legislar. Así, F.J. ÁLVAREZ

es un mal que el condenado ha tenido que soportar por una actuación injustificada del Estado que el propio Estado debe compensar mediante una atenuación de la pena (por todas, SSTS de 15 de junio de 2006 y 3 de diciembre de 2007). En otras palabras: la dilación indebida en el proceso penal constituye un mal –como daño injusto– que, en aras a garantizar que la reacción punitiva no exceda de la culpabilidad– exige una atenuación de la pena impuesta. Para ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo acudía a la denominada atenuante analógica (por todas, SSTS 518/2010, de 17 de mayo y 659/2010, de 18 de junio).

La LO 5/2010 introduce como una atenuante ordinaria –artículo 21.6 CP– la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. Tal y como explicita la STS 794/2011, de 8 de julio, el precepto exige la concurrencia de cuatro requisitos: a) una dilación indebida en la tramitación del procedimiento; b) que esa dilación sea susceptible de ser calificada como extraordinaria; c) que no sea atribuible al propio inculpado y d) que el retraso no guarde proporción con la complejidad de la causa.



La regulación legal no impide colmar el significado de algunos conceptos jurídicos indeterminados– como el carácter indebido, la naturaleza extraordinaria de la dilación y la propia complejidad de la causa– cuya fijación no puede establecerse de forma apriorística, siendo preciso analizar las circunstancias del caso concreto²¹.

Existe dilación extraordinaria en la tramitación del procedimiento cuando la tardanza sea severa, al superar notablemente los márgenes de duración estándar de procesos similares, sin que pueda tildarse de proporcionada a la complejidad de la causa –pluralidad de partes, multitud de pruebas, necesidad de acudir a la cooperación jurisdiccional internacional etc.–.

...
 GARCÍA, “La atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6 CP)”, *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, G. QUINTERO OLIVARES, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 30 y A. MANJÓN-CABEZA, “Circunstancias Modificativas” en *Comentarios al Código Penal*, 2010, p. 48.

21. Ello ha motivado la crítica doctrinal al estimar que términos tan poco precisos conllevan una quiebra de la garantía de taxatividad inherente al principio de legalidad. F.J, ÁLVAREZ, “La atenuante...”, *cit.* p. 36.

La dilación es indebida cuando obedece a un deficiente funcionamiento del sistema institucional de Justicia, siendo atribuible al propio inculpado cuando protagoniza actuaciones procesales directamente encaminadas a prolongar de forma injustificada el procedimiento²².

La exégesis del precepto conlleva que tomando como premisa su carácter injustificado –único que permite su calificación como indebido– no procede su consideración como atenuante cuando el retraso es ordinario, emergiendo su consideración como atenuante simple cuando el retraso es extraordinario y restringiendo su estimación como atenuante cualificada cuando el retraso es escandaloso²³.

3. LA LEGITIMIDAD TELEOLÓGICA DEL SISTEMA PENAL

La legitimidad teleológica trata de garantizar que las sanciones penales respondan al principio de proporcionalidad punitiva, de manera que, con el menor nivel de aflicción para el penado, se pueda reafirmar la vigencia de la ley, proteger a las víctimas y garantizar la reinserción social del victimario sin riesgo definido de recidiva.

3.1. La peligrosidad criminal y la libertad vigilada

La LO 5/2010 introduce dos reformas sustanciales en el seno de las medidas penales²⁴. Por una parte, instaura una nueva medida de seguridad no privativa de libertad –la libertad vigilada– en la que se condensan un elenco de medidas no privativas de libertad preexistentes. Por otra, y es la novedad más sustancial, regula la libertad vigilada como medida de seguridad imponible a un imputable calificado legalmente como peligroso²⁵, a quien también se condena a una pena de prisión por un delito muy grave o grave. Esta medida de seguridad –además de ser imputable– se cumple una vez extinguida la pena de prisión impuesta por el delito cometido con plena capacidad de culpabilidad. Se diferencia, por lo tanto, de las medidas de seguridad impuestas a sujetos con una imputabilidad excluida o limitada que ora se cumplen como único remedio jurídico –caso de inimputables–, ora como remedio jurídico preferente– caso de semiimputables a quienes se asigna una medida privativa de libertad–, ora como remedio jurídico coetáneo –caso de semiimputables a quienes se impone una medida no privativa de libertad–.

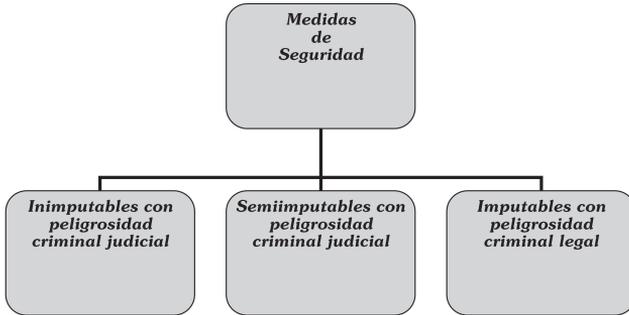
22. La STS 794/2011, de 8 de julio, estima que no procede la atenuación, por carecer de fundamento material, cuando la paralización de la actividad procesal obedeció a una voluntaria sustracción del acusado a la acción de la justicia, al permanecer más de tres años en rebeldía procesal.

23. Así, A. MANJÓN-CABEZA, “Las circunstancias”, *cit.*, p. 50.

24. Un desarrollo más amplio de las medidas penales en I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “El Código Penal ante la enfermedad penal y la peligrosidad”, *Revista del Poder Judicial*, 89, 2009, 209-238.

25. El único precedente existente en el Código Penal de imposición de una medida de seguridad a un imputable es el previsto en el artículo 60, circunscrito a un supuesto de inimputabilidad sobrevenida: el caso de penado que, después de pronunciada la sentencia firme, sufre una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena. En este caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad y garantizará que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si la pena que se cumple no es privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

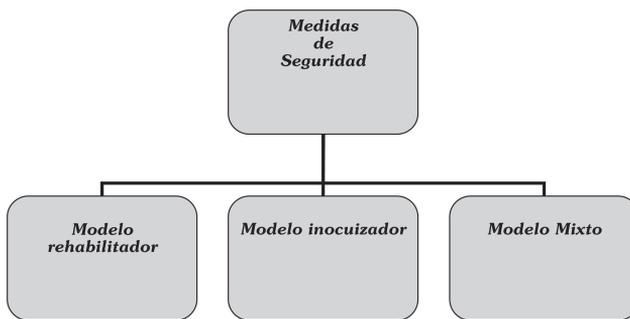
Por lo tanto, tras la entrada en vigor de la LO 5/2010, las medidas penales constituyen una sanción penal que cabe imponer a los inimputables o semiimputables que presentan una peligrosidad criminal postdelictual –artículos 6 y 95 CP– así como a los imputables calificados legalmente como peligrosos-artículo 106.2 CP–. Además, el modelo político-criminal que justifica la imposición de una medida de seguridad es radicalmente disímil según se trate de personas con la capacidad de culpabilidad excluida o limitada o de sujetos con plena imputabilidad.



El punto de partida es común, dado que viene configurado por lo dispuesto en el artículo 6.1 CP: las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. A partir de esta premisa común, surgen las diferencias. En el caso de inimputables o semiimputables, la imposición de una medida de seguridad –que podrá ser privativa o no privativa de libertad atendiendo a los criterios normativos establecidos– dependerá de un juicio jurisdiccional motivado fundado en un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos a partir del examen del hecho y de las circunstancias personales del sujeto –artículo 95.1.2º CP–. En el supuesto de imputables, la peligrosidad criminal se determina normativamente pues la ley entiende que se encuentra presente la misma cuando el sujeto declarado imputable en sentencia– y, por ello, condenado a una pena por haber cometido un delito de forma culpable– ha sido declarado responsable de la comisión de un delito de terrorismo o de un delito contra la libertad o indemnidad sexual. Es esta presunción legal *iuris et de iure* de peligrosidad lo que determina que en estos casos el artículo 106.2 CP estipule que el “el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada”. En otras palabras: en las medidas de seguridad para inimputables o semiimputables el Juez o Tribunal desarrolla una actividad jurisdiccional de fijación o determinación –pues crea el estado jurídico de peligrosidad a partir de las premisas legales–; para imputables, sin embargo, el Juez o Tribunal declara el estado jurídico de peligrosidad definido normativamente²⁶. En este punto, se detecta

26. En el caso de inimputables o semiimputables, las medidas de seguridad se imponen a los sujetos que, en la comisión de un delito, se muestren incapaces de comprender la ilicitud de sus hechos, o, comprendiéndolos, no son capaces de comportarse de acuerdo a dicha comprensión y respecto de los cuales concurra de

un tránsito del modelo rehabilitador –la medida de seguridad precisa una peligrosidad criminal definida judicialmente a la luz de la prueba practicada en el juicio– al modelo inocuizador –la medida de seguridad se vincula a un estado de peligrosidad que la ley estima existe cuando el sujeto activo ha sido condenado por delitos de terrorismo o delitos sexuales²⁷–. La única excepción a la implantación del modelo inocuizador en la medida a cumplir después de la pena de prisión cuando se trata de delitos que atribuyen a su autor la consideración de peligroso –es decir, delitos de terrorismo y delitos sexuales–, se produce cuando el penado sea primario²⁸ y el delito cometido –que debe ser único– sea menos grave. En tal caso, los artículos 192.1 y 579.3 del Código Penal permiten que el Juez o Tribunal no imponga la medida de libertad vigilada en atención a su menor peligrosidad.



...
 forma simultánea un pronóstico de reiteración posterior de hechos constitutivos de delito. Cuando se trata de imputables, se tiene en consideración que se trata de sujetos que han cometido un delito concreto y, sobre los cuales, se presume *ex lege* su peligrosidad criminal. M. ACALE, *Mediación a la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, Aranzadi, 2010, pp. 160-161.

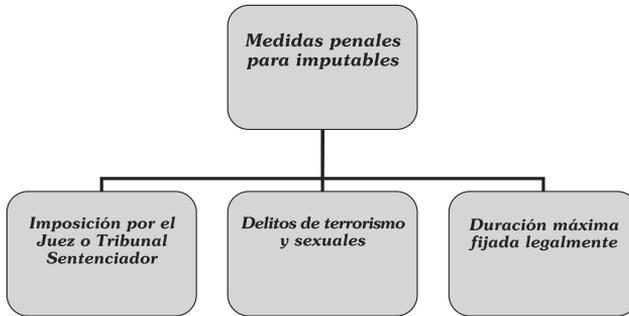
27. Para ZUGALDÍA se trata de una fórmula propia del Derecho Penal del Enemigo que se concreta en la admisión de una medida de seguridad que se impone tras la pena como consecuencia de dar preferencia a la peligrosidad del autor sobre su culpabilidad. J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2009, p. 204. REBOLLO considera que se introduce una presunción *iuris et de iure* de peligrosidad propia de un Derecho Penal de autor. R. REBOLLO VARGAS, “De las medidas de seguridad”, *Comentarios... cit.*, p. 818. ALONSO estima que responde a una tendencia que estima que el reforzamiento punitivo es uno de los instrumentos más eficaces, sino el único, para luchar contra la peligrosidad del autor cuando la pena ajustada a la culpabilidad resulta insuficiente. A. ALONSO RIMO “Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 2009, 29, p. 130.

28. En la reforma no se define qué se entiende por delincuente primario cuando se trata de discernir si procede la imposición de la medida de libertad vigilada. A nuestro juicio, no es primario el delincuente que ha sido previamente condenado en sentencia firme por un delito del mismo Título y naturaleza que el cometido, siempre que los antecedentes derivados de tal condena no estén cancelados o sean cancelables. Así, F.A. CADENA, “La reforma de la Parte General del Derecho Penal en la LO 5/2010”, *Revista Jueces para la Democracia*, 70, 2011, p. 54.

Por lo tanto, son tres las diferencias existentes entre la medida de seguridad como reacción jurídica a un déficit de imputabilidad y la medida de seguridad como consecuencia que se anuda a una imputabilidad plena. A saber:

- La medida de seguridad a un inimputable o semiimputable exige un juicio jurisdiccional motivado y específico de peligrosidad, mientras la medida de seguridad a un imputable tiene como premisa una declaración legal de peligrosidad.
- La medida de seguridad a un inimputable o semiimputable puede ser privativa de libertad o restrictiva de libertad mientras la medida de seguridad a un imputable únicamente puede ser limitativa de libertad.
- La medida de seguridad a un inimputable o semiimputable tiene que cumplirse de forma alternativa, preferente o coetánea a la pena, mientras que la medida de seguridad a un imputable se cumple una vez extinguida la pena de prisión²⁹.

La libertad vigilada consiste en el sometimiento del condenado a un control judicial específico a través del cumplimiento de alguna de las medidas previstas en el artículo 106.1 CP –no otras, dada la vigencia del principio de legalidad punitiva ex artículo 2.1 CP.– Estas medidas, han sido clasificadas por alguna doctrina³⁰ en dos grupos: las que tienen como finalidad vigilar la libertad del sometido y las que tienen como objetivo proteger a las víctimas. A mi juicio, todas las prohibiciones y obligaciones que integran la libertad vigilada tienen como objetivo proteger a las víctimas, si bien en un caso se trata de las víctimas pretéritas –aquellas que ya fueron victimizadas por el penado– y, en otro, de las víctimas potenciales –aquellas que pueden ser victimizadas por el penado–. De ahí que se haya afirmado que la medida de libertad vigilada trata de conciliar la reinserción social del sujeto en la sociedad con la protección de las víctimas³¹.



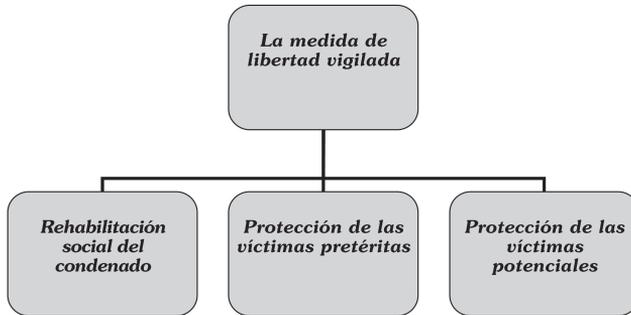
29. El sistema resultante de la reforma se configura como la imposición de una pena de prisión y de una medida de seguridad no privativa de libertad con cumplimiento sucesivo al agotamiento de la pena que, a diferencia de lo previsto en el actual art. 99, en el que se prevé la concurrencia de penas y de medidas de seguridad privativas de libertad, no permite el cumplimiento anticipado de la medida ni que se realice ningún abono a la pena por la medida de seguridad ya cumplida. R. REBOLLO VARGAS, “De las medidas de seguridad”, *Comentarios ...cit.*, p. 811.

30. M. ACALE, María, *Mediación a la respuesta*, cit, p.

31. J.M. SILVA, “La reforma”, cit, p. 8.

Esta opción político criminal puede incurrir en desproporción punitiva –exasperación del contenido aflictivo de la reacción penal– en aquellos casos en los que se vincula a una presunción legal irrefutable de peligrosidad criminal que se anuda a la comisión de determinados delitos³².

La regulación de la libertad vigilada como medida penal asignable a un imputable –al que, a partir de ahora, ceñimos nuestro análisis– se impone en la sentencia para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta –artículo 106.2 CP–. Consiste en el sometimiento del condenado a un control judicial a través del cumplimiento de una o varias de las siguientes medidas –artículo 106.1 CP–:



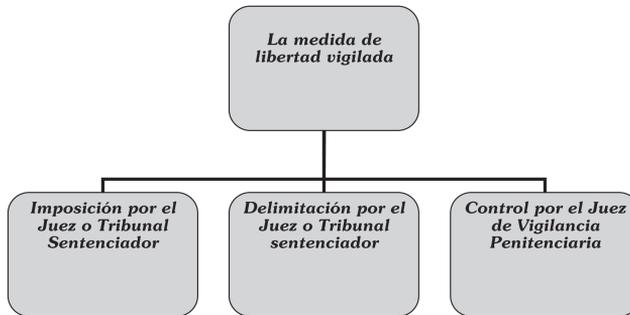
- La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.
- La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.
- La obligación de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio de lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico³³.

32. M. ACALE afirma que la libertad vigilada para imputables constituye una manifestación del Derecho Penal del enemigo, dado que al delincuente terrorista y sexual se le considera los mayores enemigos del sistema y por ello se presume ex lege que van a volver a delinquir una vez recuperen la libertad de la que han estado privados durante un largo período de tiempo. Así, *Mediación a la respuesta*. ob. cit., p. 203.

33. Esta obligación es sumamente problemática pues, a diferencia de los inimputables, tiene como referente subjetivo a personas con plena capacidad de autodeterminación volitiva, a pesar de lo cual se les impone un tratamiento médico obligatorio. Recuérdese que el artículo 2 de la Ley 41/2002, de 4 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, establece que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. Quizá esta difícil convivencia nor-

- La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.
- La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.
- La prohibición de residir en determinados lugares.
- La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

La duración máxima de la libertad vigilada será de cinco años –artículo 105.1 CP– si bien podrá alcanzar los diez años cuando expresamente lo disponga el Código –artículo 105.2 CP³⁴–. Cuando se impongan varias medidas de libertad vigilada, se procederá a su cumplimiento simultáneo, cuando sea factible atendiendo al contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, o de manera sucesiva, si no fuera factible el cumplimiento simultáneo –artículo 106.2 CP–.



Según dispone el artículo 106.2 CP, impuesta la medida de libertad vigilada en la sentencia– como medida a cumplir una vez extinguida la pena de prisión, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad –o de las penas privativas de

...

mativa explique lo dispuesto en el artículo 100.3º CP: a estos efectos, no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento inicialmente consentido. No obstante, el Juez o tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate.

34. En concreto, si alguno de los delitos de terrorismo o sexuales cometidos por el imputable es grave la duración de la medida de libertad vigilada será de cinco a diez años; si todos son menos graves, su duración oscilará entre uno y cinco años (artículos 192.1 y 579.3 CP).

libertad, si hubieran sido varias las impuestas– el Juez de Vigilancia Penitenciaria elevará una propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, tras valorar los informes emitidos por la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario y demás actuaciones que a este fin ordene. El Juez o Tribunal sentenciador, tras oír al Ministerio Fiscal, a las partes personadas, al penado y a las víctimas del delito –cuando no estuviesen personadas si así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto–, resolverá motivadamente a la luz de la propuesta, los informes emitidos y las alegaciones formuladas. Esta resolución puede tener el siguiente contenido:

- Dejar sin efecto la medida de libertad vigilada si existe un pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente el control judicial de la libertad del penado mediante la imposición de prohibiciones u obligaciones. Esta posibilidad tendrá serias opciones cuando el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia haya venido precedida de la libertad condicional cuya declaración precisa, entre otros requisitos, que exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social– artículo 90.1 c CP³⁵–.
- Fijar las obligaciones o prohibiciones que integran la libertad vigilada.

Fijado por el Juez o Tribunal sentenciador el contenido de la medida de la libertad vigilada, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, cuanto menos una vez al año, deberá trasladar una propuesta al Juez o Tribunal sentenciador –fundada en los informes elaborados por los facultativos o profesionales que atiendan al sometido a la medida o por las Administraciones competentes respecto a su situación y evolución, grado de rehabilitación y pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva– para que el órgano judicial sentenciador– con los mismos trámites de audiencia pergeñados para su adopción– resuelva– *ex* artículo 106.3 CP–:

- Modificar en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas.
- Reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas.

En el caso de incumplimiento de una o varias de las obligaciones o prohibiciones impuestas, el Juez o Tribunal, tras la audiencia a las partes, podrá, a la vista de las circunstancias concurrentes, modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Además de ello, si el incumplimiento fuera reiterado o grave –plano objetivo– y revelador de la voluntad de no someterse a las obligaciones y prohibiciones impuestas –plano subjetivo–, deducirá testimonio por un presunto delito de quebrantamiento de medida –artículo 106.4 CP–.

35. En todo caso, la cuestión importante es saber si las personas a las que se imponga la libertad vigilada van a ser excluidos de los mecanismos de reinserción previstos en nuestra legislación penitenciaria para su aplicación durante la ejecución de la pena. J. CID; B. TEBAR, “Libertad condicional y delinquentes de alto riesgo”, *Avances en la investigación en Criminología, Revista de la Sociedad Española de Investigación Criminológica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 55.

3.2. Las penas privativas de libertad: la ejecución penitenciaria, la suspensión y la sustitución

La imposición de una sanción penal puede justificarse acudiendo a cuadro modelos punitivos³⁶: el proporcionalista, el rehabilitador, el restaurativo y el inocularizador.

El *modelo proporcionalista* estima que el criterio fundamental para delimitar la sanción imponible es la gravedad del delito cometido, considerando que la pena es un mal que compensa el mal causado por el delito.

El *modelo rehabilitador* considera que la sanción es un medio idóneo para evitar la recidiva. Por lo tanto, es preciso ajustar el tipo y la duración de la pena a los factores criminógenos presentes en el delincuente –de orden personal, familiar o comunitario– y a la entidad del riesgo de reincidencia –alto, medio o bajo– anudables a los mismos.

El *modelo restaurativo* estime que la pacificación individual y social así como la reparación del daño causado a las víctimas constituye el fundamento básico para determinar la clase y duración de la sanción.

Finalmente el *modelo inocularizador* considera que el fin de la pena es privar al delincuente de la oportunidad de delinquir. Los fines preventivos, contruidos en torno a estrategias de rehabilitación de fundamento terapéutico o formativo, ceden terreno ante los objetivos neutralizadores o inocularizadores cuyo destino es aislar de la sociedad al infractor todo el tiempo que sea posible sin importar demasiado su evolución. La inocularización garantiza la reducción de los efectos del delito sobre la sociedad sin alterar ni el contexto social ni las condiciones ambientales o personales del delincuente, simplemente mediante la reubicación espacial de los delincuentes en la sociedad³⁷. En el caso de los drogodependientes este modelo punitivo propugna que el tratamiento penal expeditivo y drástico (es decir, el encarcelamiento) sustituya a la estrategia médica o terapéutica³⁸.

Los modelos punitivos persiguen justificar la pena en un modelo específico de Estado: el social y democrático de Derecho (artículo 1.1 CE). Esta configuración del Estado conlleva que la pena tenga una función de prevención de delitos ejercitable siempre que sea imprescindible para la protección efectiva de los ciudadanos. De esta forma, la legitimidad de la pena precisará la obtención de la máxima eficacia en la prevención de delitos con el mínimo costo humano³⁹. De ahí la progresiva consolidación de las teorías relativas de la pena cuya idea común es que la pena constituye un medio para la obtención de fines útiles, siendo el vertebral evitar la comisión de delitos o faltas, protegiendo, de esta forma, a la sociedad⁴⁰. El cumplimiento de este objetivo

36. Seguimos en esta materia la exposición de J. CID MOLINÉ, *La elección del castigo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 29 y ss.

37. I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-5, Granada, 2010, pp. 1-24.

38. B. DEL ROSAL BLASCO, “¿Hacia el Derecho Penal”, *cit.* p. 13.

39. S. MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 7ª edición, Reppertor, Barcelona, 2004, p. 105.

40. Una exposición de la justificación, fundamento y fines de la pena en L. MORILLAS CUEVA, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 15 y ss. En relación al CP 1995,

permite asignar a las penas una función básicamente preventiva⁴¹ que se despliega en un contexto comunitario –prevención general– e individual –prevención especial–.

La idea preventivo general no se agota en la amenaza que el anuncio de la imposición de una pena inspira al potencial infractor para disuadirle de cometer un hecho penalmente relevante (prevención general negativa); junto a ella, convive un mensaje de consolidación de la validez de la norma jurídico penal como un mecanismo idóneo para garantizar la convivencia comunitaria (prevención general positiva). Esta última prevención pretende la afirmación positiva del Derecho penal⁴² que asiente la “conciencia social de la norma”, la “confirmación de la vigencia de la norma” o la “ratificación de una actitud de respeto por el Derecho”.

El sentido preventivo especial se circunscribe a la evitación de la recidiva delictiva. En el modelo jurídico garantista la prevención especial se identificaba con la resocialización o reinserción social. En los emergentes modelos político-criminales de la seguridad los conceptos de intimidación individual y inocuización empiezan a adquirir predicamento. En estos modelos se responde con el aislamiento social y la reclusión del delincuente al fracaso de la sociedad en la resocialización de sus desviados⁴³.

...
L. MORILLAS CUEVA, “Valoración Político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, 2003, pp. 44 y ss. También A. JORGE BARREIRO, “Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, *Actualidad Penal*, 23, 2000, pp. 487 y ss. E. DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, 1999, pp. 51 y ss.

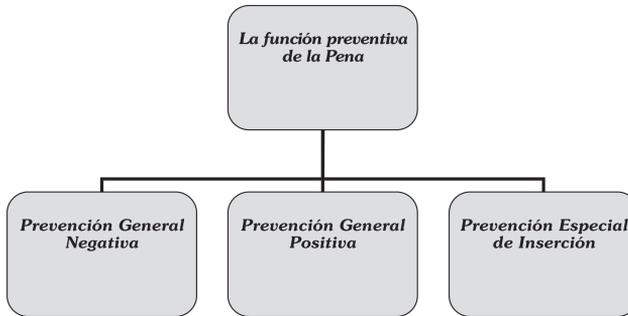
41. La criminología concibe la prevención como un concepto sujeto a verificación empírica. De ahí que se marque como objetivos averiguar si el sistema jurídico-penal imparte sanciones con certeza y celeridad y respeto a la proporcionalidad al daño causado, si el ciudadano proclive a la comisión de hechos delictivos conoce y teme el funcionamiento del aparato punitivo y si, consecuentemente, reacciona haciendo un cálculo de costes y beneficios, inhibiendo como consecuencia sus impulsos criminales y si, finalmente, el delincuente sancionado, una vez cumplida la sanción, deja de delinquir por haber interiorizado el mensaje de respeto a las normas penales. R. BARBERET HAVACANT, “La prevención general y especial”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, 1997, p. 121 y 122. H. KURY, “Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?”, *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 292 y ss.

Señala ZAFFARONI que el aserto de que la pena cumple una función preventiva en la realidad social es una proposición no verificada. E.R. ZAFFARONI, *En torno de la cuestión penal*, ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 71-72.

42. En sentido crítico, vinculando la noción de prevención general positiva con los postulados del derecho penal antiliberal, E.R. ZAFFARONI, *En torno...*, cit., pp. 154-157.

43. J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo modelo de la seguridad ciudadana”, *Revista Jueces para la Democracia*, 49, 2004, p. 32. DE LA CUESTA, acogiendo la terminología de GARLAND, sostiene que el nuevo modelo sancionador responde a las características de la denominada sociedad punitiva. A su juicio las consecuencias político-criminales de esta nueva dirección punitiva abarcan el populismo y la politización en el marco de una sensación permanente de crisis, la expansión de las infraestructuras de seguridad y comercialización del control del crimen, nuevos estilos de gestión con potenciación de la seguridad, transformación del pensamiento criminológico, reemergencia de las sanciones punitivas y de carácter aflictivo, redescubrimiento de la cárcel, ocaso del ideal resocializador y preferencia ciega por las posiciones de las víctimas. J. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Mundialización y Justicia Penal”, *Anales Internacionales de Criminología*, 2003, volumen 41, pp. 75 y 76. WACQUANT sostiene que se produce una progresiva fagocitación del Estado social

En la sociedad del siglo XXI –denominada sociedad del conocimiento– la sanción penal tiene que cumplir una función específicamente comunicativa que abarque una dimensión general –la constituida por la comunidad– y otras dimensiones individuales –la conformada por las víctimas y el victimario–. En la perspectiva general la pena desaprueba el hecho injusto cometido por el sujeto activo y ratifica la vigencia de la norma mediante su restauración, estabilizando, de esa forma, el sistema normativo. En la perspectiva individual, la respuesta punitiva repara el daño injusto sufrido por la víctima y permite contener el riesgo de recidiva del victimario.



Es indiscutible el interés social e institucional en la consecución de objetivos tan importantes como la prevención de delitos futuros, la reinserción social del infractor, la reparación y asistencia a las víctimas y la restauración de la paz social. De ahí que quepa concluir que seleccionar la pena adecuada y elegir del modelo de ejecución de la misma idóneo constituya uno de los principales desafíos del sistema penal⁴⁴. La importancia que la comunidad asigna a la consecución de los objetivos pretendidos con la imposición de una sanción penal permite concluir que la selección de la pena adecuada y la elección del modelo de ejecución son cuestiones de enorme significación

...

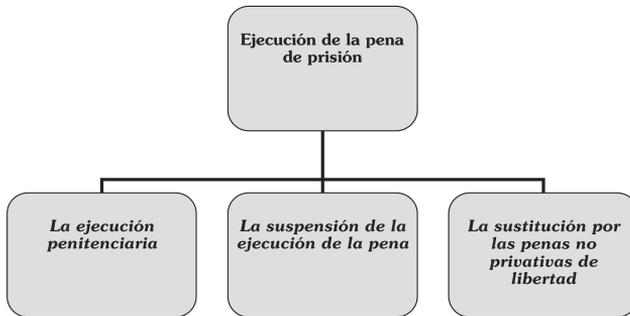
por el Estado penal. L. WACQUANT, *Las cárceles de la miseria*, ed. Alianza, 2000, Madrid, pp. 12 y 43. BUSTOS y HORMAZÁBAL mantienen que se produce una demanda social de criminalización así como una privatización del control que va paralela a la pérdida de soberanía de los Estados. J.J. BUSTOS RAMÍREZ; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo sistema de Derecho Penal*, ed. Trotta, Madrid, 2004, pp. 22 y 23. LARRAURI refiere que el aumento desproporcionado de personas en prisión desde la década de los ochenta no responde a un incremento de la comisión de delitos sino a una decisión de política criminal de cómo reaccionar ante ellos. E. LARRAURI, "La economía política del castigo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-06, pp. 2 y ss. DEL ROSAL menta que las políticas penales han experimentado un giro punitivo, haciendo de la represión carcelaria el principal mecanismo de intervención, desatendiendo la valoración y erradicación de las causas que provocan los comportamientos criminales. B. DEL ROSAL, "¿Hacia el Derecho Penal...", *cit*, p. 11.

44. J.M. TAMARIT SUMALLA, "Sistema de sanciones y política criminal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-2006, 2007, p. 2.

pública⁴⁵. De ahí que pueda sostenerse que las normas de ejecución integran el sistema global de consecuencias jurídico penales con una relativa autonomía político-criminal en la medida que la delimitación del contenido concreto de la ejecución viene determinada por principios diversos a los que informan la previsión legal de una sanción y la imposición judicial de la misma. Ello ha permitido mantener que el juez lleva a cabo, en el ámbito de la ejecución, una auténtica política criminal dentro del marco de la legalidad⁴⁶, con el riesgo, debido a la falta de criterios orientadores en el plano legal, de creación de espacios permeables a la arbitrariedad judicial⁴⁷.

En nuestro ordenamiento jurídico la ejecución de la pena de prisión puede responder a tres modelos legales⁴⁸. A saber:

- * El modelo de ejecución “en sentido estricto” de la pena de prisión, mediante su cumplimiento en un Centro Penitenciario en los términos previstos en el artículo 25.2 CE y la legislación penitenciaria.
- * El modelo de inejecución condicionada de la pena de prisión, que abarca la suspensión ordinaria (artículos 80 y 81 CP), la suspensión especial (artículo 87 CP) y la suspensión excepcional (artículo 80.4 CP).
- * El modelo de sustitución de la pena de prisión, en su modalidad ordinaria (artículo 88.1 párrafo primero CP) y excepcional (artículo 88.1 párrafo segundo CP).



45. En el plano constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sostiene que el deber de motivar la individualización judicial de la pena tiene un carácter reforzado. En concreto, mantiene que el fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales adoptadas en virtud de una facultad discrecional reconocida al Juez penal se encuentra en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. Por todas, SSTC 198/2001 y 170/2004.

46. J.M. SILVA SÁNCHEZ, “¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones en el Código Penal español”, *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, ed. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, p. 283.

47. J. BARQUÍN SANZ, “Sistema de sanciones y legalidad penal”, *Aequitas. Revista Jurídica del Poder Judicial*, 38-40, México, 2000, pp. 281-282.

48. De forma más detallada en I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, ““El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad””, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, nº 11, 2005, pp. 1-20.

La articulación de los diversos modelos está presidida por la vigencia del principio de subsidiariedad de la pena que conlleve una privación efectiva de la libertad. Este principio precisa que sólo resulte legítimo acudir a la ejecución de la pena de prisión impuesta en la sentencia cuando no exista un remedio jurídico que, con un nivel de injerencia menor en el contexto vital del sancionado, permita obtener una cumplida satisfacción de las exigencias de adecuación de la respuesta a la significación antijurídica del hecho cometido⁴⁹, protección idónea de las víctimas⁵⁰ y factible reintegración comunitaria del penado⁵¹. En otras palabras: conforme al principio de subsidiariedad de la pena de prisión⁵² el juez debe proceder a la inexecución de la pena de prisión cuando los objetivos que se acaban de reseñar no pueden ser adecuadamente satisfechos con la imposición de alguno de los sustitutivos penales previstos en la legislación⁵³. Ahora bien, esta decisión jurisdiccional está determinada por el marco legal que, en atención a la extensión de la pena impuesta –determinada por la gravedad del injusto y la importancia del reproche–, puede fijar espacios de juego disímil para ponderar la eficacia de alternativas distintas a la ejecución penitenciaria. Así, como vamos a analizar, conforme a nuestra legislación penal, las penas de prisión de duración superior a cinco años de prisión únicamente admiten como modelo ejecutivo la ejecución penitenciaria; las penas de prisión de duración superior a dos años e inferior a cinco admiten la ejecución penitenciaria y, además, la suspensión ejecutiva de la pena impuesta cuando la drogodependencia es un factor criminógeno definido y existe un contexto terapéutico que sirve de adecuado marco de contención del riesgo de recidiva, y, finalmente, las penas de prisión de hasta dos años de duración pueden ser ejecutadas penitenciarimente, suspendidas en su ejecución o, finalmente, sustituidas por penas no privativas de libertad. En otras palabras: a mayor gravedad de la infracción menores alternativas ejecutivas, opción legal vinculada básicamente a estrategias de prevención general o comunitaria.

Estos remedios jurídicos resultan complementados con la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, prevista en el artículo 89 para los extranjeros que no residen legalmente en España, que, tal y como se examinará, únicamente responde a las necesidades de reforzamiento de la política migratoria.

3.2.1. La ejecución penitenciaria

La LOGP, haciéndose eco de lo dispuesto en el artículo 25.2 CE, articuló un modelo de ejecución penitenciaria que hacía de la prevención especial la finalidad

49. Es decir: transmitir a la comunidad un mensaje de validación de la vigencia de la norma penal como medio idóneo para tutelar los intereses básicos de las personas que conforman el entramado comunitario.

50. Es decir: evitar fuentes de riesgo de nueva victimación procedentes de la conducta del victimario condenado a la pena.

51. Es decir: implementar medidas que contengan el riesgo de reincidencia a través de alternativas de contenido rehabilitador.

52. CID MOLINÉ lo define como criterio de humanidad, *La elección...*, cit, p. 33.

53. En palabras de SILVA SÁNCHEZ: las formas de ejecución más aflitivas deben sustituirse por otras menos aflitivas, salvo que las exigencias preventivas del caso concreto no lo permitan. Así “Prevención...”, cit, p. 4.

preeminente de la pena privativa de libertad. En concreto, estipuló que la ejecución penitenciaria se vertebraría conforme al sistema de individualización científica según el cual la clasificación penitenciaria respondía al pronóstico de reinserción social, tarea a efectuar por el equipo técnico de tratamiento a partir de los instrumentos de evaluación y diagnóstico (artículos 60, 63, 69 y 72.1 LOGP). De esa manera, era perfectamente factible que, cualquiera que fuera la duración de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia –cuya extensión dependía de la gravedad del injusto cometido y de la intensidad del reproche asignable a su autor–, o la etiología o naturaleza del delito cometido, el penado pudiera ser clasificado desde un primer momento de la relación penitenciaria en tercer grado, lo que conllevaba su destino en un centro de régimen abierto (artículo 72.3 y 4 LOGP).

La LO 7/2003 modificó este esquema legal y en un contexto político-criminal securitario⁵⁴ estipuló que la clasificación penitenciaria en tercer grado no podía efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta cuando se tratara de penas de prisión superiores a cinco años de duración. De forma especial, salvo que se tratara de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el juez de vigilancia penitenciaria podía acordar razonadamente, oídas las partes e Instituciones Penitenciarias, la aplicación del régimen general de cumplimiento atendiendo a la evolución del tratamiento y el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Se introdujo, por lo tanto, un período de seguridad que respondía a estrictos postulados de prevención general, que, durante la primera mitad del cumplimiento de la pena, absorbía a los objetivos de prevención especial en determinados injustos penales –en concreto delitos de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones criminales en los que necesariamente era preciso el cumplimiento de la mitad de la pena para acceder al tercer grado– y los debilitaba en el resto –la regla general era el cumplimiento de la mitad de la condena para acceder al tercer grado pero era factible que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acordara la aplicación del régimen general atendiendo a la evolución del tratamiento penitenciario y al pronóstico favorable de reinserción social–. Un sector relevante de la doctrina entendió que esta reforma era una muestra del declive de las teorías de la reinserción y la rehabilitación social y el coetáneo auge de las políticas retribucionistas y de prevención general⁵⁵.

Con la reforma que la LO 5/2010 hace del artículo 36.2 CP, para acceder al tercer grado de clasificación penitenciaria será necesario al cumplimiento de la mitad de la pena impuesta –siempre que sea superior a cinco años– en los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, delitos de agresión y abuso sexual a menores y delitos de prostitución y pornografía infantil cuando la víctima sea menor de trece años.

En el resto de delitos el Juez o Tribunal determinará, en cada caso, si es preciso el cumplimiento de la mitad de la pena para ser calificado en tercer grado de tratamiento y, en caso afirmativo, podrá el Juez de Vigilancia Penitenciaria, oídas las partes e

54. J. BAUCCELLS LLADÓS, “Artículo 36”, en *Comentarios al Código Penal*, J. CÓRDOBA RODA y M. GARCÍA ARÁN (Dirs.), Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 437.

55. Por todos, J.L. FUENTES OSORIO, “El período de seguridad” en AA.VV. *Reforma penal LO 5/2010*, Francis Lefevre, Santiago de Compostela, 2010, p. 746 y R. GARCÍA ALBERO, “Artículo 36” en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), p. 353. VER.

Instituciones Penitenciarias, y atendiendo al resultado exitoso del tratamiento penitenciario, acordar que se produzca la clasificación en tercer grado atendiendo al régimen general de cumplimiento.

La implantación de un período de seguridad constituye una revisión del sistema de individualización científica en la ejecución penitenciaria que obedece exclusivamente a criterios de prevención general. En concreto, el Código Penal estima que el cumplimiento de las necesidades de reafirmación normativa y disuasión delictiva precisa que cuando la duración de la pena excede de cinco años y su imposición venga motivada por la comisión de determinados delitos⁵⁶ el acceso al tercer grado penitenciario únicamente tenga lugar cuando se cumpla la mitad de la pena. Por ello, fija imperativamente esta necesidad, sin permitir que la misma sea modificada ni por el Juez o Tribunal sentenciador ni por el Juez de Vigilancia Penitenciaria⁵⁷. Cuando la referida pena venga impuesta por otros delitos, el juez o tribunal, atendiendo a los referidos criterios de prevención general⁵⁸, podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. En este caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria atendiendo a razones de estricta prevención especial –pronóstico individualizado y favorable de reinserción social– y previa audiencia de las partes e Instituciones Penitenciarias– podrá acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento previsto en la LOGP.

3.2.2. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad

Los paradigmas de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho, protección de las víctimas y reintegración comunitaria del victimario se encuentran presentes en la regulación que el Código Penal realiza del instituto de la suspensión ordinaria de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículos 80 y ss), suspensión especial de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículo 87) y sustitución de las penas privativas de libertad (artículo 88).

Los mentados instrumentos jurídicos constituyen sustitutivos penales, adoptando, para tal identificación, el sentido restringido de la expresión sustitutivo penal. Tal y como afirma BARQUÍN, el término sustitutivo penal, en su vertiente restringida, hace referencia a las posibilidades concretas previstas por la norma para dejar sin cumplir en todo o en parte la pena de prisión⁵⁹.

56. En concreto, los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, delitos de agresión y abuso sexual a menores y delitos de prostitución y pornografía infantil cuando la víctima sea menor de trece años.

57. Estamos ante una nueva manifestación del Derecho Penal de la seguridad dado que el precepto estima que la comisión de determinados delitos conlleva una peligrosidad del sujeto que no puede ser contenida a través de las normas generales del cumplimiento de las penas. Así, M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El período de seguridad” en F.J. ÁLVAREZ GARCÍA y J.L. GONZÁLEZ CUSAAC, *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 94.

58. En el sentido del texto, J.L. FUENTES OSORIO, “El período...” *cit.* p. 747. Estimando que son los criterios de prevención especial los que deben informar la decisión judicial, J. BAUCELLOS LLADÓS, “El artículo ...” *cit.* p. 438.

59. J. BARQUÍN SANZ, “Sistema de sanciones...”, *cit.* p. 286.

La suspensión ordinaria de la ejecución de la pena privativa de libertad⁶⁰ es factible, tal y como se regula en los artículos 80 y 81 CP, cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- la pena de prisión impuesta o la suma de las impuestas no exceda de dos años de duración, reacción jurídica acorde con el paradigma de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho cometido;
- no exista una peligrosidad criminal del sujeto⁶¹, exigencia ínsita en el paradigma de protección de las víctimas al imponer la evaluación de los riesgos de nueva victimación⁶²;

60. E. MARÍN DE ESPINOSA CEVALLOS, “Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código Penal de 1995”, *Actualidad Penal*, 35, 2000, p. 762 y ss. M. POZA CISNEROS, “Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código Penal”, *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Manuales de Formación Continuada*, 4, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 256 y ss.

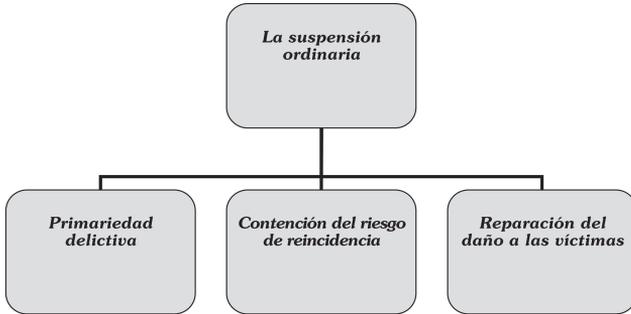
61. La LO 15/2003 introdujo una mención a la existencia de otros procedimientos penales contra el condenado a una pena de prisión cuya ejecución puede suspenderse. Este criterio no debería fundamentar una denegación de la suspensión de la ejecución cuando la suspensión y las reglas de conducta son medidas idóneas para neutralizar el riesgo de recidiva y la imposición de la pena sea suficiente para manifestar el reproche penal. A juicio de MIR PUIG, esta previsión legal puede tropezar con el principio constitucional de presunción de inocencia, por lo que no bastará una consideración automática de procedimientos no concluidos con condena ejecutoria, sino sólo en cuanto aporten concretos y suficientes indicios de peligrosidad criminal del sujeto. S. MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit, p. 685. El juicio de peligrosidad se articula en dos momentos: la comprobación de la peligrosidad específica (diagnóstico de peligrosidad) y la verificación de la relación entre dicha peligrosidad y el futuro criminal del sujeto (prognosis criminal).

En la **fase de diagnóstico** procede determinar si el sujeto reúne, con base en datos contrastables, los requisitos que indiquen una peligrosidad. Diagnosticar precisa recoger y analizar datos para evaluar la concurrencia de una situación de riesgo para la víctima.

En la **fase de prognosis** se formula un pronóstico de comportamiento futuro que, de forma apriorística, se ha formulado con arreglo a los siguientes métodos: el método intuitivo, que se basa en las apreciaciones subjetivas del juez sin apoyo científico ni técnico; el método científico, que se funda en el estudio de la personalidad del sujeto por especialistas y técnicos mediante procedimientos científicos; y el método estadístico, que se articula en torno a la aplicación de tablas de predicción elaborados por la ciencia criminológica. El único método incompatible con la racionalidad que debe presidir todo juicio judicial es el intuitivo, en la medida que se funda en razones no contrastables.

62. Sostiene CID MOLINÉ que la decisión respecto a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión se funda en un juicio individualizado sobre la peligrosidad del infractor y la idoneidad de la suspensión, con las reglas de conducta, para tratar la peligrosidad. En todo caso, señala este autor, para una consideración adecuada de la situación de la persona condenada es preciso un informe psico-social del infractor, tarea sobre la que el Código Penal guarda silencio. J. CID MOLINÉ, “Las penas alternativas a la prisión en la reforma penal de 2003”, *Cuadernos Penales José María Lidón*, 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 150-151. Este informe, que debe abarcar el riesgo de reincidencia y los factores criminógenos presentes en el penado, debe ser confeccionado por un criminólogo. J. CID MOLINÉ, *La elección...*, cit, pp. 37, 96-97, 131-132, 142. La propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, a las medidas cautelares personales, elaborada por el Grupo de Política Criminal prevé que, con carácter previo a la imposición de una pena sustitutiva a la pena privativa de libertad, el juez de ejecución postule un informe psico-social de la persona condenada. Este informe deberá analizar el riesgo de reincidencia de la persona y la posibilidad de que el peligro de reincidencia, de existir, pueda ser neutralizado con la imposición de un sustitutivo penal que incluya un contexto rehabilitador y/o un control de la libertad de la persona condenada. El artículo 28 del Real Decreto 515/2005 contemplaba que los servicios sociales penitenciarios, a petición de la autoridad judicial, confeccionasen informes sociales que fueran tenidos en cuenta, entre otras materias, en el ámbito de la sustitución de las penas privativas de libertad o la suspensión de la ejecución de las mentadas penas. El vigente Real Decreto 840/2011, de 17 de junio– que ha derogado el anteriormente mencionado– no contiene una disposición equivalente.

- el penado sea delincuente primario y haya satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, elementos inherentes al paradigma de resocialización o reinserción comunitaria⁶³.



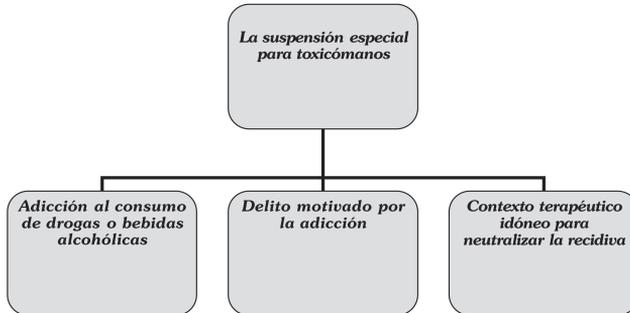
La suspensión especial de la ejecución de la pena privativa de libertad es factible, según establece el artículo 87CP, cuando concurren los siguientes requisitos:

- la duración de la pena impuesta no exceda de cinco años, reacción jurídica conforme con el paradigma de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho;
- el penado carezca de peligrosidad criminal o la misma, de existir, tenga su fuente exclusiva en la dependencia del condenado al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, exigencia vinculada al paradigma de protección de las víctimas dado que trata de contener riesgos de reincidencia mediante la constatación de la falta de peligrosidad criminal o la enervación de la fuente de peligrosidad criminal existente⁶⁴;
- el condenado, que ha cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a alguna de las sustancias anteriormente referidas, presente un certificado suficiente, emitido por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, de que el condenado se encuentra deshabitado o sometido

63. El artículo 81.3 CP configura como una de las condiciones necesarias para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad la reparación del daño a las víctimas, salvo que el propio juzgador, tras oír al Ministerio Fiscal y a los interesados, declare la imposibilidad total o parcial de reparación por parte del condenado. La referencia a la imposibilidad total o parcial pone de manifiesto la concepción económica que el legislador tiene de la reparación, obviando que la reparación puede ser incluso simbólica, razón por la cual el victimario siempre puede hacer algo para reparar el daño. De esta forma se vincula la reparación a la capacidad económica del victimario y se diluye la valoración del esfuerzo del victimario para mejorar la situación de las víctimas, dificultando su consideración como criterio preventivo-especial.

64. Cuando el condenado sea reincidente establece el artículo 87.2 CP que el juez o tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor. Si las características del hecho delictivo cometido y las condiciones de su autor ponen de manifiesto que la drogodependencia constituye el factor criminógeno exclusivo o preferente, procederá la suspensión de la ejecución de la pena con contenido rehabilitador, dado que, en tal caso, no existe un menoscabo del paradigma de protección de las víctimas.

a tratamiento para tal fin. Para valorar la idoneidad de este extremo el juez o tribunal solicitará un informe del Médico forense⁶⁵. Constituyen un conjunto de exigencias vinculadas al paradigma de resocialización en la medida que, garantizándose un tratamiento eficaz de la dependencia tóxica, se cercena de forma significativa un factor criminógeno de especial relieve. En otras palabras: en estos casos, el contexto terapéutico implementado, cualquiera que sea su modalidad asistencial, constituye un marco de contención eficaz del riesgo de reincidencia anudable a la adicción al consumo de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o productos estupefacientes⁶⁶.



Para dotar de contenido rehabilitador a la suspensión, en cualquiera de las modalidades referidas, el legislador ofrece al operador judicial un conjunto de herramientas jurídicas directamente encaminadas a evitar la producción de nuevas situaciones victimizantes. En concreto, pone en sus manos las denominadas reglas de conducta, recogidas en los artículos 83 y 87 CP.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad con imposición de reglas de conducta constituye una vía de aproximación a la *probation* anglosajona que intensifica la orientación resocializadora de la pena suspendida⁶⁷.

Las reglas de conducta constituyen específicos deberes u obligaciones que se imponen al condenado para su cumplimiento durante el período de suspensión de la ejecución

65. El Médico Forense elaborará, a instancias del juez o tribunal, un informe que se extenderá a los extremos referidos a la dependencia del consumo de sustancias tóxicas y la existencia de un tratamiento de deshabituación iniciado o culminado. I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, "Una visión jurisprudencial de los delitos de tráfico de drogas", *Revista del Poder Judicial*, 74, 2004, p. 89.

66. La STC 222/2007, de 8 de octubre, tiene ocasión de reseñar, haciendo referencia al artículo 87 CP, que "A la finalidad genérica de rehabilitación que persigue la institución del beneficio de suspensión de la ejecución de las penas (...) se une, en el caso especial del art. 87.1 CP, la de 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".

67. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Formas substitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995", *Estudios Jurídicos en Memoria de Jose María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, p. 131. También J. CID MOLINÉ, *La elección...*, cit, pp. 79 y ss.

de la pena privativa de libertad⁶⁸. Las reglas de conducta, por lo tanto, sirven para crear las condiciones precisas para la disminución del riesgo de comisión de nuevos delitos y la promoción de circunstancias díficiles para la reintegración comunitaria del infractor. Con esta finalidad común cabe diferenciar cuatro tipos de reglas de conducta⁶⁹. A saber:

- las que tratan de crear un espacio de reducción de las oportunidades de delinquir (prohibiciones de aproximación y comunicación con las víctimas y prohibición de acudir a determinados lugares);
- las que persiguen garantizar un contacto del penado con las instituciones (obligación de comparecencia ante el juzgado o tribunal o servicios de la Administración, para informar de sus actividades y justificarlas y prohibición de ausentarse sin autorización judicial del lugar donde resida);
- las que tratan de permitir la realización de hábitos o actitudes prosociales (participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial o sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de animales u otros similares, o cumplir los deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado);
- las que pretenden neutralizar el factor criminógeno (en el caso de la suspensión especial, la falta de abandono del tratamiento de deshabitación⁷⁰ durante el período de suspensión⁷¹).

68. El plazo de suspensión de la ejecución de la pena de prisión 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. El plazo suspensivo, dentro del marco legal, se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendiendo a las circunstancias personales del victimario, las características del hecho y la duración de la pena impuesta. Así lo estipula el artículo 80.2 CP.

69. R. GARCÍA ALBERO, J.M. TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 101.

70. En el ámbito de la Salud Pública conviven las estrategias de rehabilitación, centradas en la desintoxicación, con los programas de “reducción de riesgos y daños”, que pretenden tutelar la salud de las personas consumidoras de drogas. Su finalidad se centra en minimizar los efectos primarios relacionados con los abusos de sustancias psicoactivas, reducir los costos y daños secundarios generados por el consumo y disminuir la inserción en la adicción. Responden a una política preventiva que aspira a la reducción de los delitos cuya comisión tiene que ver con el consumo de drogas ilegales por parte del autor, fundamentada en la disminución de las oportunidades de delinquir. En el plano asistencial, la política de reducción de riesgos está orientada a minimizar el potencial efecto negativo del uso de drogas, mientras la política de reducción de daños tiene como objetivo la minoración de las consecuencias negativas derivadas del uso de drogas para el individuo consumidor y la comunidad en la que se inscribe. Un análisis de su contenido, J.A. del CERRO ESTEBAN, “Programas para la reducción de riesgos y daños derivados de las drogodependencias. Aspectos jurídicos”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 16, 2002, pp. 10-14 y X. ARANA, I. GERMÁN, “Programas de testado de sustancias: intervención en reducción de riesgos y daños como estrategia de prevención en materia de drogas”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 16, 2002, pp. 153-195. En relación a la difícil convivencia entre la política prohibicionista a nivel legal y una política de reducción de daños a nivel asistencial, J. MUÑOZ SÁNCHEZ, “Problemas legales de las políticas de reducción de daños”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 16, 2002, pp. 45 y 46. Una aplicación estricta del principio de coherencia en la actuación de los poderes públicos, que abarque los planos preventivos, asistenciales y reactivos, justificaría realizar una exégesis amplia del término tratamiento de deshabitación, en aras a posibilitar la inserción en su ámbito de las estrategias de mantenimiento o sustitución –el caso paradigmático es el programa de metadona– y de los programas de reducción de daños.

71. El periodo de suspensión oscila entre los tres y los cinco años. Para fiscalizar el cumplimiento de la condición rehabilitadora se establece la obligación del centro o servicio responsable del tratamiento de facilitar al juez o tribunal sentenciador la información precisa para comprobar el comienzo del tratamiento, su evolu-

El incumplimiento de las reglas de conducta permitirá, previa audiencia de las partes, la sustitución judicial por otras reglas o la prórroga del plazo de suspensión sin que, en este último caso, la duración total exceda de los cinco años (artículo 84.2 a y b CP). La reiteración en el incumplimiento justificará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículo 84.2 c CP), lo que conlleva la ejecución de la pena suspendida (artículo 85.1 CP).

Existen, sin embargo, dos supuestos en los que el incumplimiento de la regla de conducta, aun no siendo reiterado, conlleva la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

En el seno de los delitos relacionados con la violencia de género⁷² (una de las modalidades de victimación familiar), la infracción por el victimario de la prohibición de acudir a determinados lugares o de aproximarse o comunicarse con las víctimas, (deberes de imposición obligatoria en este tipo de victimación), determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículo 84.3 CP⁷³).

En el ámbito de la suspensión especial, el incumplimiento de la obligación de seguimiento del tratamiento de deshabitación conllevará la revocación de la suspensión (artículo 87.5 párrafo primero CP). Si transcurrido el plazo de suspensión no se ha acreditado la deshabitación del penado, se ordenará el cumplimiento de la pena de prisión de ejecución suspendida, salvo que el juez o tribunal, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento. En este último supuesto podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años (artículo 87.5 párrafo segundo CP).

Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin que el sujeto haya delinquido y, cumplidas, en su caso, las reglas de conductas fijadas por el juez o tribunal, se acordará judicialmente la remisión de la pena (artículo 85.2 en relación con el artículo 87.5, ambos del CP).

La diversidad de opciones normativas en materia de suspensión de la ejecución de la pena de prisión contrasta con una praxis judicial caracterizada por el automatismo en su concesión y la ausencia de verdadero contenido en su ejecución⁷⁴. La verificación

...
ción, las modificaciones que puede experimentar así como su finalización. Esta información se suministrará en los plazos que reseñe el juez o tribunal sentenciador y, en todo caso, de forma anual.

72. En el tratamiento jurídico de la suspensión y la sustitución de la pena privativa de libertad, PEREZ-OLLEROS distingue entre la violencia de género, por una parte, y la violencia doméstica y asistencial, por otra. F.J. PÉREZ-OLLEROS, "Cuestiones y respuestas sobre la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género", *La Ley*, 6273, 2005, pp. 6 y 7.

73. El legislador, con una opción político criminal que no deja margen de maniobra para la ponderación judicial, estima que el incumplimiento de estas específicas reglas de conducta conlleva un riesgo de recidiva que únicamente puede ser neutralizado mediante la ejecución penitenciaria de la pena de prisión. Más ampliamente, I.J. SUBIJANA, "La igualdad en..." *cit.* pp. 1-24.

74. Fundadamente crítico se muestra al respecto TAMARIT SUMALLA quien refiere que a menudo el propio juez tiene una insuficiente conciencia del papel que ejerce en un sistema en que las normas jurídicas relativas a la imposición y la ejecución de las sanciones penales constituyen manifestaciones específicas de una discrecionalidad jurídica en la que los operadores judiciales están llamados a efectuar una tarea de desarrollo y concreción del Derecho. J.M. TAMARIT SUMALLA, "Sistema de Sanciones...", *cit.*, pp. 4-5. M. POZA CISNEROS, "Las nuevas tecnologías en el ámbito penal", *Revista del Poder Judicial*, 65, 2002, p. 111.

de la presencia de los requisitos normativos imperativos y la intuición respecto a la prognosis de comportamiento criminal futuro fundamental, en la mayoría de las ocasiones, una decisión judicial; lejanas se encuentran todavía las aportaciones científicas que permitan conferir cuerpo argumental a conceptos –como la peligrosidad criminal– de indudable contenido criminológico⁷⁵.

3.2.3. La sustitución de las penas privativas de libertad

El artículo 88.1 CP estipula que 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. Como novedad de la LO/2010, se contempla que, en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también se podrá sustituir por la pena de localización permanente⁷⁶. Las mencionadas sustituciones se permiten aunque el delito cometido no contemple estas penas⁷⁷ y se fundará en las circunstancias personales del reo⁷⁸, la naturaleza del hecho⁷⁹, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño⁸⁰ así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales⁸¹.

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

75. J. CID MOLINÉ, haciéndose eco de la reflexión de SANZ MORÁN, indica que el método intuitivo es el que predomina en la práctica judicial para la predicción de la peligrosidad criminal. J. CID MOLINÉ, *La elección....*, cit, pp. 65-66.

76. La localización permanente se prevé, además de como una pena autónoma en las faltas, como una pena sustitutiva de las penas de prisión que no excedan de seis meses (artículo 88.1CP). La regla general es que su cumplimiento tenga lugar en el domicilio o lugar fijado por el Juez con la utilización, en su caso, de medios mecánicos o electrónicos que permitan su localización (artículos 37.1 y 4 CP). Como regla especial se prevé su cumplimiento en el Centro Penitenciario más próximo al domicilio del penado los sábados, domingos y días festivos siempre que concurren cuatro requisitos: la pena esté prevista como pena principal, lo prevea el precepto aplicable, exista una reiteración en la comisión de la infracción y lo decida el Juez (artículo 37.1 CP).

77. La regla de conversión legal es la siguiente: cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por día de localización permanente.

78. Inequívoca referencia a la existencia de un contexto– integrado por variables de crecimiento personal, vinculación familiar e inserción laboral y social– que posibilite un proyecto vital en libertad sin delinquir.

79. Mención a las razones de prevención general articuladas en torno al mensaje de reafirmación del valor de la norma penal como pauta válida de convivencia social.

80. Es un factor de inserción social constructiva muy potente que el penado restañe el daño causado pues, de esta manera, además de restaurar lo causado por él, reconoce la validez de la norma penal como instrumento de protección de bienes jurídicos. Así, P. GALAIN, *La reparación de daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 333.

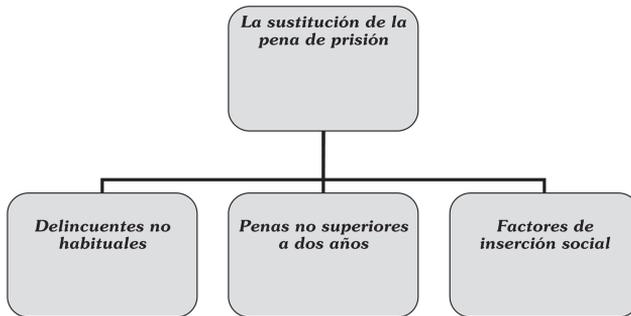
81. Define el artículo 94 CP los reos habituales como aquellos que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años y hayan sido condenados por ello. Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 CP y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad.

se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social⁸².

La sustitución, en cualquiera de los dos casos mencionados, permite la imposición de una o varias de las reglas de conducta pergeñadas en el artículo 83 CP por tiempo que no exceda de la duración de la pena sustituida, siempre y cuando no se hayan establecido como penas en la sentencia.

En el caso de comisión de un delito relacionado con la violencia de género, la sustitución de la pena de prisión se realizará por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad⁸³ y conllevará la imposición de tres reglas de conducta:

- prohibición de acudir a determinados lugares;
- 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;
- sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico.



La sustitución de la pena de prisión también está presidida por los paradigmas de adecuación a la significación antijurídica del hecho, protección de las víctimas y

82. Lo excepcional de esta sustitución debe vincularse al surgimiento de lo que la Criminología del desarrollo denomina narrativa del cambio. Es decir, la modificación de los factores personales– tratamiento de distorsiones cognitivas o adicciones, gestión eficaz de las emociones vinculadas a la frustración– o relacionales –aparición o reforzamiento de vínculos familiares, introducción en el espacio laboral– que actuaban como potenciales y eficaces factores criminógenos. Este esquema reactivo tiene como premisa el modelo del triple riesgo delictivo que sugiere que el riesgo delictivo de una persona depende de la interacción y la combinación de tres fuentes etiológicas diferenciadas: las disposiciones y las capacidades personales; el apoyo prosocial recibido y las oportunidades para el delito. S. REDONDO ILLESCAS, "Individuos, sociedades y oportunidades en la explicación y prevención del delito: Modelo del Triple Riesgo Delictivo (TRD)", *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 7, Número 6, 2008, p. 9.

83. Se excluye la sustitución de la pena de prisión por la pena de multa para evitar que el pago de la multa, al suponer un detrimento del patrimonio del condenado, repercuta negativamente en las víctimas que dependen económicamente del obligado al pago. J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 154.

reintegración comunitaria del victimario. Su limitación a penas privativas de libertad que, en todo caso, no excedan de dos años constituye una aplicación concreta del paradigma de adecuación de la intensidad respuesta a la significación antijurídica del hecho. La contemplación del esfuerzo para reparar el daño como un criterio jurídico de la sustitución y la implementación de reglas de conducta para reducir las posibilidades de comisión de nuevos delitos y consiguiente creación de nuevas víctimas supone una plasmación del paradigma de protección de las víctimas. La introducción de la frustración de los fines de prevención y reinserción social como el objetivo jurídico que permite la sustitución de penas de prisión de duración superior a un año e inferior a dos, conlleva un reconocimiento del paradigma de reintegración comunitaria.

La regulación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión y la sustitución de la pena de la misma naturaleza permite constatar que, en muchas ocasiones, el juzgador, ante unas mismas circunstancias factuales y normativas, puede acudir a una y otra institución⁸⁴. A falta de criterios normativos explícitos para justificar la opción jurisdiccional, (situación difícilmente compatible con las exigencias del principio de legalidad⁸⁵), en aquellos casos en los que se encuentran presenten las notas que permitan la incardinación del supuesto sujeto a la decisión jurisdiccional en las normas reguladoras de la suspensión y la sustitución⁸⁶, son las necesidades preventivas –generales y especiales– las que determinan la idoneidad de acudir a una inejecución condicionada o a una ejecución sustitutiva. En otras palabras: procederá acudir al remedio jurídico que, de la manera menos aflictiva, permite contener de la forma más eficaz el riesgo de reincidencia (interés comunitario), asistir, proteger y reparar a la víctima (interés de la víctima) y rehabilitar al infractor (interés del penado). Si se opta por la sustitución, la elección de la pena sustitutiva atenderá, por una parte, a las alternativas legales existentes –disímiles en atención a la clase de injusto cometida y a la duración de la pena impuesta–, por otra, a la existencia de un consentimiento del penado que abarque a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad –esta pena, ex artículo 49 CP, no puede imponerse sin el consentimiento del penado– y, finalmente, por otra, a las específicas necesidades de reinserción social del obligado al cumplimiento.

El incumplimiento de la pena sustitutiva⁸⁷ conllevará la ejecución de la pena de prisión inicialmente impuesta, descontando la parte de tiempo al que equivalgan las cuotas satisfechas –si se trata de la pena de multa– las jornadas de trabajo realizadas –si es la pena de trabajos en beneficio de la comunidad– o los días cumplidos– si se trata de la pena de localización permanente.

84. J. BARQUÍN SANZ, “Sistema de sanciones...”, cit, pp. 281 y 309.

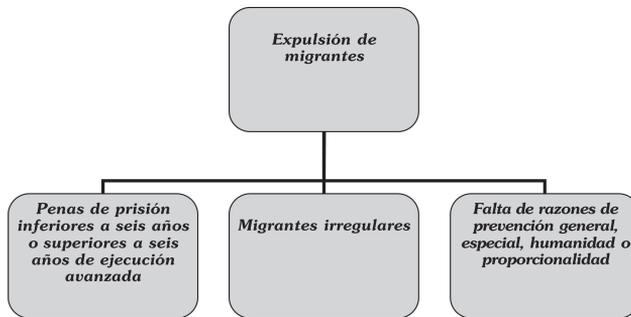
85. J. BARQUÍN SANZ, “Sistema de sanciones...”, p. 281.

86. Ello no caecerá cuando el condenado sea delincuente primario, pues, en tal caso, únicamente cabe la sustitución.

87. No se contemplan las consecuencias que se asignan al incumplimiento de las reglas o deberes de conducta impuestas por el Juez o Tribunal. No cabe entender que se produce el incumplimiento de la pena sustitutiva pues ello conllevaría conferir, en perjuicio del penado, a los términos empleados por el legislador una significación que va más allá del tenor literal posible, lo que constituye una aplicación analógica prohibida por el artículo 4.1 CP. En el sentido del texto, M. GARCÍA ARÁN, “Artículo 88” en *Comentarios al...cit.*, p. 733.

3.2.4. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión de los migrantes irregulares

Desde el CP 1995 la legislación positiva conoce un nuevo sujeto destinatario de una respuesta punitiva específica: el extranjero no residente legalmente en España⁸⁸. Primero de forma potestativa⁸⁹ y, ulteriormente, a partir de la LO 11/2003, de forma imperativa⁹⁰, el artículo 89.1, en la redacción conferida por la LO 5/2010, determina que 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.



88. La Criminología de la alteridad o “del otro” ha construido sobre el migrante una categoría de sujeto potencialmente incardinable en narrativas de riesgo dado que aparece en el discurso público, de forma explícita o de manera más taimada, como responsable del desorden público y la inseguridad ciudadana. En este sentido, se han identificado hasta cinco prejuicios negativos sobre los migrantes que justifican su consideración como responsables de los plurales males sociales. A saber: el mito del migrante invasor del territorio propio; el mito del migrante delincuente; el mito de los migrantes como responsables del desempleo creciente o de la reducción significativa de los salarios; el mito del migrante como consumidor voraz de las ayudas, y, finalmente, el mito del migrante como inadaptado social. Así, A. DAUNIS RODRÍGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada, 2009, pp. 25 y ss. y M. PAJARES, *Inmigración y mercado de trabajo*. Informe 2010, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, pp. 135 y ss.

89. El artículo 89.1 CP, en su versión original, establecía que 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 se haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado.

90. El artículo 89.1 CP, tras la reforma operada por la LO 11/2003, establecía que 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.

El precepto es tributario de la denominada administrativización del Derecho Penal, en la medida que, ayuno de todo referente político criminal (es decir, de principios que se anuden a los objetivos preventivos de la intervención penal), persigue, únicamente, reforzar la política de fronteras mediante la exclusión de quien no reside legalmente en España⁹¹. En otras palabras: lo significativo no es que se cometa un delito –pues la expulsión no es un efecto derivado de la comisión de un ilícito penal– sino una circunstancia exógena al injusto culpable cometido: que quien lo cometa sea una persona extranjera que no resida legalmente en España –que es lo que determina que deba ser expulsado–. De ahí que, en el plano doctrinal, se haya defendido que el artículo 89 CP es la muestra de una inadmisiblemente instrumentalización del Derecho Penal al servicio de las políticas migratorias⁹².

Una apuesta por la autonomía del Derecho Penal –es decir, un reconocimiento de su valor intrínseco– exige ubicar en el plano exegético la potenciación de los criterios teleológicos que vinculan la expulsión –como reacción jurídica impuesta por un juez del orden penal– al cumplimiento de las finalidades propias de toda sanción penal: la reafirmación normativa, la prevención general disuasoria y la prevención especial resocializadora⁹³.

Tal y como ha quedado referido el universo subjetivo de la expulsión lo constituyen los extranjeros no residentes legalmente en España. Se trata de los migrantes irregulares⁹⁴, es decir, aquellos que carezcan de autorización de residencia –temporal o de larga duración, artículos 30 bs y ss. LOEx– o de estancia (artículo 30 LOEx). Respeto a los mismos el artículo 89.1 CP estipula que las penas privativas de libertad

91. Esta exclusión responde a un comunitarismo defensivo que, frente a la visión universalista que estructura la pertenencia en torno al sujeto o la persona igual en derechos, estima que el sentido de pertenencia se construye en torno a la identidad, lo que legitima la expulsión del distinto. A. TOURAIN, *Después de la crisis*, Paidós, Madrid, 2011, pp. 93 y 116. Por lo tanto, las políticas públicas de rechazo al migrante obedecen tratan de calmar la angustia generada por lo que se siente como una pérdida de posición en el sistema social de especial importancia cuando se vive una situación de profunda crisis económica. E. MORIN, *La vía para el futuro de la humanidad*, Paidós, Barcelona, 2011, p. 70.

92. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir), *cit.* p. 692; RODRÍGUEZ MESA, “El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina. Funciones instrumentales y simbólicas”, en Pérez Alvarez (ed.), *Serta in Memoriam Alenxandri Barratta*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p.p. 859 y ss.; SOUTO GARCÍA, *cit.* p. 313 y TERRADILLOS BASOCO, “Inmigrantes, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina”, en Faraldo Cabana (dir.), *Puente Aba y Souto García (coords.)*, *cit.* pp. 276 y ss.

93. Un fundamento político criminal compatible con los principios del sistema penal de un Estado de Derecho precisa que toda reacción penal responda a finalidades de prevención general, anclados en la reafirmación normativa, y a objetivos de prevención especial, estructurados en torno a funciones resocializadoras. Ajenos a esta concepción se encuentran fines como la incapacitación o segregación del migrante condenado, la utilización de la sanción penal como un instrumento de refuerzo de la política de fronteras y, finalmente, el empleo de la expulsión como un medio de reducir la población carcelaria extranjera.

94. Consideramos muy atinada las observaciones de BRANDARIZ referidas al empleo de la expresión migrante irregular para referirse al extranjero que no reside legalmente en España. La opción migrante es preferible a la de inmigrante e emigrante dado que centra su perspectiva de análisis en el sujeto, definiéndolo por su movilidad, frente a las otras expresiones que se aproximan a esta realidad colocando el centro neurálgico de la valoración en el Estado al que se llega o del que se parte. La mención a la irregularidad deja constancia de que los seres humanos no son “ilegales” sino que, más bien, pueden encontrarse, conforme a determinados parámetros definidos por la legislación de fronteras, en un contexto de residencia irregular. BRANDARIZ GARCÍA, *Sistema penal y control de los migrantes*, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 6-7.

inferiores a seis años les serán sustituidas por la expulsión del territorio nacional. Esta obligatoriedad presenta dos excepciones, una de naturaleza normativa y otra de orden jurisdiccional. En el plano normativo, el artículo 89.7 CP dispone que la expulsión no será de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a los que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código. Por lo tanto, se excluye de la expulsión a los extranjeros condenados por delitos relacionados con las migraciones irregulares: las infracciones contra los derechos de los trabajadores vinculados al tráfico ilegal de mano de obra o a fenómenos migratorios (artículos 312 y 313 CP), y los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis CP)⁹⁵. En el orden jurisdiccional el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada puede rechazar la sustitución⁹⁶ si aprecia razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. Entre las mismas cabe destacar las siguientes: que la naturaleza del delito justifique que la reafirmación normativa –prevención general positiva– y la disuasión de la motivación delictiva –prevención general negativa– únicamente se cumpla con la ejecución de la pena privativa de libertad; que las circunstancias personales del penado– su arraigo social, su específica situación familiar o la existencia de menores dependientes– permita concluir que la expulsión conlleva una injerencia intolerable en el derecho a la vida privada y familiar del penado al ostentar un perfil hondamente excluyente y desocializador⁹⁷; que la expulsión frustré de forma definitiva el derecho a la reparación de la víctima; que existan riesgos definidos de que la persona expulsada pueda ser sometida a torturas o tratos degradantes en su país de origen, y, finalmente, que, atendiendo al grado de cumplimiento de la privación de libertad– por haber sufrido, por ejemplo, la prisión provisional como medida cautelar– la acumulación sucesiva de la ejecución parcial de la pena de prisión y la medida de expulsión provoque que la respuesta sancionadora incurra en desproporción por incurrir en la prohibición de exceso punitivo⁹⁸. Por lo tanto, la denegación jurisdiccional de la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión puede descansar en

95. En estos delitos suelen darse modalidades de delincuencia internacional en los que la expulsión es un riesgo mínimo asumible por los responsables, quienes, una vez expulsados, pueden seguir cometiendo los mismos delitos desde otro país. M. GARCÍA ARÁN, “Artículo 89” en *Comentarios*, cit. p. 740.

96. Que en todo caso debe ser solicitada por la acusación, tal y como explicita la STS 791/2010, de 28 de septiembre.

97. Las SSTS 901/2004, de 8 de julio, 906/2005, de 17 de mayo y 498/2009, de 30 de abril, entre otras muchas, argumentan que es preciso realizar una lectura en clave constitucional del artículo 89 del Código Penal, en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia, se amplíe la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado.

98. Las SSTC 145/2006, de 8 de mayo, y 110/2009, de 11 de mayo, entendieron que la acumulación de una pena de prisión parcialmente cumplida y de una expulsión supone una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva-artículo 24.1 CE– al obedecer a una interpretación no razonable del artículo 89 CP. Por su parte, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO señala que si, por falta de medios, la expulsión no puede llevarse a cabo en el momento de inicio del cumplimiento de la pena, tampoco podrá hacerse más adelante, cuando se haya cumplido una parte relevante de ella, pues esto supondría una infracción del principio *non bis in idem*. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, La Ley, Las Rozas, 2007, pp. 684 y ss.

razones de prevención general, de prevención especial, de protección de las víctimas o de respeto al principio de proporcionalidad punitiva⁹⁹.

Además de en la sentencia, puede acordarse la sustitución de la pena de prisión por la expulsión en un auto motivado posterior (artículo 89.1 CP). La autonomía del Derecho Penal exige que todos los elementos que configuran el hecho que determina la sanción penal se produzcan en el momento de su comisión. Es decir, que tanto los elementos que integran el injusto penal –los que justifican la imposición de la pena de prisión inferior a seis años– como los que delimitan la irregularidad del migrante– que legitiman la sustitución de la pena de prisión por la expulsión– deben estar presentes en el momento de la comisión del hecho. Y ello con independencia de que la sustitución se acuerde en la sentencia o en un auto de ejecución. Por lo tanto, no cabe la expulsión penal del migrante que siendo su situación regular en el momento de la comisión del hecho delictivo deviene la misma irregular en el momento de la sentencia o de su ejecución¹⁰⁰. Ahora bien, si con posterioridad a la fecha de comisión del hecho el migrante –de residencia irregular en tal momento– adquiere la residencia regular, no será factible la expulsión, dado el carácter unitario del orden jurídico y la significación de *última ratio* del Derecho Penal¹⁰¹.

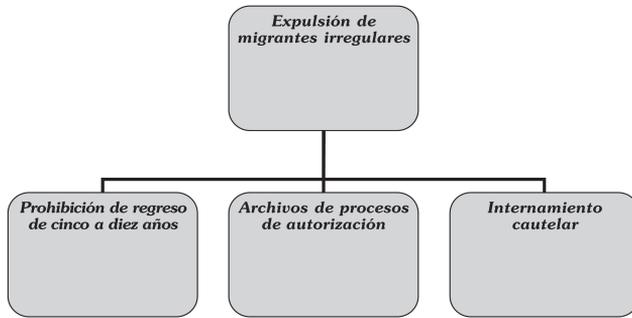
La expulsión conlleva una prohibición de regreso a España que oscila entre los cinco y los diez años desde la expulsión. Será, por tanto, el Juez o Tribunal quien fije el tiempo de la prohibición de regreso, atendiendo, según dispone el artículo 89.2 CP, a la duración de la pena de prisión –razones de prevención general– y las circunstancias personales del penado –razones de prevención especial–. De esta forma se atenúan, si desaparecer del todo, las severas dudas de compatibilidad con el principio

99. El principio de proporcionalidad punitiva resulta severamente cuestionado cuando se plantea que el penado sea expulsado cuando acceda al tercer grado penitenciario o cumpla las tres cuartas partes de la condena, tal y como dispone el artículo 89.5 CP. En este precepto el legislador ha determinado que, sea cual fuere la duración del pena de prisión impuesta, la expulsión ha de producirse en una fase avanzada de la ejecución. Por ello se ha resaltado que esta modalidad de expulsión tiene que acordarse con todas las cautelas necesarias para evitar que constituya un ejercicio *ne bis in idem* prohibido. BRANDARIZ GARCÍA, *Sistema penal*, cit., p. 205. Tal y como establece la STS 949/2009, de 28 de septiembre, no parece muy compatible con las razones y los fines del Derecho penal que, tras haber cumplido el período más importante de la pena privativa de libertad, se acuerde de forma automática la expulsión del territorio nacional del penado sin atender a las consecuencias que de ello se derivan para su situación personal y social y su influencia en el objetivo de una posible reinserción. Con lo cual, al cumplimiento real de la pena privativa de libertad se le suma al final una medida aflictiva que poco tiene que ver con el tratamiento de reinserción precedente y que, como norma general, viene más bien a añadir una nueva pena a la que ya tiene cumplida.

100. En tal sentido, BRANDARIZ GARCÍA, *Sistema penal*, cit. p. 177. En sentido contrario, M. GARCÍA ARÁN, “Artículo 89” en *Comentarios... cit.* p. 738.

101. Sería contrario a tales principios que lo que no es factible en el Derecho Administrativo Sancionador –expulsar a quien tiene una residencia o estancia regular– sea posible en el Derecho Penal. En el sentido del texto, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Artículo 89”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (DIR.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2010, Valladolid, p. 402; BRANDARIZ GARCÍA, *Sistema penal*, cit. p. 178. Como afirma DÍEZ RIPOLLÉS el principio de unidad del ordenamiento jurídico es un efecto derivado de los principios de intervención mínima y edificación de los ilícitos penales sobre los ilícitos no penales, lo que justifica concluir que, a partir de ilícitos específicos direccionalmente coincidentes en el plano valorativo, no caben soluciones divergentes entre los diversos sectores jurídicos concernidos en lo atinente a la definitiva consideración como lícita o no de una misma conducta. J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, *La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal*, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2º edición, 2011, pp. 111-112.

de proporcionalidad que se derivaban de la imposición imperativa, antes de la última reforma, de un plazo de prohibición de regreso de diez años, cualquiera que fuera la duración de la pena de prisión sustituida y, consecuentemente, la gravedad del injusto cometido¹⁰².



De forma complementaria, el artículo 89.3 CP dispone que la expulsión provocará el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviese por objeto la autorización de residencia o de trabajo. Además, y como específica novedad, el artículo 89.6 CP establece que en los casos en que, habiéndose acordado la expulsión, el migrante condenado no esté o no quede privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el órgano sentenciador puede disponer su ingreso en un centro de internamiento, a los efectos de asegurar su expulsión. Se vuelve a producir una penetración de instituciones administrativas en el orden penal, provocando que el internamiento sea, además de una medida cautelar que se puede adoptar en un procedimiento administrativo sancionador, un recurso jurídico que puede implementarse en un proceso penal para garantizar un espacio de privación de libertad de estricto aseguramiento.

El regreso antes del cumplimiento del período de expulsión conllevará la expulsión por la autoridad gubernativa, si fuera sorprendido en la frontera, o el cumplimiento de la pena sustituida, si no fuera así, según dispone el artículo 89.4 CP.

Si no se acuerda la expulsión o, acordada ésta, no fuere factible ejecutar la misma, el migrante condenado queda sujeto al régimen general de los condenados a una pena de prisión. A saber: su ejecución penitenciaria, su inexecución condicionada o su sustitución por una pena no privativa de libertad. Si bien el artículo 89.6 CP limita esta respuesta a los supuestos en los que no puede llevarse a efecto la expulsión acordada en

102. CUGAT MAURI, "La desaprovechada reforma de la expulsión de extranjeros (art. 89 CP)", en Quintero Oliveros (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 104; DAUNIS RODRÍGUEZ, *cit.* p. 245; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *cit.* 404; SOUTO GARCÍA, "Algunas notas sobre la función del Derecho Penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión" en Faraldo Cabana, *Derecho Penal de excepción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 310.

sustitución de la pena privativa de libertad impuesta, la misma respuesta merecen los casos en los que el Juez o Tribunal aprecie razones para no sustituir la pena de prisión por la expulsión, dado que, en tal caso, procede la aplicación del régimen general de ejecución de la pena de prisión– que prevé las tres modalidades ejecutivas antedichas– sin que sea obstáculo para ello la dicción literal del artículo 89.1 CP¹⁰³.

103. Así BRANDARIZ GARCÍA, *El Sistema Penal*, cit. p. 207; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir), *Protección*, cit. p. 680; ENCINAR DEL POZO, “Extranjeros y prisión: valoración crítica del artículo 89.1 del Código Penal”, *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, CGPJ, 2006, pp. 296 y ss.