



TESIS DOCTORAL

**ALTERNATIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE
LIBERTAD DE CORTA DURACIÓN. ESPECIAL
REFERENCIA A LA SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN
DE LA PENA.**

por

D. JUAN JOSÉ CORELLA MIGUEL

Licenciado en Derecho. Máster en Abogacía.
Abogado.

Valencia, mayo 2017

**DIRECTOR: PROF. DR. D. FRANCISCO JAVIER
JIMÉNEZ FORTEA**

**Departamento de Derecho Administrativo y
Procesal**

Facultad de Derecho

Universitat de València

A mi querida madre, a
cuyo lado escribí esta tesis en casi
toda su extensión.

AGRADECIMIENTOS

Quienes elaboramos un trabajo como es una tesis doctoral, necesitamos a menudo indagar y recabar la ayuda de terceros, de quienes tenemos, a la fuerza, que servirnos para poder dar a luz una obra mínimamente dotada de rigor.

En ese camino, uno se encuentra más sonrisas y puertas abiertas que cerradas y es por ello que la justicia pide que en este punto traigamos a la memoria a quienes nos tendieron su mano para darles nuestro agradecimiento.

Así, hemos de agradecer su inestimable ayuda al Ilmo. Sr. D. José Oliveros Rosselló, Fiscal Militar; a la Ilma. Sra. D^a. Nuria Pomer López, Magistrada del Juzgado de lo Penal número cinco de Valencia, especializado en ejecuciones; al personal de la Biblioteca de Ciencias Sociales “Gregori Mayans” de la Universitat de València; a D^a. Carmen Díaz Castro, documentalista del CENDOJ y al personal de atención que responde a los correos electrónicos dirigidos al Ministerio de Justicia.

Y dedico una mención especial y por eso en este lugar que, a pesar de ser el último de este apartado, no es sino el más importante, a mi Profesor y el de tantos doctorandos, el Dr. D. Francisco Javier Jiménez Fortea, a cuya puerta nunca necesité llamar porque siempre estuvo abierta para mí –a pesar de mi frecuente costumbre de no anunciar mis visitas- y a quien debo todo lo que es este trabajo. Gracias por su experiencia, por su amabilidad, por su exigencia, por su tiempo tan valioso y por su amistad después de estos años en que nos conocemos.

“Las penas deben proporcionarse al estado de los pueblos y a la sensibilidad de los hombres, la cual se aumenta con la ilustración de los entendimientos, y a proporción que se aumenta la sensibilidad se debe disminuir el rigor de la pena, cuyo fin es solo corregir con utilidad y no atormentar a los delincuentes.”

“La experiencia nos enseña que la mayor parte de los que son condenados a presidios y arsenales, vuelven siempre con más vicios que fueron, y tal vez si se les hubiera impuesto otra pena, hubiera ganado la sociedad otros tantos ciudadanos útiles y provechosos.”

(Lardizábal y Uribe, M. de. *Discurso sobre las penas*. Edición de Andrés Moreno Mengíbar. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2002).

ÍNDICE

SIGLAS Y ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN.....	9
METODOLOGÍA.	15
LIBRO I. COMÚN A LA SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS.	19
CAPÍTULO I.- LAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN DE CORTA DURACIÓN.	19
1.- INTRODUCCIÓN.....	19
2.- RAZÓN DE SER DE LA SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LA PENAS.	31
3.- SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN DENTRO DE LA EJECUCIÓN PENAL.	54
4.- PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN.	58
5.- LA MEDIACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA SUSPENSIÓN.	61
CAPÍTULO II.- EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.	67
1.- LEY DE CONDENA CONDICIONAL DE 1908.	67
2.- CÓDIGOS PENALES POSTERIORES.	70
3.- CÓDIGO PENAL DE 1973.	73
4.- CÓDIGO PENAL DE 1995. PRIMERAS VERSIONES.	74
5.- LEY PENAL MILITAR.....	80
5.1.- Anterior regulación (vigente hasta el 15 de enero de 2016).	80
5.2.- Actual regulación (vigente desde el 15 de enero de 2016).	85
6.- OTROS TEXTOS LEGALES.	86
7.- PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS EN EL CÓDIGO PENAL POR LA LO 1/2015, DE 23 DE MARZO, EN MATERIA DE SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LA PENAS.	89
LIBRO II.- LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENAS.	105
CAPÍTULO I.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUSPENSIÓN.....	105
1.- CONCEPTO.....	105
2.- NATURALEZA JURÍDICA.....	108
2.1.- Cuestiones generales.	108
2.2.- Naturaleza procesal o sustantiva.	118
3.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SUSPENSIÓN.	125
4.- DIFERENCIAS CON OTRAS INSTITUCIONES.	133

4.1.- Diferencias y semejanzas con el indulto.....	133
4.1.1.- Dilaciones indebidas.....	141
4.1.2.- Posible pérdida del fin del indulto.....	146
4.2.- Diferencias y semejanzas entre el indulto y la amnistía.	148
4.3.- Diferencias y semejanzas con la petición de amparo constitucional.	150
4.4.- Diferencias y semejanzas con la libertad condicional.....	153
CAPÍTULO II.- SUSPENSIÓN ORDINARIA: REQUISITOS.	159
1.- QUE SE TRATE DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD NO SUPERIORES A DOS AÑOS.	159
1.1.- Que se trate de penas privativas de libertad.....	159
1.1.1.- Penas accesorias.	161
1.1.2.- Responsabilidad civil.	165
1.2.- Que las penas no sean superiores a dos años.....	166
1.2.1.- Suma de penas distintas.....	170
2.- QUE EL CONDENADO HAYA DELINQUIDO POR PRIMERA VEZ.	172
2.1.- Anteriores condenas por delitos imprudentes o delitos leves.	175
2.2.- Antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.	177
2.3.- Momento a considerar la concurrencia de primeridad delictiva.....	178
2.4.- Delitos con relevancia para valorar la probabilidad de comisión de otros futuros.	185
2.5.- Excepciones a la concurrencia del requisito de primeridad delictiva.	187
2.6.- La “peligrosidad criminal”	192
3.- LA SATISFACCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.	205
3.1.- Regulación general.....	205
3.2.- Ámbito del juicio rápido.....	226
3.3.- Posibles errores de interpretación.....	231
3.4.- El impago de la multa no es causa de denegación de la suspensión.	233
CAPÍTULO III.- SUSPENSIÓN POR DROGODEPENDENCIA.....	239
1.- INTRODUCCIÓN. RAZÓN DE SER Y ORIGEN.	239
2.- REQUISITOS.....	249
3.- CONDICIONES.....	256
4.- LA DESHABITUACIÓN Y EL TRATAMIENTO.....	258

5.- REVOCACIÓN.....	262
6.- REMISIÓN DEFINITIVA.....	264
CAPÍTULO IV.- LA SUSPENSIÓN POR ENFERMEDAD MUY GRAVE CON PADECIMIENTOS INCURABLES.....	267
CAPÍTULO V.- SUSPENSIÓN POR ENAJENACIÓN MENTAL.....	277
1.- LA PREVISIÓN GENERAL. TRASTORNO ACAECIDO DESPUÉS DE LA FIRMEZA DE LA SENTENCIA.....	277
2.- OTRAS SITUACIONES.....	279
3.- EL CASO CONCRETO DE LA ENAJENACIÓN SOBREVENIDA UNA VEZ SE ESTÁ EJECUTANDO LA SENTENCIA (ART. 60 CP).....	285
3.1.- Introducción.....	285
3.2.- Utilidad de los centros psiquiátricos penitenciarios.....	291
3.3.- Procedimiento.....	293
3.3.1.- Detección de la anomalía y procedimiento a seguir.....	293
3.3.2.- Tribunal competente.....	295
3.3.3.- Efectos de la declaración.....	296
CAPÍTULO VI.- SUSPENSIÓN MIENTRAS SE TRAMITA EL RECURSO DE AMPARO.....	301
1.- CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA JURISPRUDENCIA PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN POR ESTE MOTIVO.....	302
2.- PROCEDIMIENTO.....	304
CAPÍTULO VII.- REGLAS DE CONDUCTA.....	309
1.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MISMAS.....	309
2.- DISTINTAS POSIBILIDADES AL ALCANCE DE JUZGADOS Y TRIBUNALES.....	312
3.- CONTROL DE LAS REGLAS DE CONDUCTA.....	331
LIBRO III.- DESARROLLO PROCEDIMENTAL DE LA SUSPENSIÓN.....	335
CAPITULO I.- COMPETENCIA.....	337
CAPÍTULO II.- LEGITIMACIÓN Y AUDIENCIA A LAS PARTES.....	355
1.- AUDIENCIA AL PERJUDICADO.....	359
2.- EN EL CASO DEL PERDÓN DEL OFENDIDO.....	364
3.- LA REBELDÍA DEL PENADO.....	365
CAPITULO III.- LAS RESOLUCIONES SOBRE LA SUSPENSIÓN.....	371
1.- FORMA DE LA RESOLUCIÓN.....	371
2.- MOTIVACIÓN.....	373

3.- EFECTO INTERRUPTIVO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA PENA.....	378
4.- EL PLAZO DE LA SUSPENSIÓN.	381
4.1.- Periodo o plazo de prueba.	381
4.2.- Momento a partir del que comienza el cómputo de la suspensión. .	387
5.- SOBRE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CENTRAL DE PENADOS Y REBELDES.	391
CAPÍTULO IV.- RECURSOS CONTRA LA RESOLUCIÓN ACERCA DE LA SUSPENSIÓN.	397
1.- RÉGIMEN DE RECURSOS.....	397
2.- EFECTOS DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO.	404
3.- EL RECURSO CONTRA LA SENTENCIA DE CONFORMIDAD.....	406
CAPÍTULO V.- REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN.	409
1.- INTRODUCCIÓN.....	409
2.- LA NUEVA COMISIÓN DE UN DELITO.....	410
3.- EL INCUMPLIMIENTO DE LAS REGLAS DE CONDUCTA.....	415
4.- SUPUESTOS DE REVOCACIÓN.....	421
5.- PROCEDIMIENTO PARA LA REVOCACIÓN.	437
6.- CONSECUENCIAS DE LA REVOCACIÓN.	439
CAPÍTULO VI.- REMISION DEFINITIVA.	443
LIBRO IV.- LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA.	451
CAPÍTULO I.- INTRODUCCIÓN.....	451
CAPÍTULO II.- SUSTITUCION ORDINARIA.	457
1.- LÍNEAS GENERALES.....	457
2.- DISYUNTIVA ENTRE SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN.....	460
CAPÍTULO III.- SUSTITUCIÓN EN CASO DE EXTRANJEROS.....	465
1.- INTRODUCCIÓN.....	465
2.- PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LO 1/2015.	471
3.- COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO.	482
3.1.- Competencia.	482
3.2.- Procedimiento.....	483
CAPITULO IV.- LA SUSTITUCION IMPERATIVA DEL ARTÍCULO 71.2 CP.....	487
CAPÍTULO V.- CONSECUENCIAS DE LA SUSTITUCIÓN.	491

1.- CUMPLIMIENTO DE LA PENA ALTERNATIVA O SUSTITUTIVA.	491
2.- POSIBLE IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES O DEBERES ADICIONALES.	492
3.- FORMA EN QUE SE LLEVA A CABO LA SUSTITUCIÓN.	493
4.- CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO.	496
CAPÍTULO VI.- PENAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS.	503
1.- INTRODUCCIÓN.	503
2.- TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD.	504
3.- LOCALIZACIÓN PERMANENTE.	512
4.- MULTA.	513
CONCLUSIONES.	517
CONCLUSIONES.	519
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.	529
ANEXOS.	549
1.- ANEXO LEGISLATIVO.	551
Nota introductoria.	551
LEY DE CONDENA CONDICIONAL DE 17 DE MARZO DE 1908.	551
CÓDIGO PENAL 1928.	555
CÓDIGO PENAL 1932.	557
CÓDIGO PENAL 1944.	558
CÓDIGO PENAL DE 1973.	559
CÓDIGO PENAL 1995 (versión anterior a la LO 1/2015).	562
CÓDIGO PENAL MILITAR.	568
REGLAMENTO PARA EL SERVICIO DE PRISIONES.	568
LEY PENAL DE LA MARINA MERCANTE DE 21 DE JUNIO DE 1923.	568
REGLAMENTO PENITENCIARIO.	569
2.- ANEXO DOCUMENTAL.	571
DOCUMENTO UNO: TRÍPTICO TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD.	571
DOCUMENTO DOS: CONVENIO DE COLABORACIÓN TBC.	573

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AAP.....	Auto Audiencia Provincial
AEAT.....	Agencia Española de Administración Tributaria
AJP.....	Auto Juzgado de lo Penal
AP	Audiencia Provincial
ATC	Auto Tribunal Constitucional
ATS.....	Auto Tribunal Supremo
Cc.....	Código civil
CE.....	Constitución Española
CGPJ.....	Consejo General del Poder Judicial
CIS.....	Centro de Inserción Social
CP.....	Código Penal
FGE.....	Fiscalía General del Estado
INE.....	Instituto Nacional de Estadística
JVP.....	Juez de Vigilancia Penitenciaria
LAJ.....	Letrado de la Administración de Justicia
LCC.....	Ley de Condena Condicional
LEC.....	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím.....	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOGP.....	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPJ.....	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTJ.....	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
LPM.....	Ley Penal del Menor
PNSD.....	Plan Nacional Sobre Drogas
RAE.....	Real Academia de la Lengua
RCP.....	Registro Central de Penados y Rebeldes

RD.....	Real Decreto
RGP.....	Reglamento General Penitenciario
SAP.....	Sentencia Audiencia Provincial
SGP.....	Servicio de Gestión de Penas
STC.....	Sentencia Tribunal Constitucional
STS.....	Sentencia Tribunal Supremo
TBC.....	Trabajos en Beneficio de la Comunidad
TS.....	Tribunal Supremo
TSJ.....	Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN.

Hace varios siglos que viene hablándose del fracaso de la pena de prisión, de su falta de idoneidad para conseguir la resocialización del individuo, de que los presidios son fábricas de criminales y de la necesidad de encontrar alternativas válidas al encarcelamiento para conseguir los mismos fines preventivos y resocializadores.

Desafortunadamente, hasta el momento, parece que el legislador ha pensado poco en la búsqueda de estas alternativas pues el elenco que ofrece sigue siendo excesivamente básico. El objeto de este trabajo se centra en estudiar las soluciones existentes, centrándonos en la más generalizada de ellas, la suspensión de la ejecución de la pena, dando unas pinceladas de sus orígenes fuera y dentro de España y analizando los supuestos diversos previstos por el legislador, detectando en cada caso los posibles problemas, para plantear algunas alternativas.

En ese camino, no hemos querido dejar de lado, aunque no sea para tratarla con tanta profundidad, la institución de la sustitución de la pena, reducida en la actualidad a una modalidad suspensiva más, tras la derogación de su supuesto ordinario otrora previsto en el artículo 88 del Código Penal, permaneciendo en los supuestos de extranjeros aunque con importantes modificaciones en su contenido.

La suspensión de la ejecución de la pena ha ido sufriendo a lo largo del tiempo algunas modificaciones, de mayor o menor relevancia pero que, en definitiva, han introducido diversos matices entre las diferentes versiones de cada Código Penal, dando con ello lugar a interpretaciones y doctrina dispar al respecto que, en la actualidad, es –en mi opinión– bastante pacífica, salvo en algunas cuestiones de detalle.

De todas las reformas habidas en el Código Penal, principal texto donde se recoge su regulación, sin duda representa un hito la reciente reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que tiene como uno de sus objetivos dotar a la ejecución de mayor flexibilidad y rapidez en su tramitación inicial, suavizando el requisito de los antecedentes penales al no justificar estos en todo caso la denegación de la suspensión.

Sin embargo, creemos que no se ha aprovechado dicha reforma para introducir alguna alternativa adicional a las pocas existentes.

A lo largo de este trabajo, veremos diferentes posicionamientos de la doctrina y la jurisprudencia que, en unas ocasiones, se deben a la propia postura del autor en un mismo momento frente a sus coetáneos pero que, en otras ocasiones, tienen su razón de ser en la regulación vigente en el momento y, muy probablemente, quien las defendió en su día mudaría sus conclusiones en función de la nueva regulación legal. Por ello, es posible que nos llamen la atención algunas afirmaciones si las queremos contextualizar con la actual regulación. Aun así, creemos que era importante y de justicia estudiar cuanto se ha escrito de la materia, principalmente teniendo en cuenta que la opinión de la doctrina es la que ha llevado en muchas ocasiones a alterar la regulación legal, alcanzando así las propuestas un fin efectivo.

Nuestra tesis, al tiempo que pretende ser un estudio actual y práctico, no puede dejar de lado dichas opiniones, acervo jurídico acrisolado que ha enriquecido el debate en diferentes momentos históricos y, sin duda, ha sido como decíamos la decisiva influencia para los cambios realizados por el legislador.

La Ley Orgánica 1/2015 ha cambiado muchos aspectos de la suspensión y reducido la sustitución a algo testimonial para ciudadanos españoles. Sin duda, el trabajo para su promulgación ha sido importante y las reformas positivas, en una valoración general. Se echa de menos, sin embargo, algo más de reflexión y contacto con profesionales implicados en

esta materia antes de apresurarse a concluir un trabajo que se ha cerrado a nuestro juicio con excesiva rapidez y deja abierta la puerta a la necesidad de pequeñas reformas que, de haberse abordado antes de su publicación, hubieran dado una obra perfecta, ya que eran previsibles.

Nos hubiese gustado encontrarnos con estadísticas de mayor detalle pero hemos de hacer alusión a la dificultad de localizarlas en materia de suspensión o sustitución, pues apenas se encuentra algo relativo a trabajos en beneficio de la comunidad en la página web de la Fiscalía donde faltan, además, datos de bastantes Audiencias Provinciales y no es posible dar con verdaderas estadísticas estatales relativas a las penas de privación de libertad cuya ejecución se suspende o a las que se sustituyen por otras de distinta naturaleza, sino simplemente un tratamiento bastante genérico.

Hemos centrado esta tesis en la principal de las medidas alternativas a la prisión, la suspensión de la ejecución de la pena, tratando también en menor medida la sustitución de la misma en los casos de extranjeros y de aquellas penas de prisión inferiores a tres meses, donde viene impuesta imperativamente y dando unos apuntes sobre otras alternativas a la misma como el indulto o la amnistía, principalmente para destacar sus diferencias.

Veremos los distintos supuestos ordinarios y extraordinarios en que cabe suspender una pena de prisión, los requisitos que se establecen con carácter objetivo y los que son de consideración más subjetiva, destacando que se trata de una medida excepcional pese a su frecuente concesión, pues no podemos hablar de eludir la prisión impuesta de una forma automática que deje sin finalidad la misma. La concesión es de carácter discrecional aunque sujeta al control de arbitrariedad de los tribunales en cuanto al contenido y motivación de la resolución que la concede o deniega.

Veremos igualmente que la finalidad de las alternativas es básicamente una: obtener una mejor resocialización del individuo evitando, así mismo, crear un delincuente crónico si se le empuja al ingreso en prisión.

Partiremos de la premisa de que una alternativa a la privación de libertad no puede plantearse, en principio, sino en aquellas penas de corta duración porque se piensa que un paso corto por prisión de una persona que nunca antes había delinquido no consigue la resocialización, al no haber tiempo suficiente de implementar actividades en ese sentido y ese mismo fin se puede lograr con la amenaza de la pena suspendida y la de la revocación, si no se incumplen las condiciones que se impongan al reo.

Sin embargo, también veremos que existen supuestos extraordinarios donde se accede a la suspensión por motivos humanitarios, rebajándose la exigencia del plazo de condena (caso de los drogodependientes o alcohólicos) o incluso prescindiendo de su consideración (caso de los enfermos graves).

El panorama actual en España contempla, casi en exclusiva, la suspensión como alternativa, máxime desde que la sustitución forma parte de aquella. Creemos que hubiera sido interesante mantener la sustitución por el simple hecho de que no se sometía a un periodo de prueba al penado y ahora sí, pudiendo dar lugar a mayor número de revocaciones que antes, especialmente teniendo en cuenta que, quienes accedían a la sustitución, eran muchas veces delincuentes con antecedentes (aunque no habituales).

A lo largo del trabajo iremos poniendo de manifiesto nuestra opinión crítica sobre la actual regulación, dando apuntes sobre algunas regulaciones anteriores y proponiendo de forma prudente y humilde algunas modificaciones a posibles problemas, todo con el ánimo de estimular el debate y seguir aprendiendo.

Nos gustaría que, en la próxima reforma del Código Penal, el legislador no tuviese excesiva prisa y procurase el consejo de una representación de las muchísimas personas que trabajan, de una u otra forma, con penados que no llegarán a ingresar en prisión por ser beneficiarios de la suspensión de la ejecución de la pena. Sin duda porque son ellos quienes conocen la problemática a la que se enfrentan día tras día y quienes pueden proponer soluciones o, cuanto menos, identificar los fallos

del sistema para que se busque solución a los mismos. Sin ir más lejos, creemos que los Trabajos en Beneficio de la Comunidad son bastante mejorables en su gestión, aunque se ha andado mucho desde su implantación. Hacen falta lazos más fuertes y una conciencia colectiva de reinserción.

Formularemos nuestras propuestas, vistos los problemas y así pasaremos de la hipótesis a la tesis entendiendo que existe, de partida, una alternativa a la prisión, básica y de frecuente uso en los distintos supuestos que cubre, que es la suspensión de la ejecución. Pero que sería conveniente la búsqueda de más alternativas, porque creemos que existen delitos tan diversos que la prisión como pena no puede ser la solución a todos y es, sin embargo, la más dominante, seguida por la multa y la privación del derecho de sufragio pasivo.

Con independencia de que puedan establecerse otras penas que se añadan a las ya existentes (art. 33 CP) y que, sin dejar de ser aflictivas, no supongan privación de libertad, por lo que afecta a nuestro trabajo somos partidarios de buscar alternativas adicionales a la suspensión o, ciñéndonos a la misma, imponer condiciones más acordes con los tiempos que corren donde, por ejemplo, a muchos sujetos les supondría un verdadero castigo no poder acceder a internet o a un teléfono móvil de última generación que, además, son cada vez más idóneos para la comisión delictiva.

Hemos creído conveniente incorporar en el texto algunos artículos de aquellas normas de más difícil acceso, conscientes de la dificultad que puede entrañar encontrarlos y en aras a facilitar su comparación con los textos actuales, sin duda conocidos para el lector y cuyo contenido se omite por ese preciso motivo, como es habitual en un estudio de carácter jurídico.

La decisión del tema, que nos llevó meses, no obedece sin embargo a un motivo especial, más allá de la influencia que tuvo en dicha decisión el hecho de ejercer como abogado en la especialidad penal y haber guardado vinculación y devoción a la rama procesal desde mediados de mi paso por la Facultad de Derecho de la Universitat de València. Desde antes de comenzar

o decidirme por cursar estudios de doctorado, ya tuve claro que sería un tema en que se implicase el Derecho Procesal y el Derecho Penal. El resto, vino de la mano de la búsqueda de materias que no estuviesen excesivamente tratadas y de la ayuda de mi tutor, el Dr. D. Francisco Javier Jiménez Fortea.

De entre los temas posibles, sin pretensiones inabarcables, creímos ambos que era un buen tema de estudio, a la par que práctico y útil para mi área de trabajo, como he podido constatar en estos años de elaboración.

Para terminar esta introducción queremos señalar que la redacción se ha hecho utilizando las novedades de la ortografía de la lengua española de 2010, que suprimen acentos en adverbios y pronombres demostrativos.

METODOLOGÍA.

La metodología empleada en la elaboración de esta tesis doctoral puede ser descrita del siguiente modo:

1º Selección del tema de tesis.

En mi caso, me llevó aproximadamente seis meses e incluso comencé a elaborar una tesis con un tema distinto y, transcurrido ese periodo, lo cambié por consejo de mi tutor.

La selección del tema es una de las cuestiones fundamentales de la tesis puesto que, no solo es importante que no sea un tema ya tratado en otras tesis doctorales, sino que también el doctorando debe sentirse a gusto con él pues, no en vano, va a ocupar unos años de su vida y va a marcar su posterior actividad académica o profesional.

2º Recopilación de todo lo escrito sobre la materia.

Esta es una tarea que, en realidad, no terminó hasta que cerré la tesis para su depósito ya que, hasta el último momento, puede aparecer doctrina y jurisprudencia que incorporar. En mi caso, he buscado en bases de datos de que dispone la Universitat de València (Tirant lo Blanc, El Derecho y Aranzadi básicamente, de las cuales hemos obtenido las diferentes resoluciones de Audiencias Provinciales y demás jurisprudencia), en la Biblioteca Gregori Mayans de la propia Universitat y en el buscador de Dialnet, habiendo sido mis herramientas esenciales de trabajo.

Por otro lado, me he servido en algún momento puntual de la Biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia en el que estoy colegiado y, cómo no, de los fondos documentales de la Universidad, donde consulté la mayoría de libros y revistas incorporados. La biblioteca dispone de un fondo envidiable, vastísimo y, además, facilita a través de correo

electrónico casi todos los documentos antiguos que no pueden ser prestados, escaneándolos y enviándolos por correo electrónico con mucha rapidez.

Hicimos uso, también, de páginas de internet como, entre otras, la del Instituto Nacional de Estadística, el Tribunal Supremo, la Fiscalía General del Estado, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, el Ministerio del Interior o el de Justicia.

En esta fase, traté de buscar todo lo que pudiera haberse escrito sobre el tema a tratar, tanto monografías como otras obras en que se trató algún aspecto del tema de estudio. Algunas de las lecturas realizadas no son incorporadas al trabajo, muchas veces por no añadir nada nuevo y sin que ello les reste calidad científica alguna sino por evitar reiteraciones o excesivas citas.

Por supuesto, lo primero que leí fueron las leyes que trataban de la materia, básicamente el Código Penal. También la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley Penal Militar, la Penitenciaria, la de Responsabilidad Penal de Menores o, como primer antecedente histórico español la Ley de Condena Condicional de 1908.

3º Elaboración de un índice.

En mi caso, a medida que iba leyendo, iba confeccionando un índice que cambié en numerosas ocasiones porque la estructura definitiva del trabajo no fue algo que tuviese claro hasta el final, especialmente al iniciarlo en 2012 y terminarlo en 2017 tras una importante modificación del Código Penal en 2015.

Cierto es que, al principio, comencé a hacer un guión, antes de comenzar la lectura de todo, pero me di cuenta de que, sin comenzar a leer doctrina y jurisprudencia, no era posible confeccionar un índice mínimamente completo.

4° Fase de lectura e inicio de la redacción.

La fase de lectura, que en realidad no acabó sino con la conclusión del trabajo, fue la más larga dada la gran cantidad de información existente. Una vez concluí, vino la fase de redacción, de la que ya tenía una base porque tenía escritos los distintos apartados de la tesis que había ido elaborando a medida que leía.

Con todo ello, el reto era poner orden en tanta información, eliminar las reiteraciones que pudiera haber, elegir el orden oportuno para todo, redactar de una forma más correcta, corregir errores, etc.

Esta ha sido, sin duda, la fase más compleja puesto que no es sencillo reestructurar, redactar, ordenar un trabajo de unas seiscientas páginas como este. Esta fase duró varios meses, aproximadamente seis, donde además replanteé algunos capítulos y cambié bastantes cosas, eliminando incluso algún capítulo o epígrafe y agrupando otros.

5° Consultas con personas que me han ayudado en la tesis.

En esta fase, que preferí realizar ya avanzada la redacción, es cuando me entrevisté con algunos profesionales como una Magistrada, un Fiscal militar, algunos compañeros abogados con más años de experiencia y personas que trabajan de algún modo gestionando trabajos en beneficio de la comunidad para poder plantearles dudas, informarme de procedimientos, etc. Esta fase fue sumamente interesante e importante porque hizo que tuviese que replantear algunas cuestiones de la obra, a la luz de la perspectiva que proporciona escuchar puntos de vista distintos.

6° Repaso con mi tutor, más correcciones y maquetación del trabajo.

Esta fase se solapó con la anterior en buena medida. Aquí traté de dejar la obra lista para su presentación aunque, como ya adelantaba, no puede evitarse seguir reescribiendo e incorporando algunas cosas hasta el final.

LIBRO I. COMÚN A LA SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS.

CAPÍTULO I.- LAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN DE CORTA DURACIÓN.

1.- INTRODUCCIÓN.

Con frecuencia, encontramos en las opiniones de los autores una alusión al fracaso del Derecho Penal o, cuanto menos, de la pena de prisión (Villacampa Estiarte y Pérez Rosell¹, entre otros). Tal afirmación pudiera parecer agorera, poco esperanzadora, especialmente pensando que no existe -hoy por hoy- un sustituto o alternativa a ese mismo Derecho Penal, que sea mínimamente capaz de garantizar la tranquilidad a la sociedad.

Nuestra modesta opinión pasa por afirmar que, en efecto, existe una crisis pero no tanto en el Derecho Penal sino de la sociedad de la que es reflejo el mismo. Una crisis de difícil solución, que es la que aboca a delinquir a algunas (desgraciadamente muchas) personas, la falta de igualdad de oportunidades que se manifiesta en formas diversas: pobreza (o, más bien, deseo o necesidad de dinero), incultura, malos tratos, violencia. Si hablamos de una falta de igualdad de oportunidades como factor criminógeno es porque pensamos que la pobreza conlleva una falta de opciones para los más desfavorecidos.

No queremos decir que quien delinque lo haga siempre empujado por una de estas razones. Haría falta el estudio y la prudente opinión de criminólogos, sociólogos y psicólogos estudiosos de la materia, para tratar de arrojar algo de luz en este asunto. Lo que decimos es que quien delinque lo hace -en un buen porcentaje de casos- por tratar de tener algo que no

¹ Villacampa Estiarte, C; Torres Rosell, N. “El nuevo régimen de ejecución de las sanciones alternativas a la prisión”, Derecho y Proceso penal nº 27, Aranzadi, Pamplona, 2012.

tiene. Y, así, por razonar sobre unos ejemplos, el que comete un delito patrimonial lo hace porque quiere tener el dinero, los bienes, la posición, la consideración social que otros tienen, por una carencia de estas fortunas o un deseo de incrementarlas. Lo hace el pobre para poder subsistir, el drogadicto para subvenir su necesidad, el rico en su afán de procurarse mejores comodidades o para asemejarse o superar a su vecino, y así un largo etcétera.

Esta cuestión ya ha sido considerada con anterioridad, por ejemplo en el trabajo de Adam Morell y Francés Bozal² sobre la eficacia de la suspensión en casos de drogodependencia.

Tan es así que, hasta la violencia, va muchas veces ligada a factores económicos y se muestra con mayor virulencia en aquellos entornos menos favorecidos económicamente porque la pobreza es mala compañera y, si bien el dinero no trae la felicidad, la falta del mismo trae muchas veces la infelicidad, la desesperanza y las disputas.

Por ese motivo, decimos sin ánimo de demagogia, que las desigualdades son fuente de muchas acciones delictivas y que, como decía Antonio Machado³, a veces las personas no disfrutan lo que tienen por el ansia de lo que desean. Quien ve en su vecino una posición de la que él mismo carece, llega -en ocasiones- a cometer actos penalmente reprobables con el ánimo de mejorar su estima o aceptación social. Esta podría ser una forma de explicar, que no de justificar, por qué personas relevantes deciden cometer un delito patrimonial sin tener necesidad de ello, simplemente por el deseo de tener más, de ser más poderosos⁴.

Es así que pensamos, discúlpeme quienes sostengan lo contrario con seguro que mayor acierto, que las desigualdades sociales y la falta de

² Adam Morell, A; Francés Bozal, F. “La eficacia de la suspensión de la pena en drogodependientes”, Gaceta Internacional de Ciencias Forenses, nº 11, 2014.

³ Machado Ruiz, A. “La tierra de Alvargonzález” en Soledades, Galerías y otros Poemas, Librería de Pueto, Madrid, 1907.

⁴ La referencia a la corrupción política es bastante clara.

oportunidades para todos son fuente de una parte importante de la delincuencia. Aquí vemos el primero de los fracasos no atribuible al Derecho Penal sino a la sociedad.

El segundo, podríamos compartir que se encontrase en la pena de prisión cuando la misma se piensa como única alternativa de castigo al que delinque, pues es la salida más manida que tenemos quienes nos encontramos en el “lado bueno” y no la sufrimos, por fortuna.

Sin embargo, no creemos que pueda hablarse de un fracaso del Derecho Penal, como hemos dicho, puesto que el mismo es dinámico y puede variar de un país a otro y de una generación a otra, estando en nuestra mano –la del legislador más directamente- su capacidad de modificación.

En nuestra opinión, el fracaso de la pena de prisión implica que la misma se hace vieja y excesivamente recurrente. Sin embargo, en unas ocasiones es la única medida de proteger al colectivo ante determinados delincuentes irresocializables y, en otras, la respuesta más adecuada de las posibles conocidas.

La solución, mientras se busca en un mundo ideal donde se tratase a los demás como a uno le gustaría que le trataran, puede ser por el momento la aplicación de medidas punitivas diferentes a la prisión para aquellos casos donde la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido es menor. Se trataría de instituciones como la suspensión de la ejecución sujeta al cumplimiento de condiciones o la sustitución por otras medidas penales alternativas que, suponiendo el cumplimiento de una pena, lo son de una distinta a la prisión.

De lo que sin duda debe partirse siempre, especialmente si se está en el lado del que no sufre el castigo sino del que lo impone, es de lo abominable que es privar de libertad a una persona y, cuidado y no lo perdamos de vista, de la posibilidad que tenemos de equivocarnos cuando adoptamos tal decisión.

Como suele decirse, un gran poder conlleva una gran responsabilidad y encerrar en prisión a una persona, arrebatándole normalmente algunos de los años más preciados de su vida⁵ implica una reflexión profunda que debe contar con, absolutamente, todas las garantías y una defensa a ultranza de los principios y reglas básicos del Derecho Penal y Procesal Penal. Con la seguridad de que Jueces y Tribunales ejercen a diario una labor impecable en la que empeñan, por regla general, más tiempo del que cobran, quedan a su alcance para reforzar su labor los institutos de la suspensión y la sustitución, a esperas de que el legislador introduzca alguna novedad.

Algunos autores⁶ critican la denominación que el legislador da al Libro I, Título III, Capítulo III del Código Penal, al que se denomina “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional” ya que los artículos 80 a 87 están dedicados a la suspensión y no a la sustitución, que es tratada únicamente en los artículos 88 (hoy derogado) y 89; y que lo que sustituyen –o sustituían- estos últimos no es propiamente la ejecución sino la propia pena en sí, que no deja de ejecutarse, si bien lo hace en forma de otra sustitutiva de la originalmente impuesta y dentro de las previstas en la Ley.

La versión vigente del Código Penal, tras la reforma operada por la LO 1/2015, que suprime el artículo 88 anterior e introduce significativas modificaciones en todo el resto del articulado, regula en sus artículos 80 a 87 la suspensión y, en el 89, la sustitución para el caso de extranjeros.

La razón de ser común a ambas instituciones, alternativas a las penas de prisión de corta duración, es, fundamentalmente, evitar el efecto pernicioso del paso por prisión en una persona que es delincuente primerizo

⁵ Lo decimos sin temor a equivocarnos pues la edad mínima de ingreso en prisión y las circunstancias de salud de los ancianos, hacen que el espectro de edades en los centros penitenciarios se mueva entre los 18 y los 60 años, siendo la edad media de los reclusos en España de 36 años (fuente www.ine.es).

⁶ Conde-Pumpido Ferreiro, Manzanares Samaniego, Puente Segura o Suárez-Mira Rodríguez, entre otros.

(Cuello Calón⁷, entre muchos) o, dicho con otras palabras muy usadas por doctrina y jurisprudencia, evitar el posible efecto corruptor de la vida carcelaria. En palabras de Mir Puig *“lo que es seguro es que cárceles como las actualmente existentes en España ni siquiera intentan la resocialización, porque ni siquiera se hallan mínimamente orientadas a esta finalidad, sino que más bien facilitan la desocialización del recluso”*⁸. Y, aunque lo dijo en 1982, la situación ha mudado poco y la prisión se sigue viendo como un lugar de apartamiento con fin preventivo directo (ni especial, ni general) donde el reo, fuera de la circulación y confinado, es un peligro menos para la sociedad. Esto, si bien es la única solución en algunos casos (piénsese en psicópatas sin ninguna voluntad o posibilidad de resocializarse) no debería ser la regla de actuación si verdaderamente hay voluntad de cumplir con el mandato constitucional del art. 25.2 CE.

En el mismo sentido se pronuncian, en el ámbito de la Unión Europea, las Conclusiones de la Abogada General en el asunto C-288/05 Staatsanwaltschaft Augsburg contra Jürgen Kreitzinger presentadas el 5 de diciembre de 2005 cuando afirman:

“Un examen incluso breve de Derecho comparado demuestra que, aunque los requisitos detallados puedan variar de un Estado miembro a otro, todos ellos reconocen el concepto de que una condena a pena privativa de libertad impuesta a un acusado declarado culpable puede suspenderse en circunstancias específicas, con carácter de paliativo del rigor de la condena. La filosofía subyacente es que, respecto a penas privativas de libertad relativamente cortas, impuestas a condenados de los que se cree que no es probable que reincidan, no sirve al interés de la sociedad –ni tampoco al de la persona condenada– exponer a dichos condenados al impacto negativo de la vida carcelaria. La reinserción del condenado se asegura mejor mediante la suspensión de la condena, condicionada al cumplimiento de determinados

⁷ Cuello Calón, E. *Derecho Penal. Conforme al “Código Penal, texto refundido de 1944”*. Tomo I, Bosch, Barcelona, 1953, pág. 795.

⁸ Mir Puig, S. *Función de la pena y Teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1982, pág. 37.

requisitos por el condenado durante el período de la suspensión”.

Así pues, podemos afirmar con rotundidad que la razón de ser de las medidas alternativas a la prisión⁹, como puedan ser la suspensión de la ejecución de la pena con sus condiciones inherentes o la sustitución de la pena de prisión por otras medidas menos gravosas para el reo, es evitar el efecto corruptor de la vida carcelaria.

Hemos de tener presente que, en los casos en que procede aplicar una de estas alternativas, la prisión sería innecesaria o contraproducente, como apuntábamos, y ello por considerar que una buena parte de las personas que delinquen lo hace por motivos de oportunidad, sin que exista en ellos una tendencia al delito, en cuyo caso la mera amenaza suele ser suficiente para evitar la repetición de actos delictivos (Cid Moliné¹⁰) y tanto la gratitud por la evitación de la prisión como el temor a la pérdida del beneficio, cumplen una función profiláctica de la criminalidad (Prats Canut y Tamarit Sumalla¹¹).

En efecto, existen multitud de personas que delinquen una sola vez en su vida y es en ellas en quienes tienen verdadero efecto la suspensión o la sustitución. Si a estas personas se les manda efectivamente a prisión, estamos en condiciones de garantizar que no va a tener mejor efecto que el mero temor de ir a parar a ella, propósito que ya se consigue con alguna de las alternativas. A sensu contrario, aplicar la suspensión o la sustitución a quien es proclive a la delincuencia carece de sentido puesto que no va a obtener efecto alguno y es por ello que podemos afirmar que, a cada individuo, hay que darle el remedio que le corresponde, quedando reservada la prisión para el delincuente incorregible, el patológico o el habitual. Una excepción al buen pronóstico de las alternativas, por más que se trate de la

⁹ Aunque nos referimos aquí a suspensión y sustitución, no podemos olvidar el indulto o la amnistía como alternativas a la prisión.

¹⁰ Cid Moliné, J. *La elección del castigo. Suspensión de la pena o probation versus prisión*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 51.

¹¹ Prats Canut, J.M.; Tamarit Sumalla, J.M. En *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, (Dir. Quintero Olivares), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 632.

primera vez que la persona delinque, es la duración de la condena impuesta por razones de prevención especial y de retribución sin que pueda olvidarse la alarma y el rechazo social que produciría suspender o sustituir una pena por un delito de cierta entidad.

Con tal fin, la Ley concede a Jueces y Tribunales la facultad de poder acordar, en beneficio del reo, la suspensión de la ejecución de la pena o la sustitución de ésta evitando, con ello, que aquel ingrese en prisión. En el primer caso, se suspende la ejecución del fallo (no su dictado) y el reo no tendrá que cumplir la pena suspendida, si bien deberá observar las condiciones que el Código Penal y, en algún caso, el órgano sentenciador, le impongan de entre las previstas en su articulado (arts. 83 y 84).

Esa facultad, que la Ley concede con el término “podrá”, implica que es discrecional del Juzgado o Tribunal, sin perjuicio de que deba ser siempre motivada, conforme asentada jurisprudencia tiene declarado y que se someta al control de arbitrariedad por un órgano superior. Una discrecionalidad que también comparten otros sistemas penales como el italiano (art. 163 de su Código Penale), aunque en este la segunda concesión es de carácter imperativo si, sumadas la primera y segunda pena, no superan el límite legal fijado.

Ahora bien, dentro de la discrecionalidad que tiene el Juzgado o Tribunal, existen una serie de circunstancias que son de apreciación objetiva, como es el caso de si el reo ha delinquido anteriormente o la duración de la pena impuesta y otras que, sin embargo, son de apreciación subjetiva y, si bien ya era así antes de la modificación operada por la LO 1/2015, lo cierto es que esta ha venido a introducir mayor nivel de discrecionalidad a la hora de acordar o denegar el beneficio y ello, en mi modesta opinión, generará más inseguridad jurídica y mayor fuente de desigualdad en función del Juzgado o Tribunal que adopte la decisión y de su mayor o menor benevolencia en el examen de los requisitos.

La obligación de motivar la resolución que se adopte sobre la concesión o denegación del beneficio -de suspensión o sustitución-,

especialmente en caso de denegación, deriva básicamente de los artículos 9.3, 24.1 y 120.3 CE y la jurisprudencia constitucional ha entendido que existe un deber reforzado de motivación (entre otras, STC 164/1999, de 27 de septiembre).

Aunque ambas instituciones tienen su cabida desde hace años en nuestro sistema penal, la más antigua de ellas es la suspensión, llamada en otro tiempo condena condicional o remisión condicional, ocupándonos del estudio de cada una por separado en esta tesis.

Sin embargo, no olvidemos que no estamos ante un derecho del penado sino ante una facultad del Juez o Tribunal de carácter, como decíamos, discrecional [AAP de León (Sección 3ª) 369/2012, de 13 de abril].

En un principio, la suspensión de la pena fue llamada condena condicional pero, en el Código Penal de 1932, se la pasó a llamar remisión condicional y hoy hablamos, sin más, de suspensión de la ejecución de la pena aunque es habitual encontrar referencias a las anteriores denominaciones en algunos autores.

Si acudimos a la Ley de 1908, veremos cómo contiene una serie de particularidades que la diferencian mucho de la actual regulación y nos parece oportuno destacar ya en este punto:

La suspensión era notificada al reo en audiencia pública del Tribunal sentenciador y, si no comparecía a la misma, se le volvía a llamar por una segunda vez, dejándose sin efecto la suspensión si no acudía tampoco al llamamiento, salvo que excusase debidamente las faltas de comparecencia (arts. 7º y 8º).

Si el reo en situación de condena condicional quería trasladar su residencia, era forzoso que lo comunicase al Juez de instrucción (o al

municipal donde no lo hubiere), quien tenía que facilitarle un documento acreditativo de haber efectuado dicha comunicación (art.9º), debiendo en los tres días de la llegada a su nueva residencia presentarse al Juez de instrucción o el municipal, so pena de que la suspensión quedase sin efecto y se instase el cumplimiento de la pena privativa de libertad (art.10º).

Y, si antes de transcurrir el plazo de duración de la condena condicional el sometido a ella era de nuevo sentenciado por otro delito, se procedería a ejecutar el fallo en suspenso. Este último punto implicaba que el reo podía perder el beneficio, por un hecho cometido antes que aquel que dio lugar a la condena dejada en suspenso, pero cuya sentencia recayese durante el plazo de suspensión.

Que la Ley de Condena Condicional de 1908 era aplicable a menores de quince años es, sin duda, otra particular diferencia respecto de la actual regulación, dada la aplicación del Código Penal de la época a los menores de dieciocho años. Hoy la Ley 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, no nos habla de penas sino de medidas y, en sus artículos 40 y 51, establece la facultad de suspensión de la ejecución del fallo antes de su inicio o durante el mismo, respectivamente, condicionando dicha suspensión de forma casi idéntica a la del Código Penal.

Eran destacables las obligaciones que la Ley de 1908 imponía tanto al reo como a los Jueces y Tribunales en materia de control y registro de todo movimiento de aquél, cuestión que quizá hoy nos llame más la atención, debido a la existencia de mayores mecanismos de seguimiento.

Por último, a modo de apunte, señalar que algunos autores¹² sitúan nuestra institución de la suspensión entre la llamada “*sursis*” franco-belga (sistema continental) y la “*probation*” anglosajona. Sin entrar demasiado en estas cuestiones puesto que no constituyen el objeto de este trabajo y ya han

¹² Villacampa Estiarte, C.; Torres Rosell, N.; Luque Reina, M.E. “Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico”. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

sido ampliamente tratadas por muchos autores (Marín de Espinosa¹³), simplemente diremos que la primera (*sursis*), en su variedad de *sursis* simple, puesto que existen otras modalidades y adentrarnos en su exposición es alejarnos de nuestro objeto, se caracteriza por tratarse de una suspensión de la ejecución en que finalmente, si el sujeto no delinque o cumple las condiciones –en función de cada modalidad¹⁴- la pena se tiene por no impuesta; y la segunda da lugar a que el Juzgado o Tribunal, una vez celebrado el juicio y alcanzada la convicción de culpabilidad del acusado, deja de dictar sentencia e impone durante un tiempo determinado el cumplimiento de una serie de condiciones de carácter educativo y resocializador a aquel, volviendo a hacerlo comparecer posteriormente para comprobar si las ha cumplido y, con base en ello, condenarlo o dejar sin efecto el procedimiento.

Una diferencia entre ambas radica en los antecedentes penales, que en la *sursis* sí llegan a inscribirse, mientras que están ausentes en la *probation*, si el sujeto la pasa satisfactoriamente.

Nuestro sistema tiene notas comunes a ambas instituciones, siendo calificado de mixto por Suárez-Mira Rodríguez¹⁵ pues se llega a dictar sentencia y es la ejecución de la misma lo que queda en suspenso (como en la *sursis*) aunque se imponen al reo una serie de condiciones, además de la principal de no delinquir (como en la *probation*).

A diferencia de nuestro sistema, tanto la *sursis* como la *probation* implican el consentimiento del reo que, en nuestro caso, no se exige ya que Jueces y Tribunales pueden acordar la suspensión o la sustitución de la pena impuesta, aún en contra de lo que el penado prefiera, simplemente dando

¹³ Marín de Espinosa Ceballos, E. “Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código penal de 1995”, Actualidad penal nº 35, La Ley, Madrid, 2000, pág. 745.

¹⁴ Si se trata de *sursis* simple, la única condición es no volver a delinquir; si se trata de la *sursis avec mise à l'épreuve*, se imponen además otras condiciones.

¹⁵ Suárez-Mira Rodríguez, C; Judel Prieto, A; Piñol Rodríguez, J.R. *Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en Manual de Derecho Penal*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, pág.476.

audiencia a las partes y motivando su resolución que, obviamente, podrá ser recurrida si el reo no estuviese de acuerdo con la imposición de la alternativa a la prisión, aunque la práctica muestra que es más que extraño que el penado no quiera que se le suspenda la ejecución o sustituya la pena y abundantísimos los casos contrarios en que es el órgano judicial el que deniega la concesión a pesar de que el condenado la solicite.

Suárez-Mira¹⁶ entiende que la *sursis* implica una desatención al reo, al que se deja sin seguimiento mientras que la *probation* trata de recuperarlo, controlándolo por medio de un funcionario (*probation officer*) y ofreciéndole apoyo para su reinserción.

En Alemania, también se pone al reo al que se concede la suspensión bajo el control de un asistente, aunque no en todos los casos ni forzosamente durante todo el periodo de prueba.

Se nos ocurre que podría ser una alternativa nueva a la vieja pena de prisión, que podría operar como intermedia entre la suspensión de la ejecución, que supone no cumplir la pena de prisión aún cuando se imponga en ocasiones alguna condición al reo (más allá de la genérica de no delinquir durante el periodo de prueba, entiéndase), y el ingreso en prisión.

Se trataría del ingreso del reo en una vivienda o institución, bien distinta de la penitenciaria, donde debería convivir con educadores y otras personas en semejante condición, sin duda asignados o clasificados en función de los distintos delitos cometidos (otra cosa podría frustrar su buen fin). En dicha vivienda o centro, que podría tener la modalidad de 24 horas o permitir al reo ir a dormir a su casa, se le ayudaría a su reinserción social; se podrían impartir a su vez los cursos formativos que fueran necesarios (en materia de violencia de género, educación sexual, mitigación de la violencia,...) y serían asemejables a los pisos tutelados que ya se utilizan para rehabilitar a toxicómanos, alcohólicos o, incluso, enfermos mentales.

¹⁶ Suárez-Mira Rodríguez, C; Judel Prieto, A; Piñol Rodríguez, J.R. *Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en Manual de Derecho Penal*, cit., pág. 476.

Creemos que la idea sería interesante, más que la suspensión sin más o la actual alternativa a la misma que es el cumplimiento puro y duro en un centro penitenciario ya que, en muchos casos, ni el reo es tan peligroso que requiera ser encarcelado, ni es conveniente que se le deje –sin más– en la calle con la confianza de que no volverá a delinquir, desocupado en muchas ocasiones y sin un estímulo diario o retos en su vida.

La propuesta implicaría la dotación de un presupuesto para el alquiler de viviendas, o bien su cesión por parte de la Administración de aquellas que ya tuviese; o podría consistir en una especie de centros de día donde acudiera el reo, pero que aportasen algo más que el acudir a una charla formativa (esa opción ya existe como condición en delitos contra la seguridad vial u otros), pues supondría una convivencia con educadores y otras personas con idénticos problemas y le ocuparía la mayor parte del día, de modo que tuviese consciencia de estar cumpliendo una pena y no en una mera visita.

Por supuesto, la contemplamos como una alternativa más y no como una sustitución de la suspensión de la ejecución, que entendemos que es muy útil y suficiente en algunos delitos y para algunas personas, pero que es insuficiente para otras, siendo que la actual alternativa a la misma es, hoy por hoy, la prisión. A eso nos referíamos cuando, en uno de los capítulos, hablábamos de la poca creatividad del legislador a la hora de establecer penas, puesto que las que existen son muy viejas, aunque suavizadas por la experiencia y la evolución de los derechos humanos.

Sobre el coste económico, estamos seguros de que sería menor este sistema que el de prisión, sin olvidar que las prisiones seguirían siendo necesarias y habría que mantenerlas, pero serían suficientes para atender la demanda existente sin necesidad de crear otras nuevas, cuestión que supone incrementar los gastos en dicha partida y permitiría no mezclar a delincuentes primerizos con reos habituales o aquellos que han sido condenados a penas de larga duración, con planteamientos claramente diferentes de los primeros.

No olvidemos que existen ya iniciativas privadas, como en Valencia el “Casal de la Pau”, que lleva casi cinco décadas ayudando a personas en riesgo de exclusión social, presos o personas con riesgo de serlo inclusive. Tal vez no fuese necesaria la creación de una infraestructura que ya existe sino fomentar el concierto de la misma.

Un informe del Consejo de Europa de 2014 reveló que mantener a un preso en España cuesta una media de 1.950 euros mensuales y que nuestro país es el cuarto en población reclusa dentro del continente europeo, con 147,3 presos por cada 100.000 habitantes, manejando datos de 2012. Ello, contando que la población de reclusos en España ronda los 70.000 internos, supone un gasto mensual de 14 millones de euros para el Estado. Con dichas cifras, no creemos que fuese difícil sostener las viviendas tuteladas en que dar distinto tratamiento a determinados presos condenados a penas de escasa entidad, incluso permitiría que algunos siguiesen trabajando sin perder su salario y la posibilidad de mantener a su familia.

En nuestra opinión, el resultado de pasar por prisión o pasar por una vivienda tutelada sería totalmente distinto. En prisión es muy difícil sentirse bien tratado y útil; fuera de ella, no lo es tanto. En prisión existe el contacto con personas peligrosas, las viviendas quedarían reservadas a delincuentes primerizos y no peligrosos, gente con propensión a adaptarse. Y, por abonar más la efectividad de la medida, podría formarse a verdaderos educadores si se fomentase que lo aprendido por los penados se fuese transmitiendo por estos a los recién llegados.

2.- RAZÓN DE SER DE LA SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LA PENA.

Que el delito debe comportar un castigo es indiscutible y constituye la base de la convivencia social. En las Facultades de Derecho, al inicio de la carrera y, generalmente, dentro de una de las variantes de la Filosofía del Derecho que, en mi tiempo y Facultad se llamaba Teoría del Derecho, se explica al alumno que el Derecho existe porque existe el conflicto que, a su vez, existe desde que hay dos o más personas en convivencia, es decir, como

mecanismo de regulación de conflictos. Más concretamente, se explica también que las sociedades más primitivas tenían sus respectivos gérmenes del Derecho Penal para castigar los ataques más violentos a las normas de conducta que ellos mismos se habían otorgado.

En efecto, dentro de las normas de convivencia, que son en definitiva Derecho, existen aquellas que regulan la respuesta penal, que es la que se da a los ataques más graves. La pena, sin embargo, no ha de implicar forzosamente privación de libertad y es sabido que ha habido un desarrollo de la misma dentro de los distintos sistemas, culturas y momentos de la historia y que, en nuestro sistema occidental, hubo momentos en que las penas consistían -en todo caso- en castigos corporales o, incluso, en la pérdida de la propia vida. Junto con la pena de muerte, el resto de las existentes fueron la base de la penalidad en todos los países (Cuello Calón¹⁷) y revistieron múltiples formas como mutilaciones, azotes, flagelaciones, exposición pública del delincuente, llegando a dejarle al sol para que muriese desecado y quemado o, incluso, untado con miel para ser objeto de ataque por los animales. Desgraciadamente, hay “culturas” como la iraní o la árabe saudí por citar dos ejemplos, donde todavía rige este sistema penal ancestral y bárbaro.

En nuestro caso, sin embargo, los castigos corporales –otrora de común y abusiva aplicación y presentes en casi todos los fueros desde el Fuero Juzgo en el siglo VII- fueron proscritos hace tiempo (Cuello señala que en 1954 todavía subsistían, sin embargo, los azotes aunque estaban a punto de ser abolidos), y hay que recordar que España ratificó la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948 donde, en su artículo 5, se prohíben las torturas y las penas o tratos inhumanos o degradantes, de tal modo que se constata cierta evolución en la respuesta penal aunque todavía falta un buen trecho por recorrer en muchísimos países miembros de la ONU.

¹⁷ Cuello Calón, E. *La moderna penología: represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución*, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 247.

Al final, las estadísticas demuestran que la imposición de penas más severas no rebaja la delincuencia y que el endurecimiento de penas no es solución a la comisión de delitos, siendo más práctico invertir en educación que en represión. Es también sabido que muchos tipos de delito se cometen más por determinadas personas o situaciones vinculadas a la falta de oportunidades o el consumo de drogas, motivo por el cual el endurecimiento de la represión de los mismos no conduce a su erradicación sino a la destrucción de grupos sociales con problemas de base, debiéndose atacar estos problemas para acabar con la delincuencia.

Hemos de hacer alusión al estudio que, en ese sentido, llevaron a cabo Villacampa, Torres y Luque¹⁸ del que las tres autoras extraen como conclusión principal la menor reincidencia –en términos de un 50%- entre los reos a los que se habían aplicado penas alternativas en virtud del anterior artículo 88 CP, frente a la mayor de los que cumplieron sus penas en prisión.

Mapelli Caffarena¹⁹ apunta a una tendencia histórica de abolición de la pena o, hablando con mayor precisión, a un recorte de los tiempos máximos y mínimos de estancia real en prisión, recordándonos cómo los galeotes mejoraban con el tiempo su posición en las bancadas o los presos veteranos eludían los trabajos más pesados en las antiguas casas de trabajo, todo ello como una serie de mejoras de las que se iban haciendo acreedores por el transcurso del tiempo y que hoy tendrían su traducción en la progresión de grados de la LGP y su reglamento pero, también, en su adelanto en el tiempo en forma de suspensión de la ejecución, que también es un beneficio a pesar de que se conceda sin llegar a comenzar su cumplimiento en los casos previstos legalmente.

Por otro lado, algunos autores, como Cardenal Montraveta²⁰, ponen de relieve la disminución del efecto preventivo (especial y general) que producen las alternativas a las penas privativas de libertad, pues es algo que,

¹⁸ Villacampa Estiarte, C.; Torres Rosell, N.; Luque Reina, M.E. “Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico”, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

¹⁹ Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Navarra, 2011.

²⁰ Cardenal Montraveta, S. “¿Eficacia preventiva intimidatoria general de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución”, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, nº 17, 2015.

quien va a delinquir de forma consciente, puede sopesar. Es posible que esta llegase a ser una consecuencia de la concesión generalizada de las alternativas o del eco que de las mismas pudiera hacerse la sociedad. Es cierto, aunque opinamos que, aparte del importante número de penas que sí se cumplen en prisión, el porcentaje de quienes decidan delinquir a pesar de la amenaza de la pena por pensar que pueden evitar la prisión por efecto de la suspensión, ha de ser sin duda testimonial, principalmente teniendo en cuenta que, si son reos habituales, su situación es comprometida y estas cuestiones no son de conversación diaria entre personas ajenas al mundo criminal.

A nuestro juicio, es menester conjugar la necesidad de reparación para la víctima, sin que ello le suponga revivir el trauma del delito y sin posibilidad de intervención en un proceso penal excesivamente monitorizado por el Ministerio Fiscal y los Juzgados y Tribunales, con la capacidad de hacer comprender al infractor el alcance nocivo de su conducta e infundirle el deseo de arrepentirse y reparar, en todos aquellos casos en que es posible²¹.

Como apunte histórico Manuel de Lardizábal y Uribe²², recordaba que en 1734 se aplicó una Pragmática por la que se castigaba el hurto con pena

²¹ Ríos Martín, J. “Las alternativas a la prisión”, Cuadernos de Derecho Judicial, Cendoj, 2006.

“La eficacia del sistema penal depende principalmente de dos variables. Una de ellas guarda relación directa con la víctima. Esta necesita sentirse reparada en el dolor y en la experiencia traumática sufrida por el delito; un sistema penal protector de bienes jurídicos que no sea capaz de proteger y hacer que la víctima se sienta reparada es ineficaz y su legitimidad puede quedar cuestionada. La otra, hace referencia a la persona infractora, respecto de la que podemos afirmar que la eficacia de la intervención punitiva depende de las posibilidades que se le otorguen para asumir la responsabilidad de la conducta delictiva realizada y hacerse cargo de su vida, tanto individual como social – respecto a la dignidad y al libre desarrollo de su personalidad–. De estos dos objetivos genéricos planteados para las partes naturales del conflicto delictivo surge el grado de cumplimiento de los fines preventivos del sistema penal, no solamente desde el punto de vista de la prevención especial que hace referencia a la resocialización del infractor, sino también en relación a la prevención general. Cuanto más reparada se sienta la víctima, más confiará en el sistema de justicia penal y, por tanto, los principios de prevención general positiva que postulan la cohesión del orden social en torno a la vigencia de la norma penal quedarán más satisfechos“.

²² Lardizábal y Uribe, M. de. *Discurso sobre las penas*. Edición de Andrés Moreno Mengíbar, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2002.

de muerte y ello daba lugar a que, por una parte, los ladrones asesinasen, en no pocas ocasiones, a sus víctimas para evitar la denuncia (teniendo, además, en cuenta que, por el asesinato, no podían condenarles a pena mayor que por el hurto) y, por otra, a que algunas víctimas no denunciassen por no querer cargar sobre su conciencia con la muerte del autor, teniendo en cuenta la levedad del hecho.

Lardizábal hace un recorrido espléndido por la historia de las penas del que, muy sintéticamente, quiero extraer la siguiente idea que desarrolla: las penas tienen mucho que ver con la sociedad en que se imponen y, así, en una Roma recién fundada por fugitivos y esclavos, las leyes tuvieron que ser muy duras, mientras que en la Roma de la República en sus mejores momentos, sus leyes penales fueron más moderadas; de igual modo sucedió en la época feudal, con profundas divisiones territoriales al cargo de multitud de señores, con el *primus inter pares* a la cabeza.

Por ello, Lardizábal apuntaba que *“las penas deben proporcionarse al estado de los pueblos y a la sensibilidad de los hombres, la cual se aumenta con la ilustración de los entendimientos, y a proporción que se aumenta la sensibilidad se debe disminuir el rigor de la pena, cuyo fin es solo corregir con utilidad y no atormentar a los delincuentes”*²³.

Desde antiguo y hasta nuestros días, lo que es claro es que el instrumento para infundir temor en los individuos y así obtener algún rédito en materia de prevención de la delincuencia ha sido y es la libertad, dejando a un lado los tiempos en que lo era la propia vida. Con toda seguridad, dicho temor da sus frutos, pero no puede olvidarse que la privación de libertad en delitos de escasa entidad sigue siendo un remedio demasiado costoso para una sociedad avanzada en la que se defienden y garantizan los derechos humanos, al menos desde un punto de vista teórico.

²³ Lardizábal y Uribe, M. de. *Discurso sobre las penas*, cit., pág. 104.

Esa actitud social humanista, ese afán por mejorar cada día en el respeto a los derechos fundamentales, debe pues traducirse en la búsqueda de más y mejores alternativas a una pena que priva al ser humano del más sagrado de aquellos, después de la propia vida e integridad física. Sin embargo, generalmente quienes tienen en su mano la elaboración de las leyes, son aquellos individuos que –salvo excepciones– no delinquen ni habrán de experimentar las penas en su propia persona y es frecuente que la pereza se instale en ellos, dejando en una mera declaración de buenas intenciones todo cuanto se dice en los foros donde se habla de derechos humanos, cayéndose luego en la desidia. En suma, mayoritariamente los legisladores son personas de extracción social media-alta o acomodada, sin penurias económicas ni estigmas sociales y con una formación suficiente para impedirles formar parte del colectivo de la delincuencia, a pesar de que en los últimos tiempos estos esquemas se han roto con bastantes casos de corrupción política.

Berdugo y Gómez de la Torre²⁴, por su parte, nos recuerda que la masificación de las prisiones impide una conveniente ejecución de la pena y que el ambiente carcelario corrompe a los reos condenados a penas de corta duración y destruye psíquicamente a los condenados a penas de larga duración. Además, nos da tres motivos por los que, a su juicio, las penas cortas son desaconsejadas: en primer lugar, no disuaden a los profesionales de la delincuencia de pequeña entidad, aquellos acostumbrados a la comisión de delitos castigados con penas de corta duración, para los cuales el ingreso en prisión es un pequeño riesgo a asumir y, cuando ocurre, representa una pequeña pausa en su actividad; en segundo lugar, no corrigen ni rehabilitan, porque no es posible un tratamiento eficaz en un corto periodo; en tercer lugar, corrompen a quien no es delincuente habitual al ponerle en contacto con otros reos que sí lo son y sumergirlo en un ambiente delictivo.

²⁴ Berdugo y Gómez de la Torre, J.R. “Alternativas a las penas de prisión. La libertad Condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art.63 CP”, Cuaderno Derecho Judicial N°III, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

Para Mir Puig²⁵, la función de la pena está íntimamente ligada a la función del Estado, al rumbo que el mismo pueda adoptar en cada momento y que, en nuestro caso y desde hace años, se concreta en la implantación de un Estado social y democrático de Derecho, conforme al tenor del artículo 1 de la Constitución. Y es, precisamente ceñido a esto, donde se encaja el deber de ajustar la finalidad de la pena y la teoría del delito a los fines constitucionales que establece el artículo 25.2 del mismo texto, en cuanto que las penas privativas de libertad (y las medidas de seguridad) estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social. No por imponer penas más severas se evita mejor la delincuencia²⁶. De hecho, Mir Puig²⁷ se mostraba algo decepcionado por la crisis que sufrió la idea de resocialización en los años 70 y 80, destacando sin duda la apuesta por la misma de nuestra Constitución en su artículo 25 y, poco después, la Ley General Penitenciaria de 1979.

Cuello Calón²⁸ ya se mostraba firme defensor de la abolición de cualquier pena que no fuese respetuosa con la dignidad humana y partidario de su orientación a la reforma del recluso y su reincorporación a la vida social.

Dentro de esa evolución que decíamos del Derecho y de la Pena hacía estándares más acordes con los derechos humanos y el respeto a la persona, todavía nos queda algún camino por recorrer para llegar a un sistema donde penas distintas de la prisión sean verdaderamente una mejor solución a la delincuencia y tengan verdadero efecto resocializador del individuo perdido. Pero es, dentro de ese camino y en el momento actual, donde nos detendremos a examinar y hablar de dos instituciones, la suspensión y la sustitución, configuradas hoy por hoy como alternativas eficaces a las penas privativas de libertad, especialmente a la prisión. En palabras de Pina y

²⁵ Mir Puig, S. *Función de la pena y Teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1982, pág. 15 ss.

²⁶ Lardizábal y Uribe, M. de. *Discurso sobre las penas*, cit., pág. 65.

²⁷ Mir Puig, S. “¿Qué queda en pie de la resocialización?” Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Número extraordinario 2, octubre de 1989, págs. 35-41.

²⁸ Cuello Calón, E. *La moderna penología: represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución*, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 265.

Navarro²⁹, “*la búsqueda de penas alternativas a la prisión es una manifestación de la crisis de la pena de cárcel*”.

Más pesimista con el panorama futuro se mostraba García-Andrade³⁰ al señalar que la cárcel fue un logro en el pasado al sustituir a penas como la de muerte, mutilaciones o torturas, pero parece que hoy se encuentra en un callejón sin salida al que no se le encuentran alternativas.

Sin embargo, y a pesar de que no conocemos hoy por hoy otros mecanismos de luchar contra la delincuencia que se muestren más eficaces y menos lesivos para los derechos del individuo, es claro que las penas suscitan continuas críticas y que, casi desde su origen, se está en una reforma continua de la pena de prisión. Como sostiene Sanz Mulas³¹, “*las penas privativas de libertad tienden continuamente a ser transmutadas en medidas alternativas, cambiadas por sanciones sustitutivas o, peor aún, por otros medios de control tanto penales como extrapenales*”.

La tendencia de los legisladores se centra, o más bien tiende, cada vez más, a buscar la resocialización del individuo, dejando en un segundo plano el fin exclusivamente retributivo³² aunque, en ocasiones, parezca que la actuación del legislador se ensombrezca, en este sentido, por legislar, como suele decirse, “a golpe de telediario” e introducir tipos penales de escasa gravedad para satisfacer a algún colectivo social en un momento determinado.

²⁹ Pina Massachs, J; Navarro Massip, J. *Alternativas a la prisión. Una visión práctica*, Cims, Barcelona, 2000, pág. 14.

³⁰ García Andrade, J.A. “Existen alternativas a la prisión”, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Número extraordinario 2, octubre de 1989, págs. 29-34.

³¹ Sanz Mulas, N. *Alternativas a la pena privativa de libertad: (análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana)*, Colex, Madrid, 2000, pág. 210.

³² www.unav.es/penal/iuspoenale (págs. 203 a 216): “*Aunque no es nuevo, en la actualidad cobra fuerza el debate en el que se plantean nuevas fórmulas que superen la ejecución clásica de la pena privativa de libertad, sin necesidad de que esta desaparezca del catálogo penal. Se promueven, por un lado, nuevas formas de cumplimiento –más modernas y humanitarias– y, por otro lado, se intenta potenciar los sustitutivos penales. Se trata, en definitiva, de que la pena privativa de libertad sea la «ultima ratio» dentro del sistema penal*”.

Además, las penas excesivamente largas no contribuyen sino a desocializar totalmente al individuo, que sale de prisión como un cadáver civil después de tanto tiempo sin contacto con el mundo (Mapelli Caffarena³³), ello sin olvidar que excesivos años de reclusión pueden provocar cambios en la personalidad del penado. En idéntico sentido, Conde-Pumpido Ferreiro³⁴ afirmaba que las penas de prisión superiores a 15 o 20 años carecen de toda eficacia rehabilitadora en el delincuente, además de que el mismo pierde toda capacidad de delinquir y la permanencia en el encierro se vuelve contraproducente e inhumana.

Para Cid Moliné,³⁵ el sistema de penas que prevé nuestro Código Penal no es razonable porque su escala de penas es de una gravedad innecesaria y conductas de escasa relevancia penal se castigan con penas de prisión, aunque sean de corta duración. Para el autor, un sistema de penas alternativas debe pretender la reducción del uso de la prisión y la rehabilitación del infractor. Para ello, será necesario que la pena alternativa que se imponga al reo pueda ser cumplida razonablemente por el mismo pues, de lo contrario, se le abocará al incumplimiento y al fracaso de la propia pena.

No creemos que se trate de buscar una solución *ad hoc* pero sí estamos de acuerdo con Cid, siempre que se busque una alternativa que dé satisfacción, implique un esfuerzo para el reo de modo que sea una pena de modo efectivo para él y, en la medida de lo posible, beneficie a la sociedad, cuestión esta última que no se alcanza con la prisión. El reo debe entender que está pagando por el delito cometido y, por tanto, ha de tener carácter aflictivo pero, cuando aquel es de poca entidad, debe primar la idea de reeducación, de modo que se evite la reincidencia.

³³ Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Navarra, 2011, pág. 81.

³⁴ Conde-Pumpido Ferreiro, C. *Los medios sustitutos de las penas cortas de prisión, (Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal español)*, Poder Judicial, número 7, Madrid, junio 1983, pág. 66.

³⁵ Cid Moliné, J. *El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista: alternativas a la pena de prisión*, en *Política Criminal 1999*, Dir. Elena Larrauri Pijoan, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1999.

La pena de prisión, necesaria en algunos casos, se ha revelado un fracaso en muchos otros, de ahí que desde hace años se potencie cada vez más la ejecución de medidas alternativas, más acordes con el fin resocializador pretendido³⁶, sobre todo teniendo en cuenta que los ingresos en prisión de corta duración ni siquiera dan tiempo a que pueda trabajarse en la resocialización del penado, abonándose más si cabe su inoperancia. O Sanz Mulas³⁷, que critica las penas largas por sus excesivos efectos perniciosos entre los que está la destrucción de la personalidad del reo y las excesivamente cortas, por imposibilitar el tratamiento resocializador pero, sin embargo, hacer posible el contagio criminal³⁸.

Además de las posibilidades de contagio criminal que existen para quien entra en la cárcel, está también el coste económico de su ejecución. Solo hemos de pensar que un preso nos cuesta una media de casi dos mil euros mensuales, una razón de más a la hora de considerar que la prisión, como el Derecho Penal, debe ser la *ultima ratio* y que aquellas conductas que puedan ser reconducidas de otro modo, no deben combatirse con la prisión de modo automático o irreflexivo, pues no se trata de imponer penas privativas de libertad como si de una mera lectura del Código Penal y aplicación de reglas matemáticas se tratase.

Nos parece muy interesante la postura de Sanz Mulas³⁹ al afirmar que existe una decadencia en el sistema que busca la resocialización del individuo, cuyo origen es el propio fracaso de dicho sistema en sí desde el

³⁶ En ese sentido, Maqueda Abreu, *Suspensión condicional de la pena y probation*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pág. 19, que habla de la prisión como factor criminógeno por sus efectos estigmatizantes, que despersonaliza, infantiliza y anula la personalidad al tiempo que profesionaliza en el delito; Valmaña Ochaíta, *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el derecho penal español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pág. 15, que nos habla de inoperancia y fracaso de la pena de prisión; o Muñoz Conde, “La prisión en el estado social y democrático de Derecho”. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Número extraordinario 2, octubre de 1989, págs. 165-171.

³⁷ Sanz Mulas, N. *Alternativas a la pena privativa de libertad: (análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana)*, Colex, Madrid, 2000, pág. 175.

³⁸ En idéntico sentido, Tena Aragón, M^a. F. “Suspensión y sustitución de penas en delitos de violencia de género”, Cuadernos Digitales de Formación, Cendoj, 2010.

³⁹ Sanz Mulas, N. *Alternativas a la pena privativa de liberta...*, cit., pág. 190 y ss.

momento en que piensa la pena de prisión como una medida de resocialización del individuo, olvidando un error de base, que muchos de los individuos que pueblan los presidios jamás han estado socializados. ¿Cómo puede, pues, pretenderse reeducar o volver a enseñar determinadas pautas de bondad a aquellos en quienes ha fracasado la educación de base? Es una obviedad que, primero, debería trabajarse en la educación de aquellos sectores sociales más desfavorecidos para, si después algún individuo se tuerce, poder llevarlo de nuevo por la senda en la que ya anduvo. Lo contrario es comenzar la casa por el tejado y abocar a una vida carcelaria a determinados individuos pertenecientes a sectores sociales marginales.

Cuando las penas son bajas, como regla general para la suspensión ordinaria⁴⁰ dos años, el ordenamiento jurídico puede renunciar a la función preventivo general que cumple la privación de libertad para tratar de resocializar al reo mediante una pena que cumpla una mejor función de reinserción⁴¹.

En sentido parecido, Mapelli Caffarena⁴² cree que la sociedad acepta bastante bien que se sustituyan las penas cortas por medidas alternativas.

Como decíamos antes, es el artículo 25.2 de nuestra Carta Magna el que nos habla de los fines de la pena al decirnos que *“las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”*.

Puente Segura⁴³ o Calderón⁴⁴, entre otros, se muestran contrarios a que la pena de prisión consiga resocializar al reo, aunque alguno se

⁴⁰ Hablaremos en el trabajo de suspensión ordinaria, aquella contemplada en los epígrafes 1 y 2 del artículo 80 y de las extraordinarias, que son todas las restantes. En la ordinaria, se exige el cumplimiento de los requisitos establecidos mientras que en las extraordinarias se eximen de algunos o, incluso, prácticamente de todos (art. 80.4 CP).

⁴¹ García Arán, M. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 99.

⁴² Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Navarra, 2011, pág. 85.

resocialice con la prisión, opinión que compartimos y, sin perjuicio de entender que la prisión pueda tener otros fines como la prevención general, la especial que pueda tener en el propio reo, por disuadirle de volver a delinquir para evitar volver a prisión, o el retributivo, no creemos que por el hecho de ingresar en prisión se produzca un efecto moralista o un ataque de ética en el penado, que le lleve a considerar que se equivocó al delinquir y que ha causado un daño a la sociedad que la misma no merece. Para comenzar, buena parte de los reos no tendrán la sensación de haber causado perjuicio alguno a nadie y sí la de haber sido detenidos, mientras que solo algunos tendrán una verdadera sensación de arrepentimiento, necesaria a nuestro juicio para poder resocializarse.

Por otro lado, nos parece muy interesante la reflexión de García-Andrade⁴⁵, que fue en su día Presidente de la Asociación de Médicos Forenses, cuando hace una diferenciación entre tres prototipos de delincuente: 1) el que actúa como fruto de un arrebato o impulso, al que el autor llama “delincuente por conflicto”, de quien dice que no es frecuente que vuelva a delinquir, porque es consciente de haber obrado equivocadamente y solo lo hizo como una respuesta desproporcionada a sus emociones; 2) el delincuente habitual, que es incorregible e inadaptado y solo llega a sosegarse con la edad, siendo frecuente su asociación en pandillas; 3) el del delincuente enfermo, temido por su imprevisibilidad, agresividad e indiferencia afectiva, donde el delito forma parte de su enfermedad mental y puede prevenirse su repetición si se detecta a tiempo y se trata. En este último grupo se encuentran los enfermos psicóticos, proclives al homicidio y capaces de repetirlo si no se les detecta, pues, una vez cometen el primero, pierden el tabú a la muerte e incluso se estimulan con ella.

⁴³ Puente Segura, L. *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009, pág. 69.

⁴⁴ Calderón, A y otros. (coord. Gallego Sánchez, G). “¿Resulta procedente la aplicación de la sustitución imperativa de las penas privativas de libertad previstas en el art. 71.2 del Código Penal, cuando la determinación de dichas penas se produzca como consecuencia de la conformidad, en virtud de lo dispuesto en el art. 801.2 LEcr.?. Foro abierto”, Revista de Jurisprudencia El Derecho núm. 2, abril 2005.

⁴⁵ García Andrade, J.A. “Existen alternativas a la prisión”, cit., págs. 29-34.

En el caso 1), funcionan perfectamente las medidas alternativas a la prisión; en el 2) las penas de prisión fracasan directamente y les alejan más del resto de la sociedad, para los que propone el autor terapias psiquiátricas; para el tercer grupo solo funciona el psiquiátrico penitenciario, que permite de un lado dispensar asistencia médica al reo y, por otra, apartarlo de la sociedad por el peligro que representa. Claramente, las medidas alternativas como la suspensión o la sustitución funcionan en el primero de los tipos, fracasan en el tercero y podrían funcionar en algunos individuos del segundo aunque escasamente, de ahí que podamos decir que el legislador las pensó para el primer colectivo, como delincuente primerizo arrepentido y con una predisposición a reparar el daño cometido.

Y es, precisamente en esa pequeña parte, donde se produce ese arrepentimiento, donde mejor oportunidad tiene la aplicación de la suspensión o sustitución de penas, en aquellos reos que entienden que se equivocaron y corrigen de inmediato para nunca más volver a delinquir, sin que su mantenimiento en condiciones de libertad por concesión de alguno de ambos beneficios suponga peligro alguno para la sociedad y represente, por el contrario, un beneficio para el penado que suponga no alejarle de su vida habitual, su familia y su trabajo para introducirlo por un breve periodo de tiempo en prisión.

Si uno de los fines de la pena es la reinserción social, nada implica que el monopolio de la misma resida en los centros penitenciarios. Más bien al contrario, la resocialización de los individuos debería alcanzarse en mayor medida en relación con el resto, en contacto con la sociedad y no alejados de ella. Por ese motivo, solo en casos en que, por la gravedad de los hechos cometidos o por el peligro que el reo supone para la sociedad o para concretas personas, se aconseje apartar al mismo durante un tiempo, tendrá verdadero sentido el ingreso en prisión, pero no ya por su efecto resocializador sino por su efecto retributivo y preventivo. El hecho de que la pena privativa de libertad sea corta no excluye la rápida desocialización del

sujeto sometido a ella, especialmente si se tiene en cuenta que se le saca de su medio social, familiar y laboral⁴⁶.

Las penas cortas de prisión producen, a pesar de su brevedad, un estigma en el individuo, que será socialmente señalado por su encarcelamiento de modo que, en la medida de lo posible, debería a nuestro juicio tratar de evitarse el ingreso cuando existen otros mecanismos alternativos para conseguir los mismos fines (la reparación del perjuicio, la prevención especial y general y la resocialización del delincuente).

Usando el conocido brocardo del Derecho Penal como *ultima ratio*, soy partidario de que también dentro de la panoplia de penas existente, sea la *ultima ratio* la prisión, de modo que se reserve a aquellos ataques más graves y con duraciones de cierta entidad que eviten esos efectos perversos de la cárcel cuando el posible beneficio es menor que el evidente perjuicio y hay otros caminos más efectivos para llegar al mismo lugar, sin tanto daño humano.

Si nos fijamos en la estadística del INE⁴⁷ de 26 de septiembre de 2014, relativa a datos de 2013, podemos ver que, en dicho año, se impusieron 153.950 penas de prisión, de las cuales, el 91,6% con una duración de cero a dos años, el 6,7% con una duración entre dos y cinco años y el 1,7% con una duración de más de cinco años. Así mismo, el 34,4% de las penas de prisión recayeron sobre delitos relativos al patrimonio y orden socio-económico, el 20,1% sobre delitos relativos a la seguridad colectiva y el 13,8% sobre delitos de lesiones.

Quiere ello decir que la gran criminalidad no es hoy un problema en España, a diferencia de otros países del mundo y que la gran mayoría de delitos son de escasa importancia y de corte patrimonial. Ello representa, por un lado, que es posible aplicar medidas alternativas y obtener resultados

⁴⁶ Silva Sánchez, J.M. En el prólogo a *Alternativas a la prisión. Una visión práctica*. Pina Massachs, J; Navarro Massip, J., Cims, Barcelona, 2000.

⁴⁷ Consultada el 01/05/2015 en <http://www.ine.es/prensa/np863.pdf>

positivos pero, por otra parte, que nos enfrentamos a problemas de base relacionados con la pobreza o la necesidad de obtener dinero con algún fin, posiblemente muchas veces sufragar una adicción. Pretender combatir esos problemas con la cárcel es haber aprendido poco de lo sucedido en España desde la década de los 70 con todo el fenómeno de la drogadicción, que dio lugar a la paulatina incorporación de la posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena por dicha causa.

La gente de bien quiere vivir tranquila y tener a salvo su patrimonio y el Estado debe dispensarle protección, pero tan importante como proteger es prevenir, por medio del fomento de políticas de erradicación de la pobreza de modo que pueda alcanzarse un Estado del bienestar en que los únicos delitos patrimoniales sean los cometidos a conciencia y no empujados por ninguna necesidad.

En ese sentido, compartimos la opinión de Ríos Martín⁴⁸ cuando dice que con el actual sistema penal español el delincuente pasa de ser un agresor a sentirse una víctima por el hecho de sufrir la pena, especialmente cuando esta es la prisión, sin llegar a situarse en el lugar de su víctima y tomar consciencia del daño cometido.

Algo que, sin duda, merece la pena tratar de cambiar, teniendo en cuenta que –quizá– se debiera reorientar el enfoque de que el proceso penal es una venganza, donde la víctima va a desquitarse del mal sufrido viendo cómo al delincuente se le castiga, deseándose que la pena sea la más alta posible y quedando insatisfecho cuando no lo es tanto como se esperaba;

⁴⁸ Ríos Martín, J. “Las alternativas a la prisión”, Cuadernos de Derecho Judicial, Cendoj, 2006:

“De ser agresor pasa a sentirse víctima. La violencia institucional de la administración penitenciaria no se siente únicamente sobre la pérdida de libertad ambulatoria, sino por la pérdida o deterioro de relaciones afectivas, la ausencia de intimidad, la imposibilidad de prever el futuro y la adaptación a la violencia carcelaria; estas circunstancias generan a su vez miedo, inseguridad y desconfianza. Son estas claves, junto a la necesidad de adaptación al entorno penitenciario, las que provocan la imposibilidad de asumir la responsabilidad por los hechos cometidos. Este sería, en último extremo, junto a la prevención, uno de los objetivos más importantes de la intervención penal”.

enfoque que alcanzaría mayor satisfacción si la víctima pudiese descansar por medio de una solución más conciliadora donde se alcanzase la paz y el sosiego, donde se pudiese poner al agresor frente a la víctima y hacerle sentir lo que esta siente, compartiendo su dolor.

Cierto es que hay una ingente pequeña criminalidad que tiene un origen distinto al apuntado, concretamente la de las mafias que no cometen delitos patrimoniales por necesidad, sino por otros fines puramente lucrativos. Para combatir este tipo de delincuencia será útil, sin duda, la modificación operada por la LO 1/2015 sobre el Código Penal, que va a valorar la reincidencia en aquellos delitos leves (antes faltas) de modo que se consiga un castigo eficaz que antes no dispensaba su regulación como faltas e incluso impedía su consideración como antecedente, aunque habrá que esperar resultados.

Citando de nuevo a Mir Puig⁴⁹, el autor se muestra partidario de que la pena no pretenda infundir al reo unos valores sociales predeterminados que deba asumir por la fuerza sino, más bien, debe ampliar sus posibilidades de elección, descartándose a su vez la imposición de penas simplemente aflictivas, entendidas como aquellas que ningún bien aportan a la sociedad sino que se limitan a castigar al reo. Dichas penas, desgraciadamente, son las que se imponen con mayor frecuencia, aquellas cuyo único fin es el preventivo.

En ese caso, habría que replantearse si es adecuado el sistema adoptado: castigar al reo alejándolo de nosotros, confinándolo sin más en un presidio donde no puede causar daño y sin importarnos su reforma o mejora más allá de la que pueda haber operado en él, a modo de escarmiento, el tiempo de privación de libertad.

Vaya por delante que somos partidarios de la necesidad de la pena de prisión pero también de que el paso por la misma no se limite a un mero

⁴⁹ Mir Puig, S. *Función de la pena y Teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, cit., pág. 34.

“estar”, sino que debería plantearse algún tipo de beneficio para aquellos reos que mostrasen una efectiva reeducación o reinserción.

Como refiere Mapelli Caffarena⁵⁰, *“el gran reto al que se enfrentan los códigos penales en nuestros días no es tanto resolver la pena adecuada para la delincuencia más grave, sino todo lo contrario, la pena de la pequeña delincuencia”*.

Antón Oneca⁵¹ apunta al fracaso de las penas cortas de privación de libertad en cuanto a cumplir sus fines de prevención general se refiere, porque las penas cortas no intimidan a los delincuentes más avezados, habituados a la prisión; por otro lado, tampoco corrigen al preso sino que lo pervierten más y existe mayor índice de reincidencia en los presos que cumplen penas cortas.

El fin o razón de ser de la suspensión es tratar de evitar el ingreso en prisión de aquellos condenados por sentencia firme a penas de corta duración, puesto que el paso de los mismos por la institución penitenciaria no parece que pudiera tener ningún efecto preventivo en el sentido en que los señala la prevención general y, por el contrario, sí podría tener efectos desfavorables como son el apartamiento familiar, la posible privación de alimentos a quienes estuvieran a cargo del condenado, el ambiente carcelario para quien no está habituado al mismo o, incluso y en su caso, la pérdida del trabajo del reo.

Así lo entiende la doctrina y jurisprudencia, siendo una cuestión pacífica (SSTC 224/1992 de 14 de diciembre, 115/1997 de 16 de junio, 164/1999 de 27 de septiembre, 8/2001 de 15 de enero, 110/2003 de 16 de junio o 251/2005 de 10 de octubre, entre otras muchas). En palabras de Muñoz Conde⁵²:

“el cumplimiento de una pena privativa de libertad puede llegar a producir efectos devastadores sobre la persona del

⁵⁰ Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág.88.

⁵¹ Antón Oneca, J. *Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1935, pág. 326.

⁵² Muñoz Conde, F. *Derecho Penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 557.

condenado, sin que, por otra parte, se alcancen las pretendidas metas socializadoras. A ello deben añadirse los considerables costes económicos que la ejecución de la privación de libertad supone para el Estado y el incremento de los problemas cuando se alcanzan determinadas cotas de hacinamiento y superpoblación carcelaria.”

Cuello Calón⁵³ señala que “*existe un crecido número de delincuentes para los que la prisión no solo es innecesaria o inadecuada, sino gravemente nociva*”.

Para ellos, apunta Cuello la necesidad de un tratamiento en libertad que les ayude a resocializarse y evite futuras recaídas pero con una serie de ventajas respecto a la prisión: evitar los peligros de la misma, no apartarle de su familia, no marcarle con un estigma infamante.

En términos parecidos se pronuncia Padovani⁵⁴, al apuntar a la ruptura de lazos familiares, a las consecuencias en la posible pérdida del puesto de trabajo, el estigma social o el contagio de la vida carcelaria que, como dice el autor italiano, puede estimular al reo a delinquir una vez se siente marginado de la sociedad y rodeado de avezados delincuentes.

Es por ello que el legislador permite, en aquellas condenas de corta duración, vinculadas generalmente a delitos menos graves, que el Juez o Tribunal sentenciador suspenda la ejecución de la pena impuesta, o sustituya esta por otra que no conlleve el ingreso en prisión, especialmente y en principio, cuando se trata de un delincuente primerizo.

En esta tesitura, si el penado cumple con las condiciones impuestas, de las que luego hablaremos, podrá eludir el ingreso y llegar a redimir la pena impuesta, sin haberla cumplido de modo efectivo.

⁵³ Cuello Calón, E. *La moderna penología: represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución*, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 626.

⁵⁴ Padovani, T. *Diritto Penale*, Giuffrè Editore, Milano (Italia), 2002, pág. 301.

Acudiendo al art. 25.2 de la Constitución podremos entender mejor la razón de ser de ambas instituciones puesto que las penas privativas de libertad están orientadas a la reeducación y reinserción social y dichos fines son perfectamente realizables, sin necesidad del ingreso en prisión puesto que este último cumple, en la mayoría de casos, con funciones retributivas más que preventivas y es posible y necesario que existan otras alternativas para alcanzar dicho fin resocializador y reinsertivo. Entre la jurisprudencia actual, la SAP de Málaga de 23 de diciembre de 2015:

“En segundo lugar, debe ponerse de relieve que nuestro modelo de ejecución penal se basa en un principio general por el cual la ejecución de penas privativas de libertad de corta duración debe ceder a favor de medidas suspensivas condicionadas o sustitutivas, cuando, además de concurrir los presupuestos legales, exista un pronóstico razonable de que mediante el cumplimiento de la pena privativa de libertad en forma específica pueden frustrarse expectativas personales de reinserción o resocialización en la persona condenada”.

No es, sin embargo, pacífica en la doctrina la cuestión de si el art. 25.2 de la Constitución se refiere únicamente a penas o medidas de seguridad efectivamente impuestas, pero el Tribunal Constitucional (STC 209/1993) entiende que se debe evitar el ingreso en prisión en aquellas penas impuestas de corta duración porque no se justifica su necesidad desde el punto de vista y no cumple con los fines de resocialización y readaptación social del penado.

Dice también Navarro Villanueva⁵⁵ que *“lo que no se alcanza a comprender es por qué el legislador sigue empeñado en castigar con penas de privación de libertad hechos de poca gravedad, aun conociendo los perniciosos efectos que tales penas pueden comportar”.*

Compartimos con esta autora la discrepancia respecto del excesivo castigo de determinados hechos en el Código Penal. Creemos que el castigo

⁵⁵ Navarro Villanueva, C. *Suspensión de la ejecución...*,cit., pág. 32.

con penas de libertad de corta duración debe seguir existiendo aunque es distinto de que los hechos de poca entidad sean castigados con penas privativas de libertad, aunque estas sean de corta duración. Se trataría de castigar de otro modo, sin privación de libertad, algunos atentados leves que ahora se castigan con penas cortas de prisión y comenzar a aplicar las penas cortas de prisión a los atentados que comienzan a tener algo más de entidad, reservando a los ataques más graves las penas de imposible suspensión o sustitución. Dicho de otro modo, subir un peldaño el listón de corte a partir del cual comienza a pensarse con prisión, aunque viendo cada delito de forma individualizada y sin que lo dicho se entienda como despenalizar todo aquello que quede por debajo pues, de lo que estamos hablando es de buscar penas alternativas distintas a la prisión.

Debe haber una diferencia entre quien delinque por primera vez, de modo que pueda beneficiarse de una eventual suspensión de la pena y quien lo hace de forma habitual, considerando sin duda la gravedad del hecho o las circunstancias.

Para Maqueda Abreu⁵⁶, la suspensión de la ejecución de la pena está dirigida a aquellos que han delinquir ocasionalmente y no lo volverían a hacer incluso aunque no se les impusiese una pena, de tal modo que la prisión sería, para ellos, inútil.

La Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1971⁵⁷, en referencia al Preámbulo del Decreto de Indulto dado para conmemorar la exaltación al Solio Pontificio de Su Santidad el Papa Juan XXIII, en 31 de octubre de 1958, afirmaba que *“la nota característica de nuestro sistema penal es la de atender, más que a la finalidad represiva, a un criterio de*

⁵⁶ Maqueda Abreu, M.L. *Suspensión condicional de la pena y probation*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pág. 60.

⁵⁷ Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1971, págs. 205-206:

“Organizada sobre la base de una adecuada asistencia y vigilancia durante un determinado plazo y, sobre todo, el temor a un reingreso en la prisión, si no se cumplen las condiciones establecidas, la convierte en una medida de protección social mucho más eficaz que el cumplimiento de la totalidad de la condena, seguido de la libertad definitiva”.

prevención que asegure la paz social”, refiriéndose a la mayor utilidad en la lucha contra la delincuencia de la institución de la remisión condicional.

La misma Memoria de la Fiscalía de 1971 nos da una serie de razones que fundamentan la remisión condicional, como son:

1.- De origen económico. El sobrecoste que conllevaría que las penas privativas de libertad cortas tuviesen que cumplirse en prisión.

2.- De origen práctico. Evitar el influjo pernicioso de la prisión, no apartar al condenado de sus normas habituales de vida, no separarle de su familia, poder seguir sustentando a esta con su trabajo, etc.

Una circular de la FGE más reciente, la 1/2005, nos habla del fundamento del instituto:

“Por tanto, la concesión de la suspensión exige que la valoración de los criterios del art. 80.1, pfo. 2º y la de cualquier otro dato relevante, refleje la imagen de una persona que, probablemente, no delinquirá en el futuro, por lo que el cumplimiento de la breve privación de libertad ya impuesta no satisfaría ninguno de los fines de la pena, sino que, por el contrario, podría ser determinante de la comisión de nuevos ilícitos penales”.

Para Muñoz Conde⁵⁸, cuando el Juez decide aplicar una de estas alternativas, está individualizando la sanción desde un punto de vista preventivo-especial, es decir, entiende que, para ese concreto caso y reo, es más útil la alternativa que la prisión en sí y que es mejor aquella que esta para resocializar.

⁵⁸ Muñoz Conde, F. *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 557.

Las SSTC 8/2001⁵⁹ y 251/2005⁶⁰ también nos refieren su razón de ser.

La suspensión de la ejecución, frente al cumplimiento de la pena, plantea algunas cuestiones de interés social como son:

a) La confianza depositada en el reo que pueda actuar como estímulo al mismo para reinsertarse socialmente. En efecto, si el penado entiende que, debiendo haber cumplido una pena privativa de libertad, el Estado le ha dado la opción de reformarse en libertad, es muy posible que aprecie su nueva oportunidad y pueda hacer más bien a la sociedad que el que puede hacer tenerle dentro de un establecimiento penitenciario donde no produce nada, llevará una vida bastante pasiva y costará dinero al Estado.

⁵⁹ “Los resultados de una interpretación teleológica de la ratio del beneficio, a cuyo tenor este vendría inspirado por la necesidad de evitar en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que en tales supuestos no solo la ejecución de una pena de tan breve duración impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo» (STC 8/2001, de 15 de enero, F. 3)”.

⁶⁰ “A partir de la STC 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 3, este Tribunal ha venido manteniendo que la ratio del indicado beneficio no es otra que “la necesidad de evitar en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que en tales supuestos no solo la ejecución de una pena de tan breve duración impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde un punto de vista preventivo” (vid. en el mismo sentido SSTC 115/1997, de 16 de junio, FJ 2; 164/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 264/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 8/2001, de 15 de enero, FJ 2; y 110/2003, de 16 de junio, FJ 4). Sin olvidar, por otra parte que, tal y como también ha declarado este Tribunal en anteriores ocasiones, “la suspensión de la ejecución de la pena, al igual que la libertad condicional o los permisos de salida de centros penitenciarios, son instituciones que se enmarcan en el ámbito de la ejecución de la pena y que, por tanto, tienen como presupuesto la existencia de una Sentencia firme condenatoria que constituye el título legítimo de restricción de la libertad del condenado. De manera que las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de la condena, si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, sin embargo afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo” (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 3; 8/2001, de 5 de enero, FJ 2; 110/2003, de 16 de junio, FJ 4)”.

Parafraseando al penitenciariista inglés Griffiths, dijo Antón Oneca⁶¹ que hay dos clases de presos: los que nunca deberían salir de prisión y los que nunca debieron haber entrado en ella.

b) Evitando su paso por prisión, se evita el efecto que tiene, tanto para el reo como para su entorno, la posterior salida. No podemos sustraernos de pensar que una persona que ha pasado por la cárcel, cuando sale y vuelve a su entorno, lleva un estigma que tarda mucho en desaparecer, si es que llega a hacerlo alguna vez. Desde ese punto de vista, la suspensión es harto beneficiosa, para el penado y para quienes se relacionan con él.

Si hemos de dejar una conclusión breve de este capítulo, es la de avalar las instituciones de la suspensión de la ejecución y la sustitución de penas, por su importantísimo valor como alternativas a la pena de prisión, la más gravosa de las privativas de libertad, en aquellos ataques leves al ordenamiento jurídico penal, porque el ingreso de personas que no han estado nunca en prisión, si es para cumplir una pena corta, apenas puede tener en el reo más efecto que el de infundirle temor para que no vuelva a delinquir y, en cambio, en el lado peyorativo de la balanza, pondría al penado en contacto con delincuentes avezados muchos de los cuales han hecho del crimen su *modus vivendi* y cuyas expectativas en prisión son muy diferentes que las del recién ingresado.

Si, quien ha sido enviado por unos meses solo piensa en lo que hará cuando alcance la libertad en breve porque está en prisión en mero tránsito, el que tiene su vivienda allí instalada porque ingresó para pasar varios años, tiene otra expectativa bien distinta e incluso unos mecanismos de supervivencia y dependencia jerárquica, que en nada pueden beneficiar a aquel que entre en contacto con los mismos.

Es decir, el deterioro de un reo primerizo por el solo hecho de pisar la prisión es alto y terrible, el estigma social que le marcará será irreparable al

⁶¹ Antón Oneca, J. *Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1935, pág. 328.

menos en su círculo social habitual y el objetivo que puede obtenerse también es alcanzable con la suspensión o la sustitución (ahora esta última integrada en la primera, salvo el caso de extranjeros), porque en quien delinquirió de forma accidental en su vida la simple amenaza de ir a prisión es normalmente suficiente y, de no ser así, terminará ingresando tarde o temprano si se revoca el beneficio; pero, además, porque no se limita a suspender, sin más, la pena en muchos casos sino que se acompaña de la exigencia de cumplimiento de una o varias condiciones y, salvo excepciones, de la satisfacción de la responsabilidad civil, cuestión que con el vigente Código Penal en la mano se convierte incluso en una posible causa de revocación. Y todo ello a un coste cero para el Estado o con la posibilidad de beneficiar a la sociedad por medio del trabajo del penado, si se le impone esta pena alternativa.

3.- SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN DENTRO DE LA EJECUCIÓN PENAL.

Concretamente, es en este momento, antes de comenzar la ejecución de la pena, cuando el Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia firme debe resolver –si no lo hizo en sentencia- sobre la concesión o denegación del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena o la sustitución de esta por otra distinta, a la que denominamos sustitutiva.

Una vez se ha acordado la suspensión o la sustitución, se da inicio a una modalidad alternativa de ejecución representada por la correspondiente institución, de modo que no procede iniciada la misma que se vuelva a plantear la solicitud. Es el caso que trata el AAP de Madrid (Sección 29ª) 525/2012, de 13 de septiembre, al instarse por la representación del reo solicitud de suspensión, una vez se estaba ejecutando la pena sustitutiva, previa denegación de una suspensión de la ejecución que había sido solicitada con anterioridad.

No cabe pues que el reo plantee de forma reiterada solicitudes de suspensión o sustitución que, en principio y por previsión legal, solo pueden

ser resueltas una vez y siempre antes de darse inicio a la ejecución o a la modalidad suspensiva o sustitutiva de esta. En ese sentido, la modificación de la sustitución ordinaria que se recogía en el artículo 88 CP hoy derogado, pretende –al transformarla en una modalidad de suspensión- evitar el planteamiento de nuevas pretensiones, de modo que ahora se resuelve una sola vez sobre la suspensión.

Del mismo modo que no cabe solicitar la suspensión o la sustitución cuando se revoca la que fuese adoptada en su día (AAP de Zaragoza (Sección 1ª) 419/2012, de 20 de junio).

De la finalidad hablaremos más adelante pero ya podemos adelantar que, cuando el legislador ha tenido a bien establecer que la pena pueda suspenderse -no ejecutarse- o sustituirse -ejecutarse una pena distinta de la inicialmente impuesta- es porque ha considerado que, a pesar de que el reo ha delinquido, la escasa trascendencia de sus actos ha de pasar por concederle una segunda oportunidad y pensar que, con el aviso tiene que entender que no puede volver a delinquir (y, si lo hace, deberá cumplir la nueva pena más la que se suspende) o, con el cumplimiento de una pena sustitutiva, debe tener por aprendida igualmente la lección.

Se deja, por tanto, un poco de lado el fin retributivo y el de prevención especial o general, primándose el resocializador, en aras de no crear -por una pequeña acción delictiva de poca entidad- un delincuente crónico que no interesa a la sociedad en modo alguno.

Cada vez es más común que aparezcan Juzgados encargados exclusivamente de ejecutar sentencias, sin función de juzgar. Esta especialización les es conferida por el propio Consejo General del Poder Judicial, que les habilita de esta manera para descargar de trabajo al resto de Juzgados y Tribunales del orden penal.

Por una parte, es comprensible que, dada la sobrecarga de trabajo que existe en la Administración de Justicia española, la escasez de medios

materiales y, especialmente, humanos, se pretenda optimizar el trabajo de modo que, por ejemplo, los juzgados de lo penal, solo juzguen y sus sentencias sean ejecutadas por otros juzgados de igual clase (también de lo penal) que han sido relevados de la tarea de juzgar por encomendárseles la de ejecutar lo juzgado por otros.

No obstante, no somos partidarios de que quien ejecute la sentencia sea un órgano distinto de aquel que la dictó. Daremos, creemos, sobradas razones en otros capítulos de esta obra, pero adelantamos sintéticamente que, para empezar, el juzgado de ejecutorias solo maneja sentencias condenatorias, de tal modo que todas las personas condenadas son vistas con un sesgo, el de ser delincuentes formalmente declarados; por otra parte, quien ejecuta la sentencia no ha tenido delante al penado ni un minuto, salvedad hecha de que haya solicitado una entrevista personal con el juez de ejecutorias y le haya sido concedida; el juez no ha visto el desarrollo de la prueba, no cuenta con intermediación alguna y, si bien es cierto que no ha de dictar sentencia, sí lo es que ha de pronunciarse sobre la suspensión de la ejecución de la misma cuando no lo ha hecho el que la dictó y, en esas circunstancias, juega un papel muy importante –en mi opinión- ver cuál es la trayectoria del penado que no siempre puede verse documentalmente.

Estas y algunas razones más hacen que, de entrada, me muestre contrario a la especialización de juzgados en orden a la ejecución de sentencias, porque acaba siendo una tarea burocrática y administrativa, sin duda importantísima y de la más alta responsabilidad desde el momento en que se va a decidir sobre la prisión o libertad de una persona, pero carente del trato con los justiciables necesario para decidir su último destino. Creemos que los penados acaban siendo un expediente, un montón de documentos y un cd con la grabación de un juicio que, como regla, ni siquiera verá el juez que decida su suerte.

Si, como decíamos, el mandato del legislador es resolver cuanto antes sobre la suspensión de la ejecución de la pena, de forma preferible en sentencia, dicho mandato es cumplido pocas veces y suele posponerse a un momento posterior, dictándose entonces un auto. Cuando quien dicta el auto

es el mismo juzgado que dictó la sentencia, verdaderamente creemos que es irrelevante; sin embargo cuando, dictada la sentencia, se pasa el expediente a un juzgado o tribunal de los especializados en ejecutorias, será este el que dicte el auto, no siendo de inicio la voluntad del legislador que así sea pues no es la LOPJ la que ha creado esa especialización judicial sino una resolución administrativa del propio CGPJ.

La diferencia importante radica en que, además de lo dicho sobre nuestra disconformidad con esta especialización, resulta que si la resolución sobre el beneficio se hace en sentencia –o en auto posterior por el propio juzgado–, se hace antes de darse inicio a la ejecución, conforme al mandato del legislador. Pero si se traslada el expediente a un juzgado distinto y especializado, denominado comúnmente de “ejecutorias”, cuando llega a él ya se incoa un procedimiento de ejecución al que se asigna un número y, a todos los efectos, comienza la ejecución. De este modo, la resolución que adopte este órgano, que a veces puede adoptarse varios años después de iniciada dicha “ejecutoria”, ya es adoptada olvidando el mandato legal.

No faltará quien diga que aunque se da un número de ejecutoria, la misma no ha comenzado todavía en tanto no se resuelva sobre la suspensión. Es una forma de verlo, pero creemos que no solo puede considerarse que se ha iniciado la ejecución con el ingreso en prisión ya que la propia suspensión, como veremos, es una forma alternativa de ejecución.

En síntesis, el mandato del legislador obliga a jueces y tribunales a resolver en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que sea posible y, cuando no lo sea, con máxima urgencia en auto posterior, pero siempre antes de darse inicio a la ejecución de la pena, momento en que ya no cabe plantear los beneficios. La existencia de juzgados de ejecutorias puede ser una forma de aliviar de trabajo al resto de órganos encargados del enjuiciamiento de delitos pero no nos parece la más adecuada y creemos que supone un perjuicio para los penados en muchas ocasiones.

Esta especialización no se da en el resto de órdenes jurisdiccionales, donde cada juzgado o tribunal ejecuta sus propias sentencias y consideramos que no debería haberse comenzado en la jurisdicción penal donde anda en juego la libertad de las personas.

4.- PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN.

Dentro de las alternativas a la prisión a cuyo estudio se dedica esta obra, destacábamos como principal de ellas la suspensión de la ejecución de la pena, a la que seguiría la sustitución en orden de importancia y aplicación.

Si muchas son las similitudes de ambos institutos, por tratarse de alternativas a las penas de prisión de corta duración, la anterior sustitución ordinaria del artículo 88 CP, hoy derogado, ha pasado a ser una modalidad de suspensión. Aun con ello, ambas instituciones no dejan de tener sustantividad por separado y plantear importantes diferencias, entre las que cabe destacar como principales las siguientes:

1º La suspensión cabe frente a penas privativas de libertad (art. 80), que son la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 35).

La sustitución, reservada además ahora para extranjeros (con la salvedad del art. 71.2 CP), solo está prevista para penas de prisión y, precisamente, prevé la sustitución de esta por la expulsión del reo en los casos en que procede.

2º La suspensión supone dejar de cumplir la pena impuesta, mientras que la sustitución implica cumplir otra pena distinta.

3° La suspensión conlleva en todo caso una condición, la de no delinquir durante un periodo y, en ocasiones, otras obligaciones de hacer o no hacer que impondrá el órgano judicial de entre los artículos 83 y 84 CP.

La sustitución del artículo 71.2 CP solo implica cumplir otra pena que, en este caso, serán Trabajos en Beneficio de la Comunidad o localización permanente. La del artículo 89 CP implica ser expulsado de territorio español si bien, en este caso, se impone también la obligación de no volver en un determinado lapso de tiempo.

4° El incumplimiento de las condiciones de la suspensión conlleva la revocación de esta o bien, si el incumplimiento no es grave ni reiterado, que se impongan nuevas condiciones, aunque es menos frecuente que así sea.

El incumplimiento de la obligación al extranjero de no regresar a España implica, si es sorprendido en la frontera, que sea expulsado de nuevo y, si es sorprendido dentro del territorio, que deba cumplir la pena (aunque no se hable de revocación de la sustitución).

5° Con la anterior regulación, si la pena sustitutiva era de multa, en cuanto se pagaba la misma, se extinguía la responsabilidad penal, es decir, se tenía por cumplida la pena y el penado no quedaba sujeto a un periodo de prueba de modo que, aunque al día siguiente delinquiese de nuevo, ya no cabría que cumplierse ambas penas sino solo la nueva que le fuere impuesta, porque la primera ya fue cumplida con el pago de la multa por sustitución.

En cambio, si se optaba por la suspensión, en tanto no hubiese transcurrido el plazo de prueba fijado por el Juez o Tribunal, cualquier delito cometido implicaría la revocación de la suspensión y el cumplimiento de la pena suspendida además de la nueva.

Así sigue sucediendo con la sustitución del artículo 71.2, de modo que no existe plazo de prueba, pero no podemos decir lo mismo en el caso del

artículo 89 puesto que, cuando se expulsa al reo, sí se le impone un plazo de prueba y una condición de no regresar a España durante ese tiempo, aunque podemos ver que es distinto y que dicho periodo no pretende que el reo no delinca sino que no vuelva a pisar territorio español, cosa bien distinta, pues ya no se está buscando evitar la reiteración delictiva o resocializar al penado, sino mantenerlo apartado.

6º De igual modo, representa otra diferencia la finalidad de la ejecución de la pena de prisión en aplicación del artículo 89 CP -donde se hace para asegurar la defensa del orden jurídico o restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida- o en aplicación de la prisión de forma ordinaria, donde su razón de ser es la resocialización del reo junto con la retribución.

En el caso de la suspensión, su finalidad es evitar que reos primerizos se contaminen del ambiente carcelario, sobre todo cuando la pena en sí misma ya sirve o puede servir como eficaz medida preventiva especial.

7º Con la referencia a la anterior regulación, Mapelli Caffarena⁶² criticaba que la suspensión ordinaria tuviese como límite el de dos años mientras que la sustitución, que en realidad supone el cambio de una pena por otra y, por tanto, es menos ventajosa a priori para el reo, tuviese como límite un año.

Quizá para inclinar esa balanza debiera considerar el autor que, cumplida la pena sustitutiva, el reo queda con su deuda saldada mientras que el beneficiario de la suspensión queda sometido a un periodo de prueba.

Hoy día la sustitución ha adquirido una dimensión bien distinta en forma de modalidad de suspensión, como dice el preámbulo de la LO 1/2015.

⁶² Mapelli Caffarena, B. “La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario”, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Número extraordinario 2, octubre de 1989.

8° Las dos modalidades de sustitución que continúan en vigor tienen carácter imperativo, a diferencia de la suspensión que es discrecional para Jueces y Tribunales.

Así, en el caso de extranjeros, el órgano jurisdiccional tiene que proceder a la expulsión -o a la ejecución de la pena de prisión y luego a la expulsión- en función de las pautas que le impone el artículo 89 CP.

Y, si se trata de pena de prisión inferior a tres meses, igualmente se ve compelido a sustituirla por multa, TBC o localización permanente.

5.- LA MEDIACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA SUSPENSIÓN.

Para comenzar este epígrafe solo señalaremos que el Código penal de 1995 ha sido modificado hasta la fecha en veintisiete ocasiones y que, en ninguna de ellas se ha dado, en mi humilde opinión, suficiente relevancia a las necesidades de las víctimas, oyéndolas a la hora de elaborar cada una de las reformas habidas. Ni siquiera esta última de 2015, pese a suponer un importante avance en materia de resarcimiento, es plenamente completa a nuestro juicio puesto que, aunque trata de procurar el cobro al perjudicado con medidas como hacer causa de revocación el impago del plan de pagos asumido por el penado o, entre otros, el hecho de facilitar información inexacta sobre bienes, no prevé una participación activa de la víctima en la fase de ejecución de la pena o en la resolución sobre la suspensión.

En efecto, parece que el legislador se tomó en serio la cuestión de que el *Ius Puniendi* le corresponde al Estado, confundiendo la capacidad del legislador para reformar las leyes, como uno de los tres poderes parte integrante de ese Estado, con una posición absolutista que le lleva a decidir sobre cada reforma penal sin oír a las víctimas. Si bien es cierto que la empresa entraña dificultad, no puede ello suponer que se deje de lado a los

perjudicados por el delito, que deberían ser actores principales del proceso, aún con independencia de su personación o no como parte del mismo.

El instituto o la figura de la mediación, dentro de la denominada justicia restaurativa, puede ser el foro donde se escuche a las víctimas, se las deje desahogarse y expresarse con plena libertad, fuera del corsé del proceso penal. Un foro donde se confronte a víctima y agresor en aquellos delitos y supuestos que lo permitan, pueda buscarse la solución adecuada para que el perjudicado se sienta plenamente reparado y confíe en la Justicia (cosa que en muchas ocasiones no sucede a pesar de condenarse al autor) y el reo llegue a comprender el alcance de su actuación, naciendo un arrepentimiento verdadero y una voluntad de reparar el daño cometido.

La justicia restaurativa, justicia reparadora o justicia compasiva es un movimiento mundial que trata de buscar, dejando de lado las penas como castigo o mera retribución, soluciones distintas donde la víctima juega un papel importante y es oída como un verdadero actor principal y donde el “ofensor”, pues se evita llamarle delincuente, tiene una verdadera oportunidad de arrepentimiento y de reinserción. Ambos, ofensor y ofendido, son quienes buscan una solución y ven en qué forma les afecta a cada uno el delito cometido.

Cierto es que este planteamiento es útil o aplicable en algunas situaciones y bajo determinadas circunstancias, debiéndose descartar cuando no existe una verdadera voluntad por ambas partes. Parte de ello es la posibilidad de mediación en la fase de ejecución de la pena, donde debe solicitarse al Juzgado o Tribunal por el penado y ser aceptada por el perjudicado, iniciándose de este modo un proceso que, por el contrario, no tiene lugar si falta la voluntad de uno de ambos.

Para ello y como señala Ríos Martín⁶³, la institución de la conformidad no alcanza a cubrir dichas expectativas ya que a la víctima no se la escucha por lo general y la conformidad se alcanza de una forma apresurada, con idas y venidas entre la sala y el exterior de la misma donde

⁶³ Ríos Martín, J. “Las alternativas a la prisión”, Cuadernos de Derecho Judicial, Cendoj, 2006.

está el perjudicado, y eso en el caso en que tiene abogado por haberse constituido en parte ya que, de haber confiado en que el Fiscal asuma la defensa de sus intereses, ni siquiera se le va a oír para manifestarse sobre la conformidad.

Como afirma también Ríos Martín⁶⁴, *“el proceso penal no sólo no ofrece cauces para la expresión y satisfacción de las necesidades de la víctima sino que, además, frecuentemente supone una experiencia dolorosa para las víctimas, lo que, no en vano se ha denominado "victimización secundaria". La víctima es una especie de perdedor por partida doble; en primer lugar frente al infractor y, después, frente al Estado. Queda excluido de la gestión dialogada de su propio conflicto, salvo la que permite el proceso penal que se presenta como limitada, estigmatizante y escasamente reparadora (...). Únicamente se le da entrada para la acreditación de los hechos que puedan servir al fiscal o la acusación particular si así lo decide en virtud del art. 109 LECr. para demostrar la acusación que sostiene contra el presunto autor o partícipe del delito y, como consecuencia de ello, interesar la reparación económica o material por el daño sufrido”*.

Dentro de la suspensión de la ejecución de la pena, como veremos, se establece como uno de los requisitos de su modalidad ordinaria que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles, con las puntualizaciones operadas por la LO 1/2015 que han venido a introducir mayor flexibilidad, en cuanto que ahora el compromiso por parte del reo de satisfacerlas en un plazo prudencial puede ser suficiente a criterio del Juzgado o Tribunal.

Ello implica que, en todos aquellos casos (que son la mayoría) en que existe un perjudicado, debe darse audiencia a éste, en orden a permitirle que se manifieste sobre la procedencia o no de la concesión del beneficio y, cómo no, por lo que corresponde en cuanto a su satisfacción como parte de la condena.

⁶⁴ Ríos Martín, J. “Las alternativas a la prisión”, cit.

Creemos que esta podría ser una posibilidad donde se introdujese la figura de la mediación, con independencia de aquella que pudiese llevarse a cabo en aras de evitar el proceso penal ya que sería diferente y actuaría una vez dictada sentencia. Es decir, en aquellos casos en que la mediación penal no pudiese aplicarse con carácter previo, una vez dictada sentencia condenatoria, entendemos posible una mediación que regulase la forma de satisfacer la responsabilidad civil por parte del reo al perjudicado, que evitase el ingreso en prisión de aquél por la concesión de la suspensión.

Como hemos dicho antes, existe la posibilidad de que lo solicite el propio penado y lo acepte la víctima, pero no es algo que sea estimulado por los órganos judiciales y se reduce a la presentación de un escrito de solicitud que, con la escasa publicidad que se da a la figura, suele rechazarse por mero desconocimiento del receptor. Por más que su abogado debiera conocerlo, como decimos, es un proceso en ciernes todavía poco usado y nada fomentado, al contrario que la conformidad en sede de juicio oral.

A nadie debe escapar que, más allá de la pena privativa de libertad, que está contraindicada cuando es de corta duración por su perverso efecto corruptor y su escaso índice de resocialización, lo más importante en el fallo condenatorio es que la víctima o perjudicado alcance a verse satisfecho, cuestión que a veces se frustra, precisamente, por el ingreso en prisión. Yendo más allá, es muy conveniente plantearse, antes de decantarse por solicitar que se deniegue el beneficio, si el ingreso en prisión será bueno o malo para la víctima ya que, si el reo entra a cumplir la pena, se termina para este el estímulo de pagar la responsabilidad civil, pues ya ninguna ventaja le va a conllevar.

Qué obvio es, pues, que el perjudicado debe tener un papel más importante del que actualmente tiene y que podría desempeñar con mayor plenitud con la figura de la mediación oportunamente fomentada.

Por otro lado, estamos acostumbrados a ver traducida la responsabilidad civil a una cuestión pecuniaria en casi la totalidad de casos. En ocasiones, será así porque el perjudicado no desee otra forma de reparación; en otras, porque lo aconsejen las circunstancias; pero en no

pocos casos podría optarse por una reparación *in natura*, con ciertas semejanzas pero básicamente diferente de los trabajos en beneficio de la comunidad, cuya naturaleza es distinta y no tienden a la reparación del daño sino a la extinción de la pena y no pueden ser prestados en beneficio de particulares sino del interés general.

Nos referimos a la posibilidad de que el propio penado realice trabajos para el perjudicado hasta satisfacer la responsabilidad civil impuesta. Es obvio que esta figura necesitaría de una colaboración importante por ambas partes y podría ser precisamente en el ámbito de la mediación donde se pudiese llevar a cabo de una forma más controlada, descargando además a los juzgados de ejecutorias de un trabajo difícil e ingrato. Precisamente, uno de los motivos por los que en ocasiones no se imponen trabajos en beneficio de la comunidad sino que se opta por la responsabilidad personal (en el caso del impago de multa del artículo 53 CP) es el trabajo que da controlar el correcto desempeño de los mismos.

Sin duda, no debe dejarse de lado nunca el interés general, pero en nuestra opinión queda satisfecho con la imposición de la pena y el efecto que esta pueda tener en cuanto a prevención general, de modo que no será bueno que todo condenado evite la prisión porque daría una sensación de impunidad, pero quedará satisfecho por los casos que escapan a la posibilidad de concesión del beneficio de la suspensión, que son muchos también, y por aquellos en que dicha posibilidad queda inoperativa por voluntad del reo al no querer cumplir las condiciones, entre ellas la reparación del perjuicio.

Es claro que la mediación tiene su ámbito de aplicación fuera del cual obvia su proposición. Casos en los que el contacto del agresor y la víctima no solo no se recomienda sino que forma parte de la propia condena (medida de alejamiento), situaciones en que el enfrentamiento de las partes recomienda no favorecer su encuentro, etc. Fuera de esos casos, en aquellos delitos con penas de escasa gravedad donde exista un perjudicado, es aconsejable a nuestro parecer la proposición activa de la mediación, incluso con posterioridad, como decimos, a haber recaído sentencia y no solo con carácter previo a esta.

El hecho de sentar frente a frente a quien ha perjudicado y quien ha sufrido el perjuicio, con posibilidad de ver la consecuencia para ambos de lo sucedido, ha de ser sin duda una experiencia que, con apertura de mente, puede incluso llegar a unir a víctima y agresor.

Pondría como ejemplo a una persona que fuese atropellada por otra que condujese bajo los efectos del alcohol, o incluso de que el encuentro fuese con la familia de la víctima, si es que esta hubiese perdido la vida en el siniestro. Salvo casos excepcionales, se nos representa una situación de dureza vital, mezclada con sentimientos de culpa, con posicionarse en el lado del interlocutor y extraer una de las lecciones más importantes que alguien puede afrontar en su vida: ver el daño que su negligente actuar ha causado. Si bien no es fácil ni reprochable que la familia de la víctima, en muchos casos similares, no quiera acceder a la mediación, pensamos que debe intentarse y que, desde el punto de vista del duelo, es incluso conveniente.

CAPÍTULO II.- EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.

1.- LEY DE CONDENA CONDICIONAL DE 1908.

La primera referencia en el Derecho positivo español a la institución de la suspensión de la ejecución de la pena la encontramos en la Ley de Condena Condicional de 17 de marzo de 1908, que fue publicada en la Gaceta de Madrid (Precursor del actual BOE) de 19 de marzo de 1908, siendo Rey Alfonso XIII.

Sus primeros cinco artículos fueron derogados por el Código Penal de 1932, que los incluyó como sus artículos 95 a 100 aunque, ya con carácter previo, el Código Penal de 1928, en su Disposición final, derogaba todos los preceptos de carácter penal contenidos en leyes especiales que se hubieren incorporado al mismo, si bien la incorporación que hace el Código de 1928 en sus artículos 186 a 190 no era total.

La Ley de Condena Condicional preveía en su art. 6º que la suspensión fuese acordada en cuanto adquiriese firmeza la sentencia y previo informe del Fiscal, de igual modo que hoy lo prevé el art. 82.1 CP siempre que no haya sido acordada en sentencia y habiendo sido sustituido el informe del Ministerio Público por la audiencia a las partes.

Una curiosidad hoy desaparecida era, sin duda, que el Tribunal sentenciador, constituido en audiencia pública, notificaba al reo la suspensión haciéndole todas las advertencias de lo que sucedería en caso de incumplir las condiciones de la suspensión. Es posible que algún Juzgador todavía lo haga pero no existe como previsión legal y es más habitual que sea el propio abogado de la defensa quien advierta de dichas consecuencias a su cliente, si es que lo hace.

De hecho y como señala Cuesta del Castillo⁶⁵, el Código Penal de 1995, que derogó expresamente la Ley de Condena Condicional de 1908 en su integridad, deja un vacío procedimental respecto de algunas cuestiones como la notificación al reo de la concesión o denegación del beneficio que sí contenía en cambio la Ley de 1908, debiendo acudirse a las correspondientes leyes rituarias para suplir dicha carencia (LECrím, LPM⁶⁶ o incluso la LEC), si bien en la LECrím no existen previsiones expresas sobre los trámites a seguir tras dictarse la resolución acordando conceder el beneficio.

En la práctica, el juzgado comunica personalmente la resolución adoptada y, si no lo haya, lo declara en rebeldía y dicta una orden de busca y captura con el único fin de que sea hallado, traído a presencia judicial y así se le notifique la resolución porque es clave para computar el plazo de suspensión, del que habrá que descontar el periodo que el reo haya estado en rebeldía.

Sobre la resolución acerca de la concesión o denegación del beneficio, la práctica es notificarla al reo pero en dicha notificación es muy extraño encontrar referencias a los efectos que le acarrearán un posible incumplimiento de las condiciones que, como decimos, queda a la mayor o menor profesionalidad del letrado que le asista, dándose con frecuencia casos en que el penado desconoce el verdadero alcance de la suspensión o las condiciones que debe observar. Es por ello que nos mostramos partidarios de que el condenado fuese citado a una audiencia, breve, en que se le hiciesen dichas advertencias en forma personal por el órgano jurisdiccional⁶⁷.

Otra previsión hoy desaparecida era la del artículo 8º de la Ley de 1908, que recogía la eventualidad de que el reo no compareciese a la notificación de la suspensión, en cuyo caso se le citaba por una segunda vez,

⁶⁵ Cuesta del Castillo, R. “Notificación personal al reo del auto concediéndole la suspensión de condena”. Cuadernos Digitales de Formación, Cendoj, 2008, pág. 4.

⁶⁶ LOPM 2/1989, de 13 de abril.

⁶⁷ También algunos juzgados tienen esa costumbre, aunque no todos. De hecho, es frecuente encontrar también comunicaciones hechas simplemente a través del procurador.

transcurrida la cual sin su asistencia, se dejaría sin efecto la suspensión procediéndose a ejecutar la condena, con la única salvedad de que pudiese acreditar una causa justa para sus ausencias.

Sobre esta última cuestión, la Consulta de la FGE 4/1999, de 17 de septiembre, advierte de su ausencia y necesidad de regulación, quejándose de la falta de comparecencia del reo en las ejecutorias aunque concluyendo la imposibilidad de revocación de la suspensión por dicho motivo ya que carecería de base legal, con la salvedad –en opinión de la FGE, cosa discutible- de que, hallado y comparecido el reo, se le hiciese la advertencia de comparecer ante el Tribunal cada vez que fuese llamado y no lo hiciese.

Los artículos 9º y 10º de la extinta Ley de Condena Condicional se ocupaban de establecer unas obligaciones de comunicación de los cambios de domicilio que pudiese hacer el reo, de tal suerte que le era vedado mudar su residencia sin ponerlo en conocimiento del Juez de instrucción o el municipal donde aquél no existiese, quien le debía facilitar un documento acreditativo de haber cumplido el requisito, debiendo presentarse ante el homólogo del nuevo lugar de residencia. La inobservancia de esta condición podía ser causa de dejar sin efecto la suspensión y comenzar a cumplir la condena.

Esta cautela, que ya entonces se observaba, es regulada actualmente en el artículo 83.1.3ª del Código Penal que establece la prohibición para el reo de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida, aunque no en todo caso sino como una posible medida a imponer por Jueces y Tribunales que no ha de ser forzosamente adoptada. En la práctica, es lo habitual que se establezca la obligación de comunicar cualquier cambio de residencia al juzgado o tribunal encargado de la ejecución, pero no que se establezca la prohibición de ausentarse sin autorización, cuestión bien distinta. Y solo se establece la necesidad del permiso cuando el penado ha de salir de territorio español.

Se imponía a los Tribunales, así mismo en la primigenia Ley de 1908, una obligación consistente en la llevanza de un libro de condenas condicionales en que constase el fallo de la sentencia y la parte dispositiva

del auto de suspensión, el lugar de residencia del reo y otros datos necesarios para el seguimiento del cumplimiento de las condiciones (vid. art.12º). Y similar obligación se establecía para el Juez del lugar de residencia del reo, que debía llevar un registro en que se hiciesen constar las variaciones de residencia, así como mantener contacto con el Juez de la nueva residencia, en caso de mudanza, para confirmar que el reo se había presentado allí en el plazo de tres días que fijaba el artículo 10º.

Para terminar con la Ley de Condena Condicional, cuyo contenido era escueto, diremos que mantenía una gran diferencia con la actual regulación en lo concerniente a dejar sin efecto la suspensión cuando el reo fuese condenado por algún delito antes de haber transcurrido el plazo de duración de la condena condicional o, de igual modo, se le hiciese cumplir la condena suspendida incluso después de transcurrido el plazo si, a posteriori, recayese condena por un delito cometido en el tiempo de la suspensión. Ello será estudiado en el capítulo correspondiente puesto que, no en vano, ha sido objeto de abundantes escritos forenses en la materia y merece su detenido estudio en este trabajo.

2.- CÓDIGOS PENALES POSTERIORES.

Andando un poco más en el tiempo, llegaríamos al Código Penal de 1932 que, como apuntábamos, derogaba los artículos 1º a 5º de la Ley de Condena Condicional de 1908, al incorporarlos dentro del propio texto punitivo.

Ninguno de los Códigos Penales anteriores (1822, 1848, 1850, 1870 y 1928) contenía referencia alguna a las instituciones de la suspensión y la sustitución de la pena.

El Código Penal de 1932 preveía la suspensión por plazo de dos a cinco años (art. 95) de la misma forma que hoy (art. 81), con determinadas condiciones que no han variado mucho en el tiempo tales como la

primeridad delictiva⁶⁸, que el reo no hubiese sido declarado en rebeldía (hoy desaparecida y sustituida por la condición de haber satisfecho la responsabilidad civil en el actual art. 80) y que la pena de prisión a suspender no superase el año (art. 96).

Una de las circunstancias que el Tribunal podía tomar en cuenta para acordar la remisión condicional era la edad del reo, que hoy también puede ser contemplada aunque el tenor del precepto es algo diferente y se habla de “circunstancias personales del reo” (art. 80.3).

Lo que más nos llama la atención de la antigua remisión condicional es algo que hoy no contempla nuestro Código Penal pero que estuvo incorporado hasta el anterior de 1973. Es la referencia a la aplicación del instituto “por ministerio de la Ley”, es decir, obligando al Juez o Tribunal a acordarla en todo caso cuando se cumpliesen determinados requisitos⁶⁹, modalidad, como decimos, hoy desaparecida –excepción hecha de la suspensión imperativa del artículo 71.2 CP para penas de prisión inferiores a tres meses- ya que, en la actual previsión, es siempre facultativa para el Juez o Tribunal, por medio de la expresión “podrán” y la eliminación de “aplicará por ministerio de la Ley”.

El texto de Código Penal de 1932 sufrió su primera modificación en 1941, manteniendo los artículos 95 a 100, dentro de los cuales podemos decir que el 95 facultaba al Tribunal para otorgar la condena condicional (haciendo referencia a que se aplicase la Ley de 1908, a la sazón en vigor) que dejase en suspenso la ejecución de la pena por plazo de dos a cinco años, a criterio del Tribunal y atendidas las circunstancias del hecho y la

⁶⁸ Aunque la expresión pueda parecer malsonante, es esta la aceptada por la Real Academia y no la de “primariedad”, a pesar de ser frecuentemente usada. Por otro lado, la expresión que usamos ha caído en desuso pero es, como decimos, la aceptada por la RAE y la que, por ese motivo, hemos incorporado.

⁶⁹ “*Primero. Cuando en la sentencia se aprecie el mayor número de los requisitos establecidos para declarar la exención de responsabilidad con arreglo a este Código. Segundo. En los delitos que se persiguen a instancia del agraviado si mediase solicitud expresa de la parte ofendida*”.

duración de la pena impuesta. Este artículo pasaría, en la reforma de 1944, a ser el 92 con dos insignificantes modificaciones carentes de trascendencia⁷⁰.

El artículo 96 del texto de 1941 estaba dedicado a los requisitos que habían de darse para la suspensión y que entonces eran: 1º que el reo hubiera delinquido por primera vez; 2º que no hubiese sido declarado en rebeldía; 3º que la pena consistiese en privación de libertad, cuya duración no excediese de un año y estuviese impuesta como principal del delito o falta o como subsidiaria por insolvencia en caso de multa.

Pero dichos requisitos no operaban sin más sino que, cumplidos los mismos, la facultad de conceder o no la suspensión la tenía el Tribunal teniendo en cuenta la edad y antecedentes del reo, la naturaleza jurídica del hecho punible y las circunstancias de todas clases que concurrieren en su ejecución⁷¹.

Los artículos 97, 98 y 99, en la versión de 1944, se mantuvieron sin variación en su contenido, siendo reenumerados como artículos 94, 95⁷² y 96, respectivamente.

Su art. 97 (antes 100), sustituyó la expresión “*cargo de jurado u otro de carácter público*” por “*cargo o función de carácter público*”.

Fuera de los artículos 95 a 100, el Código Penal de 1932 contenía el artículo 86 (82 en el texto de 1944) con previsión de suspender la pena

⁷⁰ Se añade el término “impuesta” a la expresión “...que deja en suspenso la ejecución de la pena”. Y se cambia el término “duración” por el término “aplicación” en la expresión “...atendidas las circunstancias del hecho y la duración de la pena impuesta”.

⁷¹ En el texto de 1944 pasa a ser el artículo 93 añadiéndosele el último párrafo: “*El Tribunal sentenciador podrá ampliar el beneficio de la condena condicional a los reos condenados a penas hasta de dos años de duración cuando así lo estimare procedente, en resolución expresa motivada, si en el hecho delictivo concurriera alguna atenuante muy calificada, apreciada como tal en la sentencia*”.

⁷² La versión comentada contenía la siguiente nota: “procede el recurso de casación contra el auto en que se deniegue la suspensión de la condena en los casos en que deba aplicarse por ministerio, pero contra el que recae en virtud de acuerdo potestativo sólo se da el de súplica” (Fiscalía TS, 2 de abril de 1908).

personal si el reo caía en enajenación tras pronunciarse la sentencia e incluso durante el cumplimiento de la misma⁷³.

También aparece por vez primera en el artículo 65 del texto de 1944 la facultad al Tribunal para sustituir la pena de prisión por la de internamiento en institución especial de reforma en el caso de que el reo fuese mayor de dieciséis y menor de dieciocho años aunque, cosa terrible, era por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección. Como podemos imaginar, se trataba de imponer una pena al menor que, aunque de cumplimiento en institución especial de reforma, suponía una privación de libertad sine die, contraria al principio de legalidad y en manos de interpretaciones arbitrarias respecto del momento en que pudieran considerar “corregido” al reo.

La versión revisada de 1963 mantiene inalterados los artículos dedicados a la suspensión de la pena.

3.- CÓDIGO PENAL DE 1973.

Llegamos con ello al Código Penal de 1973 y las posteriores versiones reformadas del mismo.

El artículo 92 se mantuvo vigente y sin cambios desde su promulgación en 1973 hasta la derogación por el nuevo Código y entrada en vigor del mismo en 1996. Podemos observar que el precedente todavía hablaba de “condena condicional” y no de “suspensión”.

Con el Código de 1995, desaparecería ya la referencia a la condena condicional por ministerio de la Ley que hasta este de 1973 perduró. Desde entonces, no existe la obligación de conceder el beneficio en ningún caso, siendo una facultad discrecional que faculta pero no obliga.

⁷³ La versión de 1944, donde era el artículo 82, variaba haciendo alusión al párrafo 3º del número 1º del art. 8º, con el mismo resultado.

En el artículo 93, en su primera versión, uno de los requisitos de la condena condicional era que el reo no hubiese sido declarado en rebeldía, desapareciendo en su modificación de 17 de julio de 1983 para quedar de ese modo también en la posterior versión.

Se añadía, al hecho de haber delinquido por primera vez, la posibilidad de haber delinquido anteriormente pero haber sido rehabilitado o poder serlo (caso en que el antecedente está caducado pero no se ha procedido a su cancelación) y no se computaba una primera condena imprudente.

Se añadía igualmente la posibilidad de ampliar el beneficio, además de al caso de la atenuante muy cualificada, al de concurrencia de una eximente incompleta o la atenuante tercera del art.9º (ser el culpable menor de 18 años).

El 93 bis fue añadido por la LO 1/1988 de 24 de marzo, los artículos 94 a 97 se mantuvieron invariables desde su promulgación y, respecto de la sustitución de penas, todavía no se contemplaba nada en este Código Penal.

4.- CÓDIGO PENAL DE 1995. PRIMERAS VERSIONES.

La primera novedad fue la reenumeración de los artículos dedicados a la suspensión y sustitución de penas, así como la denominación, ya que comenzaba a hablarse de suspensión, en lugar de condena condicional y se ubicó en los nuevos artículos 80 a 87 para la suspensión y 88 a 89 para la sustitución.

La versión actual del artículo 80, desde el 1 de octubre de 2004, permite la suspensión de penas no superiores a dos años, a diferencia de la versión vigente desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004, que escogió el término “inferiores a dos años”. La diferencia supuso un beneficio para aquellos reos condenados a penas de prisión de dos años

exactos que, con la nueva versión, pudieron beneficiarse de la suspensión siempre y cuando cumpliesen el resto de requisitos.

La nueva versión, sin embargo, obligaba al Juez a atender a la existencia de otros procedimientos penales contra el reo, mientras la anterior simplemente hablaba del concepto de “peligrosidad criminal”.

La versión del artículo 81 vigente desde el 1 de octubre de 2004 introdujo en su epígrafe 2 una importante novedad, al excluir las penas privativas de libertad provenientes de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa ya que la anterior versión (la del 24 de mayo del 1996 al 30 de septiembre de 2004) sí permitía su cómputo al no excluirlas expresamente o, cuanto menos, era motivo de diferentes interpretaciones.

De otro lado, en la nueva versión desaparecía la expresión “impuestas en una misma sentencia”, dando pie a que se pudieran sumar las penas impuestas en sentencias diferentes.

La versión del artículo 82 primera, de 1996, establecía una serie de cautelas en orden a la publicidad de la pena suspendida, concretamente la de no comunicar al Registro Central de Penados y Rebeldes la pena impuesta mientras se decidía sobre la suspensión y, si ésta se acordaba finalmente, la de inscribirla en una sección especial separada del Registro a la que sólo tenían acceso Jueces y Tribunales.

Dicha medida se dejó sin efecto desde la modificación de 1 de octubre de 2004 aunque luego apuntaremos las particularidades de la sección especial, con cierta aplicación hoy día para aquellas anotaciones ya existentes.

La del artículo 83 (de 24 de mayo de 1996) pronto añadió (el 22 de mayo de 1999) un subepígrafe 1.1º bis (actualmente 1.1ª) para establecer

como posible medida la prohibición de acercarse a la víctima o comunicarse con ella o su familia; y, a partir del 30 de septiembre de 2004, extendida a acercarse también a los familiares de la víctima y otras personas que el Juez o Tribunal designen, con prohibición de comunicar con todos ellos, igualmente.

La versión vigente desde 23 de diciembre de 2010 incorporaba, en el subepígrafe 1.5^a, entre otras obligaciones de participar en programas formativos, aquellos relacionados con la defensa del medio ambiente y la protección de los animales, cuestión que hoy se recoge en el epígrafe 1.6^a que aprovecha para incorporar los de igualdad de trato y no discriminación.

Desde la versión de 28 de junio de 2005, en relación con los delitos de violencia de género o en el ámbito doméstico, se imponen en todo caso la prohibición de acercarse o comunicar con la víctima, sus familiares y demás personas que el Juez o Tribunal puedan designar, además de acudir a determinados lugares; y desde el 22 de diciembre de 2010, además, la obligación al reo de participar en programas formativos (hoy 83.1.6^a).

Las dos modificaciones del artículo 84 previas a la actual (de 1 de octubre de 2004 y de 29 de junio de 2005) estaban relacionadas con la violencia de género o en el ámbito doméstico, acordando la revocación de la pena cuando el reo hubiera incumplido las obligaciones que le hubieren sido impuestas relativas al art. 83.1 CP.

Como veremos, el artículo 84 actual no guarda relación alguna con este, que tiene nueva formulación en el artículo 86.

La única diferencia que establecían las dos versiones anteriores del artículo 85, de 24 de mayo de 1996 y de 1 de octubre de 2004, era de carácter publicitario, eliminándose en la posterior la comunicación del Juez al Registro Central de Penados y Rebeldes la cancelación de la inscripción en su sección especial relativa a penas suspendidas.

El actual artículo 85 nada tiene a ver con este, que ahora se regula en los nuevos 86 y 87.

El artículo 86 no había sufrido variación desde la promulgación del Código penal hasta la reciente reforma por LO 1/2015, donde cambia totalmente.

Y la variación que se produjo respecto del artículo 87 con la versión vigente desde el 1 de octubre de 2004, fue sumamente importante al establecer la posibilidad de suspender penas privativas de libertad de cinco años (antes tres) cuando el delito hubiese sido cometido como consecuencia de la drogadicción.

De entre las condiciones que establecía, se introdujo el control de oficio por parte de Jueces y Tribunales al exigir que fueran estos, con independencia de la obligación que tenía el reo de acreditar que estaba deshabitado o sometido a tratamiento al tiempo de decidir sobre la suspensión, quienes recabasen de los centros privados o públicos la información que así lo confirmase.

Desapareció, también con la posterior versión, el término “reo habitual” aunque se hablase de “reincidencia”. Obviamente, no es lo mismo, pues la reincidencia implica la previa condena por un delito del mismo título del Código penal siendo ambos de la misma naturaleza (art. 22.8ª CP).

Dentro del epígrafe 4 del artículo 87 se establecía como novedad que los centros donde el reo se encontrase deshabitándose de su dependencia a las drogas informasen, como mínimo anualmente, al Juez o Tribunal, con independencia de que éstos requirieran dicha información en plazos más breves. La novedad fue, pues, establecer esa obligación de informar como mínimo con carácter anual.

Hoy todo el artículo 87 se regula en el actual 80.5, habiendo sufrido importantes cambios que veremos en su correspondiente capítulo.

El artículo 88, dedicado a la sustitución de penas y hoy derogado por LO 1/2015, preveía como una de las penas alternativas, junto a la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad, el arresto de fin de semana (introducido como novedad en el CP de 1995).

Con la modificación operada en su día por la LO 15/2003, desapareció este último, al tiempo que se introdujo la pena de localización permanente, consistente en la obligación para el penado de permanecer en su domicilio u otro lugar determinado por el Juez en la sentencia. La retirada del arresto de fin de semana se debió a la escasez de medios, la falta de colaboración de los reos y el estado de los depósitos municipales⁷⁴.

Así mismo, se dejaba en manos del Juez la posibilidad de imponer la observancia de algunas de las condiciones del art.83, salvo que ya hubieren sido impuestas como pena.

La posterior versión de 1 de octubre de 2004 recogía, en su epígrafe segundo, la obligación de sustituir por trabajos en beneficio de la comunidad en todas las condenas por el art.173.2 CP, vetándose la posibilidad de multa. También establecía la obligación (no facultad) de que el Juez impusiese al reo la obligación de asistir a cursos de reeducación y tratamiento psicológico, así como la observancia de las condiciones del entonces art. 83 1 y 2 CP.

La posterior versión de 29 de junio de 2005 únicamente modificó el artículo en cuestiones terminológicas, al hablar ya de violencia de género en lugar de aludir al art.173.2 CP.

⁷⁴ Fernández Aparicio, J.M. Comentario al RD 515/2005, de 6 de mayo. Cumplimiento de determinadas penas y medidas de seguridad y suspensión de ejecución de penas privativas de libertad. Boletín de Legislación El Derecho núm. 388, 18 de julio de 2005.

La versión que estuvo vigente desde el 23 de diciembre de 2010 hasta su derogación por LO 1/2015, incorporaba la sustitución de penas privativas de libertad que no excedieran de seis meses por las de localización permanente como única variación.

Con la versión de 23 de enero de 2001 del artículo 89 se vino a introducir la imposibilidad de sustitución por expulsión en aquellos casos en que el reo extranjero hubiera sido condenado por un delito relacionado con los derechos de los trabajadores.

La versión de 1 de octubre de 2003 sí establecía mayores cambios, como que la sustitución por expulsión del extranjero en condenas a privación de libertad inferiores a seis años fuese impuesta y no facultativa para el Juez, salvo el caso en que, con audiencia del Ministerio Fiscal, apreciase el Juzgador que, por la naturaleza del delito, debiera cumplirse la condena en España.

En el caso de que el extranjero estuviese cumpliendo la condena en España, llegado el tercer grado penitenciario o cumplidas las tres cuartas partes de la condena, se acordaría igualmente la suspensión (con la anterior versión era facultativo y además había que oír al reo, requisito que fue eliminado desde 2003).

Igualmente, si el extranjero tenía pendiente algún procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España, quedaba archivado.

La referida versión vino a establecer la obligación de cumplir la condena sustituida por expulsión para el caso de que ésta no pudiera llevarse a efecto por cualquier circunstancia. Y ampliaba el plazo de prohibición de regreso a España del condenado por plazo mínimo de 10 años desde la fecha de expulsión (antes entre 3 y 10) y siempre que hubiera prescrito la pena, plazo que comenzaría a computar de nuevo si intentase entrar en territorio español quebrantando la prohibición impuesta.

La versión de 23 de diciembre de 2010 volvió a resucitar la necesidad de audiencia al penado al tiempo de decidir sobre su expulsión, añadiéndose la de las demás partes personadas aparte del Ministerio Público. Se añadía también la posibilidad de adoptar la medida a posteriori en cualquier momento y mediante auto motivado, con igual audiencia de todas las partes y se volvía a reducir el plazo de retorno a España (desde entonces y hasta ahora de 5 a 10 años).

Una novedad importante suponía que si el extranjero quebrantaba la prohibición de regreso y era sorprendido en la frontera podía ser expulsado pero si era sorprendido ya en territorio español había de cumplir la condena aquí.

Otra de las novedades introducida entonces era la posibilidad que se concedía al Juez para ordenar el internamiento del condenado en un centro de extranjeros en cuanto se dictase sentencia si no estaba privado de libertad y mientras se comenzase a ejecutar la sentencia, todo ello en aras de asegurar la expulsión e impedir su fuga.

5.- LEY PENAL MILITAR.

5.1.- Anterior regulación (vigente hasta el 15 de enero de 2016).

Acudiendo al anterior y hasta hace poco vigente Código Penal Militar, LO 13/1985, de 9 de diciembre, establecía en su preámbulo que *“Respecto al cumplimiento de las penas, se mantiene para los militares condenados la no aplicación de los beneficios de suspensión condicional de la condena, todo ello por razones de ejemplaridad directamente vinculadas a la disciplina.”*

Sólo se hablaba de la condena condicional en el artículo 44⁷⁵, para reservarla *“a los reos que no pertenezcan a los Ejércitos”*⁷⁶. Este artículo

⁷⁵ La suspensión de condena en el ámbito castrense tiene su precedente en el artículo 245 del Código de Justicia Militar de 1945, al que derogó el actual de 1985.

venía precedido del 43, que hablaba del cumplimiento de penas en tiempos de guerra, cuestión que nos facilitará comprender cuál era la situación en que un Juez o Tribunal militar podía tener competencia para juzgar a alguien que no fuese militar, ya que el Código preveía el castigo para el militar en cualquier periodo, mas sólo en tiempo de guerra para el civil, distinguiendo en algunos preceptos entre “el español que” o, en otros, “el que”, en función del alcance subjetivo de cada concreto tipo penal. También había que pensar en la aplicación a aquellos militares que hubiesen perdido tal condición, por tanto ex-militares, conforme apunta Juanes Peces⁷⁷.

Hacemos mención a la posible inconstitucionalidad del precepto por posible vulneración del artículo 14 CE apuntada por algún autor como Sedano Lorenzo⁷⁸ y ya superada en el nuevo CPM:

“Hay que reconocer que no casa muy bien que una privación de libertad por una afección sin relevancia penal de un bien jurídico militar y con una duración máxima de dos meses no pueda sustituirse y deba cumplirse de forma efectiva, y que una condena penal de tres meses y un día, por un hecho más grave, pueda suspenderse o sustituirse. Resulta ciertamente paradójico que las sanciones de arresto impuestas como corrección disciplinaria, que comportan auténticas privaciones de libertad, se cumplan en sus propios términos mientras que las penas que obedecen a un reproche derivado

⁷⁶ La referencia a “reos que no pertenezcan a los ejércitos” del CPM de 1985 dio lugar a una pequeña jurisprudencia del Tribunal Militar Territorial Primero de Madrid, que concedía la suspensión a los militares que no son ejército, entendiéndose por ellos a los Guardias Civiles. Sin embargo, como consecuencia de un recurso del Fiscal Jurídico Militar, la Sala V del Tribunal Supremo se pronunció revocando la suspensión y creando jurisprudencia que daba igual trato a los miembros de la Guardia Civil que al resto de militares.

⁷⁷ Juanes Peces, A. “Suspensión de condena y sustitución de las penas privativas de libertad en el ámbito castrense”. Derecho y Proceso penal nº 19/2008. Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 41.

⁷⁸ Sedano Lorenzo, A. “La suspensión y sustitución de la pena de prisión en el ámbito de la jurisdicción militar: aspectos problemáticos y su regulación en el anteproyecto de Código Penal Militar de 2014”. Revista General de Derecho Penal nº 22, año 2014, pág. 2.

de la realización de ilícitos de mayor entidad, sean susceptibles de sustitución mitigadora”.

Hay que tener en cuenta que algunas circunstancias hacen especial al Derecho Penal Militar:

-La ejemplaridad y necesidad de disciplina⁷⁹.

En ese sentido, Juanes Peces⁸⁰ apunta que los fines de las penas en el sistema penal militar *“debe estar orientado al aseguramiento de la disciplinada conducta del colectivo militar”*, de tal manera que para conseguir dicha disciplina parece necesario un especial fin preventivo general que pasa por la regla general de no suspensión de la ejecución pues, de lo contrario, parecería que el delito queda sin castigo y sería muy difícil exigir a los militares un cumplimiento estricto de sus obligaciones, viéndose comprometidas las misiones encomendadas al ejército.

-La existencia de un Derecho Disciplinario Militar que, aun siendo administrativo, prevé ya sanciones que implican privación de libertad como son los arrestos (art.25.2CE).

⁷⁹ Sedano Lorenzo, A. “La suspensión y sustitución...”, cit.:

“En el Derecho Penal Militar, junto a los fines preventivos-especiales, adquiere una importancia capital la prevención general, la ejemplaridad relacionada con la disciplina. Efectivamente, desde una perspectiva administrativa, las peculiaridades del régimen jurídico de la profesión militar son las propias de un rígido sistema cerrado de función pública con la estructuración en grados personales jerarquizados, con refuerzos notables en la regulación de la disciplina, a cuyo servicio se articula una jurisdicción específica, la militar. Si el art. 117.5 CE prevé que la ley regulará la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense es por la necesidad de mantener los valores de orden, jerarquía y disciplina, imprescindibles para cumplir los altos fines encomendados por el art. 8 CE a una institución de relevancia constitucional como son las Fuerzas Armadas”.

⁸⁰ Juanes Peces, A. “Suspensión de condena y sustitución de las penas privativas de libertad en el ámbito castrense”. Derecho y Proceso penal nº 19/2008. Aranzadi, Pamplona, 2008.

Por otro lado, como señala Juanes Peces⁸¹, podría aplicarse también a aquellos militares que hubiesen perdido tal condición, en cuyo caso debería tratarse de delitos cometidos en el tiempo en que todavía ostentaban aquella. En el mismo sentido, Sedano Lorenzo⁸².

Oliveros Roselló encuentra una clara justificación del trato diferencial al personal militar en los diferentes fines de la pena para el mismo, por comparación con los no militares. Los militares la cumplen en un centro distinto específico (existe un único centro penitenciario militar, ubicado en Alcalá de Henares), se trata de una pena dirigida a funcionarios y su ejecución se regula también aparte, con sujeción a un diferente reglamento penitenciario y régimen.

Merece la pena citar las Sentencias de la Sala V de 26 de enero de 1998 en donde, entre otras cosas, se dice *«que la pertenencia o no a los Ejércitos, dado el tiempo presente del verbo empleado, ha de ser referida al momento en que se es penado, es decir cuando adquiere firmeza la sentencia condenatoria»*.

Sí se preveía, en cambio, el indulto en el anterior artículo 41, por la vía de que fuera el propio Tribunal quien acudiese a exponerlo al Gobierno en aquellos casos en que, de la rigurosa aplicación de la Ley, resultase penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo o la pena resultase notablemente excesiva.

⁸¹ Juanes Peces, A. “Suspensión de condena en el Código Militar vigente. Estudio comparativo de ambos códigos: supuestos de aplicación. Pérdida de la condición de militar: incidencia de la Ley de la carrera militar”. Actualidad Jurídica Aranzadi nº 748/2008, Aranzadi, Pamplona, 2008.

⁸² Sedano Lorenzo, A. “La suspensión y sustitución...”, cit., pág. 12:

“La exclusión legal del beneficio de la suspensión de condena no será aplicable a los militares en situación administrativa de servicios especiales y en excedencia, en ambos casos porque se suspende la condición de militar durante la duración de las mismas. Obviamente, dicha exclusión con la situación de pase a retiro (arts. 114 y 115 LCM), en la que se adquiere la condición de militar retirado”.

La competencia para poder acordar la suspensión cuando sea posible la tiene el órgano que haya conocido del procedimiento en primera o única instancia que, en este caso de la Justicia Militar serán los Tribunales Militares Territoriales, el Tribunal Militar Central o la Sala V del Tribunal Supremo. Por tanto, los Juzgados Togados Militares Territoriales carecen de la referida competencia. Ahora bien, el Juzgado sí puede tener alguna intervención si, como apunta Cuesta del Castillo⁸³, el Tribunal Militar correspondiente al Juzgado Togado Territorial en cuestión le encarga, una vez dictada la resolución, que se la notifique al reo o la ejecute.

La Ley Procesal Militar regula en sus artículos 368 a 374 las cuestiones relativas a la suspensión, estableciéndose entre otras cuestiones que la misma no afecta a las penas accesorias, a los efectos de las penas ni a la responsabilidad civil y que las condiciones para la concesión de la “remisión condicional”, como la refiere esta ley procesal que es de 1989, son las establecidas en la legislación común (artículo 368) o que *“también podrá aplicarse la remisión condicional de la condena a los militares condenados por delitos comunes en la Jurisdicción militar a penas de privación de libertad, cuando concurren las condiciones o en los casos establecidos en los anteriores artículos de este capítulo”* (artículo 374), dejando la duda este último sobre si es posible entonces la suspensión a militares.

La duda, hoy claramente despejada a tenor del nuevo Código, parecía despejarla ya entonces Juanes Peces⁸⁴: tanto la exposición de motivos como el artículo 44 de la Ley Penal Militar dejaban claro que la suspensión sólo era aplicable a los reos que no perteneciesen los ejércitos, pensando en los que fueron militares y perdieron tal condición. Pero resultaba incongruente el tenor del artículo 374 de la Ley Procesal militar antes citado al hacer referencia a “militares”, cuando a éstos no les era en verdad aplicable.

⁸³ Cuesta del Castillo, R. “Notificación personal al reo del auto concediéndole la suspensión de condena”. Cuadernos Digitales de Formación, Cendoj, 2008, pág. 1.

⁸⁴ Juanes Peces, A. “Suspensión de condena en el Código Militar vigente. Estudio comparativo de ambos códigos: supuestos de aplicación. Pérdida de la condición de militar: incidencia de la Ley de la carrera militar”. Actualidad Jurídica Aranzadi nº 748/2008, Aranzadi, Pamplona, 2008.

Para el mismo autor, si el militar dejaba de serlo antes de iniciarse la ejecución (pensemos en una baja voluntaria), sí era acreedor del beneficio.

5.2.- Actual regulación (vigente desde el 15 de enero de 2016).

La Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, aprobó el Código Penal Militar que entró en vigor recientemente y viene a incorporar a la Justicia Militar la suspensión de la ejecución de la pena por traslación directa del artículo 80 del Código Penal.

En la actual versión del Código, su artículo 22 se limita a decir que los Tribunales militares podrán aplicar las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad previstas en el Código Penal, incluida la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y que, para ello, estarán a lo dispuesto en el Código Penal.

Por tanto, ninguna regulación específica se ha adoptado por el legislador, optando por remitirse al Código Penal y sin que en el preámbulo de la Ley 14/2015 se contenga mención alguna a los motivos que mueven al legislador a optar por equiparar a los militares con los reos no militares a la hora de conceder el beneficio, aunque no hace falta pensar mucho para imaginarse que obedece a un motivo de pura justicia e igualdad que en el anterior Código Penal Militar se quebraba por la rigidez que caracterizaba a la Justicia Militar frente a la ordinaria, que no se seguía justificando en los tiempos actuales.

Como apunta Sedano Lorenzo⁸⁵, *“con el nuevo CPM —que entra en vigor el 16 de enero de 2016— es posible aplicar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad según lo dispuesto en el Código Penal ordinario. Hay que reconocer que no casa muy bien que una privación de libertad por una afección sin relevancia penal de un bien jurídico militar y con una duración máxima de dos meses no pueda*

⁸⁵ Sedano Lorenzo, A. “La paulatina restricción de la sanción de arresto en la evolución de la legislación española”, Diario La Ley, nº 8.672, 2015.

sustituirse —salvo los supuestos de suspensión e inejecución verdaderamente excepcionales del art. 63 LO 8/2014— y deba cumplirse de forma efectiva, y que una condena penal de tres meses y un día, por un hecho más grave, pueda suspenderse o sustituirse. Resulta ciertamente paradójico que las sanciones de arresto impuestas como corrección disciplinaria, que comportan auténticas privaciones de libertad, se cumplan en sus propios términos mientras que las penas que obedecen a un reproche derivado de la realización de ilícitos de mayor entidad, sean susceptibles de sustitución mitigadora”.

Como curiosidad, apuntamos que el Anteproyecto del nuevo Código Penal Militar no preveía la suspensión y que fue al llegar al Congreso, después incluso de volver del Senado, cuando se decidió extender el beneficio a los militares.

6.- OTROS TEXTOS LEGALES.

Remontándonos unos años atrás, concretamente a la Ley Penal de la Marina Mercante de 21 de junio de 1923, en su artículo octavo establecía:

“8º.- Cuando se apliquen a alguna persona que pertenezca a la Inscripción marítima los beneficios de la ley sobre condena condicional (refiriéndose a la de 1908, en vigor entonces), se dará cuenta a la Comandancia de Marina respectiva y al Registro central de penados y rebeldes del Ministerio de Marina, donde se llevará un libro especial para inscribir los fallos suspendidos.

La suspensión de las condenas se anotará en la libreta de los condenados y éstos podrán embarcar para ejercer a bordo su oficio y profesión, cuidando las autoridades de Marina o consulares de los puertos de embarque, en vista de la referida nota, de comunicar la Tribunal sentenciador, durante el periodo de suspensión, los buques en que sucesivamente embarcan los penados.”

Una referencia a la condena condicional la encontramos también en el Reglamento para el Servicio de Prisiones, RD de 14 de noviembre de 1930⁸⁶, que en su art. 46, párrafo segundo dice que *“No podrán ser propuestos para disfrutar del expresado beneficio (se refiere a la libertad condicional) los penados a quienes les haya sido revocada alguna vez la libertad concedida o la condena condicional, no alcanzando la prohibición en este último caso, más que a la pena que motivara esta situación”*.

En el marco normativo actual, el Reglamento Penitenciario (RD 190/1996, de 9 de febrero, nos dice en su art. 27 relativo a la sustitución de penas impuestas a extranjeros por medidas de expulsión:

“También se notificará al Ministerio Fiscal la fecha previsible de extinción de la condena en los supuestos legales de sustitución de la pena por medida de expulsión del territorio nacional y, en todo caso, cuando se trate de penados extranjeros que extingan condenas inferiores a seis años de privación de libertad.”

Así como el artículo 52.2:

“A los internos extranjeros se les informará, además, de la posibilidad de solicitar la aplicación de tratados o convenios internacionales suscritos por España para el traslado a otros países de personas condenadas, así como de la sustitución de las penas impuestas o a imponer por la medida de expulsión del territorio nacional, en los casos y con las condiciones previstas por las leyes. Igualmente, se les facilitará la dirección y el número de teléfono de la representación diplomática acreditada en España del país correspondiente”.

El Real Decreto 1849/2009, de 4 de diciembre, en su versión de 8 de julio de 2011 que modifica el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, que establece las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en

⁸⁶

Declarado vigente por Decreto de 22 de noviembre 1936.

beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, nos da en su preámbulo la razón de ser de las penas de TBC, como medida de reinserción alternativa a las de prisión aunque en su inicio fue de poca aplicación.

De las mismas hablaremos en el capítulo correspondiente, dada su creciente importancia y aplicación, especialmente desde la promulgación de diversas Leyes⁸⁷.

No obstante, debemos recordar que los TBC no son un sustitutivo de las penas de prisión sino una pena en sí mismos. Por lo tanto, no forman estrictamente parte del tema tratado en este trabajo aunque es obvio que guardan una estrecha relación y el fin que las mueve es idéntico: la resocialización del reo evitando el fin perturbador que para el mismo pudiera tener un paso por prisión, en aquellas penas privativas de libertad que, por su brevedad, admitan bien la sustitución o, bien, la opción dentro del mismo precepto penal de elegir entre dicha privación o los trabajos comunitarios.

Lo que no se plantea, al no tratarse de penas de privación de libertad, es su sustitución, cuestión que aclara que las penas que son sustituibles son únicamente las de privación de libertad, precisamente para evitar la contaminación del reo por la vida carcelaria.

⁸⁷ LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros; Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de Modificación del Código Penal, y Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, de Modificación del Código Penal en Materia de Seguridad Vial.

7.- PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS EN EL CÓDIGO PENAL POR LA LO 1/2015, DE 23 DE MARZO, EN MATERIA DE SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LA PENA.

En los siguientes párrafos vamos a hacer una breve síntesis de las modificaciones más importantes que, sobre el Código Penal vigente de 1995, han sido introducidas por la LO 1/2015, en lo afectante al objeto de nuestro trabajo y adelantaremos alguna opinión al respecto aunque de forma muy sucinta ya que, en cada capítulo de este trabajo, lo desarrollaremos.

No creemos equivocarnos si afirmamos que nadie que esté vinculado al mundo jurídico, bien hablemos de Docentes, Magistrados y Jueces, Fiscales, Abogados, restantes operadores jurídicos y algunos profesionales más⁸⁸, dedicados a la aplicación del Derecho, estará posiblemente conforme con la abundancia de reformas legislativas que han sido acometidas en el año 2015.

Seguramente también, ninguno de los anteriores pensará que no eran necesarias, pero casi todos coincidiremos en que han sido excesivas para tan corto espacio de tiempo y que la prisa en su aprobación y aplicación ha provocado problemas.

Las reformas que afectan al Código Penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a pesar de la necesidad que ambos textos tenían de ellas, han sido finalmente terminadas con más ánimo de que entrasen dentro de la legislatura que se cerraba que de ser obras de estudio con vocación de perdurar en el tiempo. Así, a pesar de que su reforma se inició hace años, han tenido un final apresurado y bastante diferente del contenido de los propios proyectos y anteproyectos.

⁸⁸ Pensamos de forma especial en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, muchas veces no tenidos en cuenta a la hora de modificar normas que ellos mismos aplican a diario. No debería el legislador olvidar que son la primera puerta o barrera del Derecho Penal ante los delincuentes y que, además de tener derecho a trabajar con los instrumentos idóneos, de que dispongan de leyes bien elaboradas depende nuestra tranquilidad presente y futura.

Todo ello hace, a nuestro juicio, que, sin dejar de valorarlos positivamente, porque han aclarado y modificado artículos que necesitaban una urgente reforma, deba recriminarse al legislador la necesidad de haber oído más a los profesionales encargados de su diaria aplicación antes de cerrar su publicación, en aras de evitar futuras reformas forzadas por problemas que pudieron ser solventados antes de que los textos viesan la luz.

En lo que afecta a este trabajo sobre la suspensión y sustitución de penas, las modificaciones más importantes que apreciamos son las siguientes:

1º.-Se añade al art. 80 la expresión *“cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”*.

A nuestro juicio, esta es una novedad pensada para conceder más discrecionalidad a Jueces y Tribunales, si bien introduce más inseguridad jurídica y todavía habrá que esperar a ver sus resultados ya que exige al órgano jurisdiccional que haga una prospección o labor adivinatoria de lo que pueda o no hacer el reo en el futuro. El término *“sea razonable esperar”* es, una vez más, un concepto jurídico indeterminado que viene a añadir una dificultad al deber de juzgar y motivar las resoluciones judiciales.

Para Sierra López⁸⁹, el legislador está pensando en aquellos sujetos con peligrosidad nula o escasa, de forma que reduce considerablemente el número de posibles beneficiarios de la suspensión, concretamente aquellos en los que el mero efecto intimidatorio de la pena ya es suficiente para disuadirlos de volver a delinquir. Posición con la que coincidimos pues creemos que son los destinatarios naturales de los beneficios.

⁸⁹ Sierra López, M.d.V. “Algunas cuestiones en relación con la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en los delincuentes peligrosos, habituales y reincidentes en el Proyecto de Modificación del Código Penal 2013”, Revista penal, nº 34, 2014, pág. 151.

2º.-Se eliminan los conceptos de *“peligrosidad criminal”* y *“existencia de otros procedimientos penales”*, facultándose además al órgano judicial a no tener en cuenta aquellos antecedentes que, a su juicio, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de nuevos delitos. En ese sentido, el Informe del Consejo de Estado de 4 de julio de 2013, ya destacaba la posible inseguridad jurídica que puede entrañar dejar la valoración de tan importante circunstancia en manos de cada Juzgado o Tribunal. Sin duda, en idénticas circunstancias, la mayor o menor benevolencia del que le toque en suerte al penado jugará un papel decisivo. Si antes la existencia de antecedentes era algo objetivo, ahora deja de serlo para subjetivarse en manos de cada Juzgado o Tribunal, que podrá conceder o denegar la suspensión existiendo antecedentes o sin existirlos. En definitiva, el hecho de que la concesión sea algo discrecional ya resta mucha objetividad.

3º.-Se introducen como nuevos elementos a valorar las circunstancias del delito cometido, *“las personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular el esfuerzo por reparar el daño, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la suspensión y del cumplimiento de medidas que fueren impuestas”*.

La referencia actual se asemeja mucho más que la anterior a la regulación contenida en el artículo 56 del Código Penal Alemán.

Aunque algunas de estas circunstancias ya eran tenidas en cuenta por el órgano al resolver, nos parece positivo porque ahora se obligará a incluirlas en la motivación de la resolución, pero nos parece en verdad poco realista pensar que, con la escasez de medios con que trabajan Juzgados y Tribunales, puedan investigar en la vida del reo más allá de examinar sus antecedentes (señalando que no se dice si serán los penales exclusivamente o podrán tenerse en cuenta también los policiales) o ver si ha pagado la responsabilidad civil derivada del delito, siendo esto último difícil de resolver al tiempo de dictar sentencia salvo que, en aras de ganar la atenuante de reparación del daño, el acusado haya hecho frente a la misma antes del juicio oral.

En caso contrario, habrá de resolverse mediante auto con posterioridad que será, como ya lo es, la regla general a pesar de lo que señala el Código Penal.

4°.-Con motivo de la eliminación de las faltas, algunas de las cuales pasan a ser consideradas “delitos leves”, se introduce en el artículo 80.2, dedicado a establecer las condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena que antes se abordaban en el artículo 81, un subepígrafe primero donde se trata la condición de reo primerizo.

En la misma, se aclara que las condenas anteriores por delitos leves no se tendrán en cuenta y esto es tanto como decir que, con la nueva regulación, las faltas ya no se cuentan dentro del concepto “delinquir”, algo que estaba bastante superado en doctrina y jurisprudencia pero sin que se descartasen algunas posturas contrarias que ahora pierden fuerza.

5°.-Se introduce un nuevo elemento valorativo: *“No se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.”*

Hay que enlazarlo, obligatoriamente, con la nueva redacción del art. 80.1 que introduce también otro nuevo elemento valorativo. Sin duda que bastantes penados, que antes no tenían acceso a la suspensión por tener antecedentes penales, ahora se podrán beneficiar de la misma pero habrá que esperar resultados de la aplicación por Juzgados y Tribunales, adelantando que nos parece que será fuente de desigualdades en función de la mayor o menor benevolencia de unos órganos respecto de otros aunque, obviamente, lo sea ya la discrecionalidad existente.

En mi opinión, cuanto más reglada esté la concesión del beneficio, mayor seguridad jurídica existirá aunque no pueda dejarse de lado que Jueces y Tribunales realicen consideraciones de carácter apreciativo y, por tanto, subjetivas, pero debiendo reducirse al máximo la posibilidad de su existencia en contra de aumentar su número como parece hacerse con la

reforma del Código Penal que opera la LO 1/2015 al introducir tan variados elementos de juicio.

6º.-Junto a la satisfacción de las responsabilidades civiles, la nueva versión del Código exige *“que se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127”*.

El decomiso de los bienes a que se refiere el artículo 127 CP ya estaba previsto en la anterior versión aunque sin referencia al mismo dentro de los artículos dedicados a la suspensión. La puntualización nos parece, sin duda, positiva puesto que hace recaer sobre el órgano jurisdiccional y no sobre el reo en exclusiva, la contribución al pago de la responsabilidad civil teniendo en cuenta que, en ocasiones, era fácil encontrarnos con la denegación del beneficio por no haber satisfecho esta, mientras existían bienes suficientes para afrontarla a la espera de que el Juzgado o Tribunal embargase y realizase los mismos por los medios que la LEC dispone.

De este modo, el tenor del precepto hace imaginar que, en tanto no se haya hecho excusión de lo obtenido mediante la realización del objeto del decomiso, no podrá concluirse que el penado no ha satisfecho la responsabilidad civil y será, solo entonces, cuando proceda denegar la suspensión si es que falta alguna cantidad por cubrir y se constata esa voluntad rebelde y obstativa del reo por pagar, con las nuevas posibilidades que ofrece, además, la novedad que vemos a continuación.

7º.-Se elimina la referencia anterior a la declaración de insolvencia, total o parcial, introduciéndose en su lugar la asunción de un compromiso por parte del reo de *“satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado”*.

Hasta aquí, la novedad nos parece interesante porque el compromiso a que se llegue se convierte en condición a respetar por el reo en virtud de la nueva redacción del artículo 84.1.1ª CP de modo que, si se incumple, se

podría revocar la suspensión acordada, cuestión que antes ofrecía dudas cuando se concedía el beneficio y el reo dejaba de pagar a posteriori.

En verdad, es algo que ya se preveía para ser contenido en el Estatuto de la Víctima del Delito, que fue publicado el 27 de abril de 2015 pero entraba en vigor seis meses después y el legislador optó por adelantarse en este punto al incorporarlo al Código Penal, que entró en vigor el 1 de julio de 2015.

Lo que nos gusta menos es que se introduzca otro concepto valorativo como el de que *“sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el Juez o Tribunal determine”* porque, de nuevo, se deja en manos del órgano judicial determinar en cuánto tiempo ha de pagar y la valoración de si lo hará en plazo o no.

8°.-Se introduce, además, la posibilidad de que el Juzgado o Tribunal solicite garantías para asegurar el cumplimiento.

El embargo de bienes del penado ya era una posibilidad existente, de modo que, pensamos que se está refiriendo a garantías que puedan ser aportadas por terceros, entre los que se puedan contar las entidades de crédito aunque es posible que, al haber habido un juicio penal previo, ya se hayan solicitado dichas garantías al momento de la apertura del juicio oral, si bien es cierto que, en la práctica, muchos Juzgados y Tribunales llegan a la celebración del juicio sin haberlas requerido de forma efectiva.

En buena medida, la razón de ello está en el hecho de que la causa pase de un órgano jurisdiccional a otro, del encargado de la instrucción, que quiere terminar de pasar el asunto cuanto antes, y del que lo recibe, que no suele hacer gran cosa hasta el momento de la celebración de la vista.

9°.-Otra novedad es la nueva regulación de la sustitución, que ahora – salvo en los casos de extranjeros de los que se sigue ocupando el art. 89- es

una variante de la suspensión que se reserva a aquellos supuestos en que el reo ha sido condenado a penas que, en conjunto superan los dos años, pero individualmente no, o aquellos en que el reo no es primerizo, pudiendo darse incluso ambas circunstancias juntas, siempre que no se trate de reos habituales.

En esos casos se atenderá a las “*circunstancias personales, naturaleza del hecho, conducta y, en particular, el esfuerzo por reparar*”.

Las condiciones exigidas se incrementan considerablemente, imponiéndose siempre una de las medidas del artículo 84.1.1ª y 2ª, esto es, multa o trabajos en beneficio de la comunidad que se fijarán con los criterios de conversión de dos días multa o uno de trabajos, por cada uno de privación de libertad, con un mínimo de la quinta parte de la pena impuesta. Ello supone que, si se impuso una pena de prisión de treinta meses (dos años y medio), la multa o los trabajos deberán ser impuestos, al menos, por seis meses.

10º.-Se elimina la referencia a Jueces y Tribunales “sentenciadores” en todo el texto. Desconocemos si por el uso que se hace de los Juzgados de ejecución allá donde el CGPJ les confiere esta tarea especializada, aunque choca con que no exista para ello previsión legal.

11º.-Se elimina, igualmente, la referencia a que la suspensión no es extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito penado (anterior art. 80.3). Puede entenderse que tanta alusión al pago de la misma deje claro que queda excluida, del mismo modo que por el tenor del propio art. 80.1 al referirse a “penas privativas de libertad” sin que se pueda incluir entre las penas la responsabilidad civil (entre otros, Prats Canut y Tamarit Sumalla⁹⁰).

⁹⁰ Prats Canut, J.M.; Tamarit Sumalla, J.M. En *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, (Dir. Quintero Olivares), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 627.

12°.-El anterior artículo 87 pasa a incluirse, en la nueva regulación, dentro del artículo 80, eliminándose la audiencia a las partes que antes era preceptiva y el informe del Médico forense también preceptivo, que queda sustituido por la posibilidad de que el Juez o Tribunal lo pida, del mismo modo que queda habilitado para pedir cualquier comprobación de los requisitos exigidos para acordar la suspensión en el caso de adicción a las sustancias del art. 20.2° CP.

13°.-Se elimina la necesidad de que los centros rehabilitadores informen periódicamente al Tribunal, incluida dentro de la más genérica antes referida de que sea el órgano judicial el que pida la información que necesite.

Sin que nos parezca mal, creemos que hubiera sido mejor incluir como matiz que la comunicación del centro al Juzgado o Tribunal se produjese en todo caso cuando el reo haya abandonado el tratamiento. De lo contrario, puede suceder que lo abandone y el órgano judicial no tenga conocimiento de ello.

14°.-De otro lado, las recaídas en el tratamiento solo se considerarán ya abandono del mismo cuando así se evidencie de forma clara. Como veremos en otro capítulo, con esto se viene a recoger la doctrina y jurisprudencia mayoritaria al respecto.

15°.-El anterior artículo 86 ya no está dedicado a la suspensión de los delitos privados o semiprivados, que quedan regulados dentro del 80.6.

16°.-La audiencia a las partes, que antes se regulaba en el artículo 80.2, reservada para la fijación del plazo de prueba y discutida enormemente en cuanto a si el precepto se refería a una audiencia para resolver sobre la concesión o denegación del beneficio, ha quedado ahora regulada en el artículo 82.1 donde se establece con claridad que tendrá lugar para resolver sobre *“la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena”*.

17°.-Desaparece la “urgencia” a que se refería el antiguo texto, sustituyéndose por la orden de resolver en sentencia “*siempre que ello resulte posible*” y tras la firmeza de esta en los demás casos.

18°.-Se introduce como novedad la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prueba o suspensión, que será el de la fecha de la resolución que la acuerda y, si se acuerda en sentencia, desde la fecha en que esta devino firme.

La jurisprudencia, sin embargo, venía considerando de forma mayoritaria que el plazo comenzaba a contarse cuando la resolución le era notificada al penado. A pesar de tratarse de un beneficio, nada impide que el propio reo recurra la resolución y, más fácilmente, podría hacerlo el Ministerio Fiscal o el resto de partes personadas. Por tanto, entendemos que debe tratarse de un desliz del legislador que deberá ser corregido puesto que, como modalidad de ejecución, no creemos que pueda comenzar a hablarse de suspensión en tanto no sea firme la resolución que la acuerda.

De hecho, parece que la propia literalidad del precepto resulte contradictoria ya que, en el artículo 82.2 in fine, se especifica que “*no se computará como plazo de suspensión aquél en que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía*”, lo que parece indicar que es requisito la notificación de la resolución que acuerda la suspensión.

Posibles interpretaciones al respecto serían: que, a pesar de que se le notifique a posteriori, el cómputo se inicia el día de su dictado, como algo beneficioso para el reo que verá cumplido antes el plazo de prueba; por otro lado, que no deba aguardarse a la firmeza también es algo beneficioso en el mismo sentido aunque, a posteriori, pueda ser corregido el fallo por el órgano *ad quem* y dejada sin efecto la suspensión ya tenida por iniciada.

19°.-La comisión de un nuevo delito durante el tiempo que dure la suspensión ya no es una condición, ni se regula en el artículo 83 sino que pasa, directamente, a ser una causa de revocación del artículo 86 en su

nuevo contenido, aclarándose que la causa de revocación será que “*sea condenado por un delito...*” y no “*si el sujeto delinquiera*” del anterior texto.

De este modo se deberá acabar con cualquier duda interpretativa cómo las que se suscitaban en relación a si debía haber sentencia firme condenatoria para entender aplicable la norma, aunque la doctrina y jurisprudencia eran masivamente partidarias de la necesidad de la existencia de una sentencia firme y no solo de una condena pendiente de firmeza o, incluso, un procedimiento penal en curso.

20°.-Las anteriores “obligaciones y deberes” a que aludía el artículo 83 se llaman ahora “prohibiciones y deberes” (sin olvidar la mención a obligaciones del art. 83.1 párrafo primero), sin duda más acorde a su contenido puesto que en la anterior regulación, a pesar de hablarse de obligaciones, se imponían prohibiciones.

Se trata, sin más, de una cuestión terminológica, más acertada en mi opinión con la nueva redacción ya que la anterior referencia a “deberes y obligaciones” más bien parecía una redundancia, al tratarse de sinónimos según la RAE.

21°.-Con la anterior redacción, las condiciones del artículo 83 solo se imponían cuando la pena privativa de libertad suspendida era de prisión, mientras que ahora no se hace distinción.

Las condiciones, consistentes como decimos en prohibiciones y deberes, se amplían considerablemente al tiempo que se establecen una serie de medidas de coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los llamados “Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas de la Administración Penitenciaria”, obligándose a todos ellos a informar en los términos recogidos para cada uno.

Como novedades más destacables dentro de las referidas prohibiciones y deberes podemos citar:

- se introduce la prohibición al reo de contactar *“con personas determinadas o miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo”*.

- el deber de *“participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos”*.

- la *“prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor”*, pensado para condenas por delitos contra la seguridad vial.

Sobre estos dispositivos, echamos en falta una puntualización que impidiese la imposición de esta condición a quien haya sido condenado por primera vez en su vida por este tipo de delitos porque, con la regulación actual, perfectamente se le puede imponer, aun siendo su primera condena y habiendo aprendido la lección por el mero efecto persuasor de la pena.

De igual modo, se echa en falta la concreta referencia a la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas, ya que hay más delitos contra la seguridad vial que no guardan relación con el consumo de alcohol y para los cuales sería absurdo que se impusiese este deber, al margen del coste de dichos dispositivos, que no es cuestión baladí.

22°.-Desaparece la pena de localización permanente quedando las de multa y trabajos en beneficio de la comunidad, que ya no son llamadas penas sino “prestaciones o medidas” y quedan sujetas a las matizaciones, respecto de su duración y condiciones, que establece el actual artículo 84.

Sin que se hable de la sustitución de la pena, que ya no existe como tal, salvo para extranjeros y en las condiciones que se determinan en el artículo 89, es la herencia de la regulación de la misma en la anterior versión del Código Penal.

23°.-Se introduce la posibilidad de establecer como una más de esas prestaciones o medidas las que integren un acuerdo alcanzado en un proceso de mediación penal. Y se excluye la posibilidad de imponer la multa cuando exista una relación de dependencia económica entre víctima y agresor en aquellos delitos relacionados con el artículo 173 CP. Pensamos que una remisión –con alguna excepción si se quiere- al citado artículo, hubiera hecho menos densa la nueva redacción del artículo 84.2. Sin embargo, se está posibilitando imponer la multa cuando no exista esa dependencia económica, cosa que antes estaba vedada como en delitos de violencia de género (antiguo art. 88.1 CP).

24°.-Se introduce un artículo 308 bis, fuera por tanto de los 80 a 87, donde se establece una exigencia o condición complementaria de las genéricas para aquellos delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social y fraudes de subvenciones.

25°.-Desaparecida la sustitución (con la salvedad del supuesto para extranjeros del art. 89 y la imperativa del art. 71.2), para el caso de que se comenzase a cumplir con las prestaciones o medidas impuestas, entre ellas la multa, si se revocase la suspensión, dispone el nuevo artículo 86.3 que los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño conforme al 84.1 (cumplimiento del acuerdo de mediación, pago de multa o trabajos en beneficio de la comunidad) no serán restituidos pero los pagos de la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad serán abonados a la pena con los criterios ya conocidos de dos cuotas de multa o un día de trabajo por cada uno de privación de libertad.

26°.-El artículo 85, antes dedicado a hablarnos de la revocación de la suspensión (85.1) y de la remisión definitiva (85.2), es dedicado en la actual versión del Código Penal afectada por la LO 1/2015, a determinar la

posibilidad de que el Juez o Tribunal modifiquen o sustituyan alguna o algunas de las prohibiciones, deberes o prestaciones que hubieran sido acordadas en virtud de la aplicación de los artículos 83 y 84, por otras menos gravosas.

La medida, a priori, parece adecuada y tiene más sentido que mantener inamovibles unas medidas que, a veces por el transcurso del tiempo, dejan de tener verdadero sentido.

27°.-El nuevo artículo 86 se dedica a establecer las consecuencias del incumplimiento de las condiciones de la suspensión y, así:

a) Se revocará el beneficio si el reo es condenado por un delito cometido dentro del periodo de suspensión y se frustra la expectativa en que se fundaba la misma; de igual modo, si se incumplen de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes del artículo 83, se sustrajese el reo del control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria; incumpla de forma grave o reiterada las condiciones impuestas del artículo 84; despliegue una actuación obstructiva o entorpecedora del pago de las responsabilidades civiles.

Faltará saber qué se entiende por incumplimiento grave, otro concepto jurídico indeterminado que no contribuye a aportar seguridad jurídica.

b) Se impondrán nuevas prohibiciones, deberes o condiciones si el incumplimiento de las impuestas no fue grave o reiterado; de igual modo, podrá prorrogarse el plazo de suspensión, sin que pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido fijado inicialmente.

28°.-Como novedad también se permite la revocación de la suspensión y la posibilidad de ordenar el ingreso en prisión inmediato si hay riesgo de reiteración delictiva, de huida o riesgo para la víctima (los supuestos de la prisión provisional). En caso contrario, la revocación se adoptará previa

audiencia de las partes, incluyéndose la celebración de una vista oral y realización de diligencias de comprobación que fueran necesarias.

29°.-La remisión definitiva se trata ahora en el artículo 87 CP siendo, en esencia, idéntico al anterior 85.2, con la única adición de otros conceptos jurídicos indeterminados y valorativos como *“sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida y cumplidas de forma suficiente las reglas...”*.

Habrá que ver cómo valoran los Tribunales estas cuestiones de “expectativa” y “forma suficiente” para ver el mayor o menor acierto de la reforma.

30°.-La nueva redacción del artículo 89, único dedicado ahora a la sustitución aunque en las condiciones que en él se establecen y que son bastante distintas de la anterior regulación, resumidamente recoge:

a) Ya no se distingue entre los extranjeros que residen legal o ilegalmente en España⁹¹.

b) Si la pena es de prisión inferior a un año, el Código no dice nada, de modo que no procederá la expulsión del reo, al menos por esta vía penal y sin perjuicio de su situación administrativa y lo que la Administración pueda resolver respecto de su situación en España.

c) Si la condena es a prisión de más de un año, procede su sustitución por expulsión, salvo que el Juez entienda que debe ejecutarse una parte en

⁹¹ En ese sentido, la Circular 7/2015 de la FGE dice:

“Es patente que no merecen el mismo tratamiento penal quien, viviendo -arraigo social y familiar- y trabajando -arraigo laboral- en España en las mismas condiciones que un español, ocasionalmente llega a cometer un delito, que el extranjero que ha venido a territorio nacional teniendo como único objetivo la comisión de un delito o vivir con desprecio de la legalidad vigente”.

España para “*asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito*”.

En ese caso, el Juez o Tribunal podrá acordar que se ejecuten hasta dos tercios de la pena en España (se entiende que en prisión al hablar de ejecutar y no de suspender y tratarse de una pena de prisión) y el tercio restante se sustituirá por expulsión. Si se le concede el tercer grado o la libertad condicional al reo, se le expulsará en todo caso.

d) Si la pena es de prisión superior a cinco años (aún por suma de varias impuestas, sin que se excluya que pueda ser en procedimientos distintos), se ejecutará en España todo o parte de la misma con el mismo fin de “*asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito*”, siendo sustituido el resto -en su caso- por la expulsión, que procederá igualmente si el reo alcanza la libertad condicional o accede al tercer grado.

e) Se prevé la misma audiencia a las partes y forma de resolver que para la suspensión (art. 82), con la consigna de que se trate de incluir en la sentencia, si es posible.

f) Se da una causa de exclusión a la sustitución por expulsión en aquellos casos en que, en atención al arraigo del extranjero, tal medida sea desproporcionada o cuando se trate de un ciudadano de la Unión Europea, en cuyo caso solo procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad.

La anterior excepción tiene, a su vez, una salvedad en que procede la expulsión: cuando se trate de extranjeros que hayan vivido en España durante los diez años anteriores y hayan sido condenados por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se tema que puedan volver a cometerlos. De igual modo si hubieran sido

condenados por uno o más delitos de terrorismo u otros cometidos por un grupo u organización criminal.

g) El plazo de expulsión se mantiene invariable. Si el extranjero vuelve antes de que transcurra el mismo, como regla cumplirá la pena sustituida salvo que el Juez o Tribunal la reduzcan en función del tiempo transcurrido y la ausencia de necesidad de “asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”. Sin embargo, si es sorprendido en la frontera se le expulsará directamente por la autoridad gubernativa, comenzando a computar de nuevo el plazo de expulsión.

h) Se excluyen de la posibilidad de sustitución las penas impuestas por la comisión de delitos de trata de seres humanos (177 bis), tráfico de mano de obra ilegal en delitos contra los trabajadores (312 y 313) e inmigración ilegal.

LIBRO II.- LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

CAPÍTULO I.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUSPENSIÓN.

1.- CONCEPTO.

Si nos correspondiese dar una definición de la institución de la suspensión de la ejecución de la pena, diríamos que es una medida que, en aras de evitar el efecto corruptor de la prisión en aquellos condenados a penas cortas de poca entidad, deja de lado el efecto retributivo de la pena para ponderar el resocializador, suspendiendo el ingreso en prisión, a cambio del cumplimiento por parte del penado de una o varias condiciones.

Aunque la doctrina y el propio Código Penal hablan siempre de más de una condición, a nuestro juicio es más acertado hablar de una o varias cuando se trata del futuro comportamiento exigible al reo y diferenciándolo de los requisitos (más que condiciones) que han de darse al tiempo de concederla.

En efecto, unos son los requisitos que han de concurrir para su concesión y otra cuestión será la condición o condiciones que puedan imponerse al reo si quiere mantener la suspensión concedida y alcanzar la remisión definitiva en su día.

Si hablamos de condición, en singular, es porque salvo que se acuerde imponer al reo una de las condiciones del artículo 83, la única condición de futuro comportamiento es que no vuelva a delinquir; si de requisitos se trata, como más adelante diremos, se exigirá –al tiempo de valorar la concesión– que sea delincuente primerizo, que la pena no supere los dos años de prisión, etc. Aunque todo ello será oportunamente puntualizado.

González Cano⁹² da una más breve –y seguramente más acertada– definición cuando habla de “*condición suspensiva puesta al título ejecutivo, consistente en que el sujeto no cometa un nuevo delito, y que si se realiza en el tiempo establecido, produce la caducidad de la acción penal, del derecho a castigar del Estado derivado del propio título ejecutivo*”. Como podemos leer, la autora sí se decanta por hablar de “condición”, en singular, al considerar que la básica es no volver a delinquir⁹³.

Por su parte, Sánchez Yllera⁹⁴ apunta en su definición a la sustitución de la pena por la amenaza de ejecutarse esta, si se incumplen las condiciones.

Ha de quedar claro que la suspensión lo es de la ejecución de la pena privativa de libertad y no de la pena en sí misma, aunque implica el no cumplimiento de esta, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos (condiciones, para algunos autores, como ya se ha dicho) en aquellos casos en que el beneficiario delinque por vez primera y la pena que le ha sido impuesta no supera los dos años de privación de libertad, con modalidad

⁹² González Cano, M.I. *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

⁹³ Otros conceptos podrían ser el que nos da Bernal Valls, J. “Consideraciones sobre la condena condicional”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, BOE, 1971:

“Se trata, en suma, de una medida de política criminal que, perteneciendo al Derecho penal sustantivo, en cuanto que es una respuesta penal al fenómeno del delito, tiende a conseguir la corrección del delincuente mediante la extinción del derecho a la ejecución de una pena privativa de libertad impuesta por razón de delito, sometido a determinadas condiciones. Es medida distinta de la pena e institución diferente a la medida de seguridad”.

Tengamos en cuenta que la publicación es de 1971 y vigente la Ley de Condena Condicional de 1908, esto es, una época preconstitucional y antes de ser promulgados los Códigos Penales de 1973 y 1995.

O el concepto que nos da Tena Aragón, M^a. F. “Suspensión y sustitución de penas en delitos de violencia de género”, Cuadernos Digitales de Formación, Cendoj, 2010:

“la suspensión es aquella situación en la que el penado no ingresa en prisión, es decir, es una especie de pena que se mantiene latente durante un tiempo para comprobar la innecesariedad de que el penado ingrese en prisión, porque la función de reinserción social ya está cumplida; y la de prevención especial también, porque con el solo anuncio certero y real de esa posibilidad de ingreso en un centro penitenciario, el condenado se abstiene, al menos durante el tiempo de suspensión, de cometer ningún otro hecho contrario a la ley”.

⁹⁴ Sánchez Yllera, I. *Comentarios al Código penal de 1995*, Dir. Tomás Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 464.

ordinaria y extraordinaria para los que cometen el delito como consecuencia de su adicción a las drogas o el alcohol.

Como apunta Núñez Barbero⁹⁵, tampoco se trata de una suspensión de la sentencia pues esta despliega todos aquellos efectos y consecuencias de la misma que no se refieran exclusivamente a la privación de libertad.

El Proyecto de Código Penal de 1980, en su artículo 91.1, confería a los Tribunales la atribución de “suspender motivadamente el fallo de las sentencias condenatorias” y, así mismo, en el artículo 93 preveía que, en ese caso, el Tribunal debía abstenerse de dictar la parte dispositiva de la sentencia. Era, por tanto, un proyecto donde, a diferencia de la regulación que vio la luz y que es heredera de la Ley de Condena Condicional, se proponía dejar en suspenso el fallo y no la ejecución. Así se prevé en el ordenamiento jurídico chileno, donde coexisten tanto nuestro sistema de suspensión de la ejecución como el del fallo. En estos casos en que se suspende el fallo, no llega a existir una condena ni, por tanto, consta antecedente penal alguno al reo (ni siquiera en una sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes, donde sí se inscribían hasta hace poco las suspensiones), siempre que culmine el plazo de prueba impuesto de forma satisfactoria.

Valmaña Ochaíta⁹⁶, en referencia a la Propuesta de Anteproyecto de 1983, y comparándolo con el Proyecto de 1980, apunta que, en el primero se suspende el fallo y en el segundo la imposición de la pena. Ello podría hacernos pensar que, en el primero, no se llegaría a dictar el fallo (condenatorio o absolutorio) ni a imponer la pena, al dejarse en suspenso el proceso en el primero de los dos trámites, mientras que en el segundo (1983), sí se dictaría el fallo pero no se impondría la pena. No obstante, hemos de discrepar de la opinión de la autora, ya que, tanto en el Proyecto de 1980 como en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, se habla de “suspensión del fallo”, con la única diferencia de que, en el primero, se

⁹⁵ Núñez Barbero, R. “¿Condena condicional o suspensión de la ejecución de la pena?”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 23, Mes 1, año 1970.

⁹⁶ Valmaña Ochaíta, S. *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el derecho penal español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pág. 39.

impone abstenerse de dictar la parte dispositiva de la sentencia y, en el segundo, de imponer la pena.

Al acordarse la suspensión de la ejecución de la pena, como decimos, se dispensa al reo de ingresar en prisión y se le somete a un periodo o plazo de prueba durante el cual no deberá delinquir de nuevo, superado el cual sin haber delinquido y, en su caso, habiendo cumplido las condiciones que le fueron impuestas, la pena se remite de forma definitiva teniéndose por cumplida. En caso contrario, si delinquiese dentro de dicho plazo o incumpliera de forma grave o reiterada las referidas condiciones, se le revocaría la suspensión, habiendo lugar al cumplimiento de la pena de prisión cuya ejecución se suspendió.

2.- NATURALEZA JURÍDICA.

2.1.- Cuestiones generales.

Tradicionalmente, se asimila naturaleza a esencia o particularidad y averiguar la esencia de una cosa pasa por preguntarse qué es dicha cosa y qué la diferencia de las demás. Pero la naturaleza ya viene, casi siempre, ínsita en su propio nombre pues, como dice también Lois Estévez⁹⁷, “la esencia de una cosa se expresa en la definición”.

Dentro del Derecho Procesal, hablar de naturaleza jurídica implica catalogar o subsumir la institución dentro de una categoría jurídica. Al hablar del concepto, hemos dado nuestra propia definición del instituto y la de varios autores. Al tratar ahora su naturaleza jurídica, por fuerza tendremos pues que redundar en la cuestión.

Si hemos de buscar una categoría jurídica en que enmarcar la suspensión no es tarea fácil, quizá por su singularidad o porque no sea

⁹⁷ Lois Estévez, J.L. “Sobre el concepto de naturaleza jurídica”, Anuario de Filosofía del Derecho nº 4, 1956, págs. 165.

encuadrable en ninguna existente. Así, acudiendo a los manuales de Derecho Penal y Procesal Penal en que se trata la misma, se la ubica de forma cronológica, después del juicio y de la sentencia, muchas veces dentro de los capítulos de la ejecución y otras veces como forma sustitutiva o alternativa de la misma.

En mi opinión, la suspensión no es una variante de nada, ni un subproducto de una categoría principal; es, sin más, un mecanismo alternativo de ejecución o una excepción a la regla general que es la ejecución de la sentencia, que no opera sino muy poco antes de iniciarse aquella (con la salvedad de la suspensión por causa de enfermedad grave, que puede concederse una vez iniciada la ejecución de la pena de prisión). Por tanto, no pertenece a ninguna categoría y tiene su propia entidad, siendo eso: una alternativa a la prisión, una opción diferente al cumplimiento de las penas privativas de libertad.

García Arán⁹⁸ califica la suspensión como una “institución preventivo especial beneficiosa” y, con independencia de su ampliación, nos parece una calificación correcta puesto que no solo supone dejar en suspenso la ejecución de la pena sin más, sino que actúa como advertencia y, al imponer al reo determinadas condiciones, cumple una necesaria función preventiva respecto del mismo. Menos podríamos decir que fuese preventivo general (y tampoco lo dice la autora), ya que la sociedad no entiende bien la concesión del beneficio cuando se aplica a terceros y no es infrecuente ver el descontento público cuando el delincuente no llega a cumplir la pena de prisión por concedérsele la suspensión. En ese sentido, tiene mayor función preventivo general el cumplimiento efectivo de la pena de prisión que la suspensión.

El artículo 25.2 CE establece que “*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social*”, de modo que es un mandato constitucional el que la pena se imponga siempre y en todo caso pensando en dicha reeducación y

⁹⁸ García Arán, M. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 26.

reinserción social, anteponiéndolas incluso al fin retributivo y de prevención, puesto que los mismos no se contienen en el catálogo de derechos fundamentales a diferencia de aquellos.

No obstante, como afirma asentada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ello no supone que dicho fin sea el único ni deban dejarse de lado los otros fines de la pena⁹⁹. Así, la STC 110/2003, de 16 de junio¹⁰⁰, la STC (Sala Pleno) 160/2012, de 20 de septiembre¹⁰¹. O la STC 251/2005, de 10 de octubre¹⁰².

⁹⁹ “a) Desde el ATC 486/1985, de 10 de julio (RTC 1985, 486 AUTO), este Tribunal ha venido afirmando que el art. 25.2 CE no contiene un derecho fundamental, sino un mandato constitucional dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, que como tal puede servir de parámetro de constitucionalidad de las Leyes (SSTC 2/1987, de 21 de enero [RTC 1987, 2], F. 2; 28/1988, de 23 de febrero [RTC 1988, 28], F. 2; 79/1998, de 1 de abril [RTC 1998, 79], F. 4; y 120/2000, de 10 de mayo [RTC 2000, 120], F. 4). Junto a ello, ya en el citado Auto destacamos también que dicho precepto «no establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad» (también, SSTC 167/2003, de 29 de septiembre [RTC 2003, 167], F. 6 y 299/2005, de 21 de noviembre [RTC 2005, 299], F. 2); por ello, de la mención de que las penas y las medidas de seguridad deberán estar orientadas a tales finalidades, no se deriva que tales fines sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de libertad ni, por lo mismo, que haya de considerarse contraria a la Constitución «la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad» (SSTC 19/1988, de 16 de febrero [RTC 1988, 19], F. 9, citando el ATC 780/1986, de 19 de noviembre [RTC 1986, 780 AUTO]; 167/2003, de 29 de septiembre [RTC 2003, 167], F. 6; y 299/2005, de 21 de noviembre [RTC 2005, 299], F. 2). (STC (Sala Pleno) 160/2012, de 20 de septiembre).

¹⁰⁰ “*Debemos subrayar, ante todo, que tal como se afirmó en las Sentencias 8/2001, de 5 de enero, F. 2, y 25/2000, de 31 de enero, F. 3, «la suspensión de la ejecución de la pena, al igual que la libertad condicional o los permisos de salida de centros penitenciarios, son instituciones que se enmarcan en el ámbito de la ejecución de la pena y que, por tanto, tienen como presupuesto la existencia de una Sentencia firme condenatoria que constituye el título legítimo de la restricción de la libertad del condenado. De manera que las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de la condena, si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, sin embargo afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo».*

¹⁰¹ “*La figura de la suspensión condicional de la pena –trasunto en el Derecho penal de adultos de la figura de la suspensión del fallo recogida en el art. 40 LORPM– «constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el art. 25.2 CE», para cuya aplicación deben ponderarse distintos factores, tales como «las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad» (STC 110/2003, de 16 de*

Retrotrayéndonos un poco más en el tiempo, el mismo Tribunal Constitucional decía en su paradigmática Sentencia 165/1993, de 18 de mayo, que la suspensión *"está concebida para evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios y respecto de las penas privativas de libertad de corta duración, finalidad explícita en el momento de su implantación"*¹⁰³.

Maqueda Abreu¹⁰⁴ cree que la naturaleza jurídica de la suspensión es semejante a la del indulto o perdón, mientras que Puente Segura es partidario de ver la institución como una excelente alternativa al cumplimiento de la pena de prisión, que debe quedar reservada a aquellos supuestos en que no quede otra posibilidad razonable puesto que el resultado del ingreso en prisión suele ser, en palabras del autor, "decepcionante"¹⁰⁵.

La STC 97/2010, de 15 de noviembre, declara que el cumplimiento de la pena interrumpe el plazo de prescripción y que la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad constituye una modalidad de

junio [RTC 2003, 110], F. 4; 248/2004, de 20 de diciembre [RTC 2004, 248], F. 4; 320/2006, de 15 de noviembre [RTC 2006, 320], F. 2; 57/2007, de 12 de marzo [RTC 2007, 57], F. 2)".

¹⁰² "Se trata, en efecto, de un beneficio asentado sobre la idea de que, en el caso de delincuentes primarios condenados a penas cortas privativas de libertad, las finalidades preventivas especiales mencionadas en el art. 25.2 CE pueden ser alcanzadas con mayores garantías de éxito si los órganos del Estado que ostentan la titularidad del ius puniendi renuncian momentáneamente a ejecutar la pena a condición de que el penado no vuelva a delinquir durante un plazo de tiempo preestablecido, sin que ello vaya en detrimento de los fines preventivos generales que también han de cumplir las penas. La ejecución de la pena impuesta quedaría así en suspenso durante un cierto tiempo (...) a la espera de que el condenado cumpla la condición de no delinquir de nuevo en dicho plazo. El incumplimiento de dicha condición implica automáticamente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 84 CP, la revocación del beneficio y la consiguiente ejecución de la pena de prisión impuesta. El cumplimiento de la condición por el penado le hace, por el contrario, acreedor de un derecho a que la pena cuya ejecución estaba en suspenso le sea remitida".

¹⁰³ En idéntico sentido la STC 224/92, de 14 de diciembre y el AAP de Madrid (Sección 7ª), de 19 de noviembre de 2012.

¹⁰⁴ Maqueda Abreu, M.L. *Suspensión condicional de la pena y probation*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pág. 88.

¹⁰⁵ Puente Segura, L. *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.

cumplimiento a la que puede asociarse el mencionado efecto interruptivo. Es, dicho con otras palabras de la misma sentencia, una “forma sustitutiva de ejecución” o una “forma alternativa de cumplimiento”. La sentencia concluye, igualmente, que la naturaleza de la suspensión de la ejecución de la pena es muy distinta de la que se deriva de la interposición de un recurso de amparo o la solicitud del indulto. En idéntico sentido, la STC 180/2014, de 3 de noviembre¹⁰⁶ o la STC 81/2014, de 28 de mayo.

Partidarios también de considerar la suspensión una modalidad de cumplimiento o de ejecución penal se muestran Barquín y Luna¹⁰⁷.

Concretamente, la Consulta 1/2012, de 27 de junio, de la Fiscalía General del Estado, glosando la mencionada STC 97/2010, nos dice que “*no se trata, como en los casos de petición de indulto o de tramitación de un recurso de amparo, de una paralización de toda la actividad judicial ejecutiva, con cese efectivo del ejercicio de esta función jurisdiccional. Se trata, antes bien, de una forma alternativa de cumplimiento que implica, de un lado, la sujeción del penado a concretas obligaciones y reglas de conducta, y supone, de otro, una actividad judicial de vigilancia permanente que obliga incluso a que el Juez o Tribunal encargado de la ejecución deba recabar preceptivamente informes de carácter periódico para comprobar el cumplimiento estricto de las obligaciones impuestas (artículos 83.2 y 87.4)*”.

De aquí se deriva que la única suspensión a la que se reconoce por el TC efecto interruptivo de la prescripción de la pena sea la suspensión de la ejecución de la misma, regulada en los artículos 80 a 87 CP y no la que se produce durante la tramitación del indulto o el recurso de amparo, a las que

¹⁰⁶ “El Título III Capítulo III del Código Penal desarrolla las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y entre ellas regula la suspensión de la ejecución, que no es por tanto, sino una forma de ejecución. Por lo expuesto, encontrándose la pena privativa de libertad en estado de ejecución... no caber hablar de prescripción alguna”.

¹⁰⁷ Barquín Sanz, J; Luna del Castillo, J. “Aplicación práctica de la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad: una aproximación estadística”, Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 10, julio de 2013, págs. 415-470.

el TC no les reconoce dicho efecto interruptivo. La referida interrupción se mantiene mientras el penado cumpla con rigor las condiciones impuestas y, solo cuando incumpliese alguna, comenzaría de nuevo a contar el plazo de prescripción de la pena.

La STC 97/2010, de 15 de noviembre, así como la Consulta 1/2012 de la Fiscalía General del Estado hablan de la naturaleza jurídica de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y recuerdan que la primera causa de interrupción de la prescripción de la pena es el cumplimiento de la misma.

La Sentencia se centra en determinar los concretos actos constitutivos de cumplimiento que tienen ese efecto interruptivo y la Consulta en determinar si la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad prevista en los artículos 80 a 87 del Código Penal constituye una modalidad de cumplimiento a la que pueda asociarse el efecto interruptivo.

La Exposición de motivos del CP de 1995 vincula la institución a los objetivos de resocialización que inciden en *“la regulación de las penas privativas de libertad ampliando (...) las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos.”*

Atendiendo a dicha Exposición, la Consulta de la FGE¹⁰⁸ entiende que la suspensión de la pena es una forma sustitutiva de la ejecución. La misma consulta diferencia la suspensión de los artículos 80 a 87 CP de la que se vincula a la formulación del recurso de amparo o la petición de indulto ya que, para la Fiscalía, estas suponen la total paralización de la actividad jurisdiccional mientras que la suspensión de la ejecución que estudiamos

¹⁰⁸ *“Se hace, de este modo, evidente que la suspensión es una forma de ejecución de la pena basada, de un lado, en la vigilancia permanente del Tribunal, y, de otro, en la efectiva realización de las condiciones impuestas por parte del sujeto beneficiario. Nada, por tanto, que ver con una supuesta paralización de la actividad judicial ejecutiva como la que puede producirse por razón de la petición de indulto o de la tramitación de un recurso de amparo”.*

implica una serie de obligaciones y condiciones (en referencia a los artículos 83.2 y 87.4 CP) cuya observancia ha de ser vigilada por el órgano judicial.

Se afirma, igualmente, en la Consulta 1/2012, que *“las fórmulas sustitutivas de ejecución, por las restricciones de libertad que establecen y los comportamientos positivos que exigen al penado tienen un claro contenido retributivo que solo puede comprenderse como verdadera modalidad de cumplimiento. Así, la STS 409/2002, de 7 de marzo, señala, en relación con el artículo 87 CP, que estamos ante “unas consecuencias jurídicas necesarias para la reintegración social”, que suponen al mismo tiempo “la retribución correspondiente al delito”. De este modo, “la suspensión de la ejecución de la pena y la adopción de medidas que incidan sobre la drogadicción [...] integran una alternativa a la pena privativa de libertad capaz de suponer, al tiempo, una respuesta al hecho delictivo, siempre necesaria para afirmar la vigencia de la norma [...]”. Por tanto, también el Tribunal Supremo estima que estamos ante una modalidad de cumplimiento caracterizada por un cierto contenido retributivo puesto al servicio de una finalidad resocializadora”*.

La Consulta concluye dando a los Fiscales la directriz de que debe interpretarse que *“la suspensión y la sustitución de la ejecución de la pena – desde su notificación personal al reo- producen la interrupción del plazo de prescripción. Dicho plazo vuelve a correr en el momento en que se comete un nuevo delito o se quebrantan las condiciones fijadas (de acuerdo con los artículos 84 y 87.5 CP), cuando se incumple la pena sustitutiva (artículo 88.2) o cuando se regresa indebidamente a España (art. 89.4)”*.

Así mismo, propone una modificación del artículo 134 CP que dejase clara la cuestión de la prescripción de la pena en este sentido¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Para la FGE debería contener este párrafo adicional: *“Quedará interrumpido el plazo de prescripción cuando la condena comience a ejecutarse de cualquiera de las maneras legalmente previstas, incluida la suspensión, cuando se suspenda su ejecución por previsión legal o en tanto se ejecuten otras condenas que impidan su cumplimiento simultáneo”*.

Si nos remontamos a 1971, el Fiscal Jesús Bernal¹¹⁰ nos hablaba de la naturaleza de la institución desde la perspectiva del Derecho comparado de la época para decirnos que el Código Penal italiano contemplaba la condena condicional como una causa de extinción del delito siendo compartida dicha consideración por autores como Cavallo o por el mismo Tribunal de Casación (resoluciones de 22 de febrero de 1957, 7 de junio de 1958 y 28 de febrero de 1961). En palabras de Bernal, glosando a Cavallo, se habla de extinción porque se extingue el derecho del Estado con efectos *ex tunc* una vez se han cumplido por el penado las condiciones de la suspensión¹¹¹.

El mismo autor, citando a otros, nos habla de la disparidad de naturalezas que se atribuyen a la institución al margen de las apuntadas: para Poupet es una medida penal de sanción represiva destinada a ciertos tipos de delincuentes; para Frisoli un subrogado de la pena de altísima relevancia jurídico penal que actúa como causa extintiva aplazando, y, luego anulando, la fase ejecutiva de la condena; para Merle y Vitu, un procedimiento de política criminal; para Maurach, una medida de corrección; para Correia, una medida institucional contra el delito que puede ser considerada pena porque limita la libertad e inflige un mal al delincuente; para Antón, una sanción moral que encierra una advertencia y una amenaza; para Schlyter, una medida de seguridad privativa de libertad.

Tras todo este rosario de consideraciones, que habría que entender a la luz del momento en que fueron escritas y en el marco en que surgieron, Bernal nos da su visión de la condena condicional, alejada de una consideración como pena desde el momento en que no representa un castigo, sufrimiento o privación de derechos para el delincuente, ni está presidida por la idea de retribución. Y alejada del concepto de sanción pues

¹¹⁰ Bernal Valls, J. “Consideraciones sobre la condena condicional”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. BOE 1971.

¹¹¹ Bernal Valls, J. “Consideraciones sobre la condena condicional”, cit.:

“Para PISAPIA, se trata de una causa de extinción, pero no del delito, sino de la punibilidad, porque interviene, si la condición se cumple, extinguiendo la pena principal impuesta, tesis que admite MANZINI, al afirmar que la condena condicional coloca al condenado en la condición de determinar eventualmente la extinción de la pena como consecuencia de la renuncia del Estado a la potestad punitiva, subordinada a determinadas condiciones”.

tampoco supone una carga ni amenaza para el mismo sino, al contrario, un beneficio¹¹².

Lo que parece indiscutible es que, desde los años 2000-2003, la institución de la suspensión ha comenzado a ser aplicada en mucho mayor medida que hasta esa fecha. Cid Moliné¹¹³ da una explicación bastante razonable de las causas por las que se produce ese incremento, teniendo en cuenta que el Código Penal de 1995 entró en vigor en 1996 y no en 2000. La explicación es que, a pesar de entrar en vigor entonces, en los años posteriores todavía se siguieron juzgando delitos y ejecutando penas conforme al CP de 1973, salvo en aquello que resultase más beneficioso al reo pero, como también aclara el autor, dicha interpretación favorable fue expresada en aquella época por el Tribunal Supremo aunque no aplicada de inmediato por Jueces y Tribunales, de modo que es muy probable que hasta 2000 no comenzase a extenderse plenamente la aplicación de la institución conforme al nuevo Código Penal.

Si he de dar, como cierre de este apartado, mi opinión sobre la naturaleza jurídica de la suspensión, comenzaré por dar mi respuesta al interrogante que me trasladó mi tutor acerca de la posibilidad de que se tratase de un incidente de la ejecución. No lo es a nuestro juicio por cuanto sigue.

A pesar de que el diccionario de la RAE dice, entre sus varias acepciones, que suspender es detener o diferir por algún tiempo una acción u obra, el término no se adecua especialmente a lo que sucede con la suspensión de la ejecución de la pena, para comenzar porque la misma

¹¹² Bernal Valls, J. “Consideraciones sobre la condena condicional”, cit.:

“De la medida de seguridad la separa la propia naturaleza de esta última, que se funda en una peligrosidad real o latente, en una demostrada o presumible tendencia antisocial, que no se da en el delincuente sometido a prueba, a quien se beneficia con la suspensión de su pena precisamente atendiendo a la posibilidad de autocorrección; de aquí que en la ley de Vagos y Maleantes, el artículo 7.0 prohíba expresamente la concesión de la condena condicional al sujeto declarado peligroso”.

¹¹³ Cid Moliné, J. “La suspensión de la pena en España. Descarcelación y reincidencia”, Revista de Derecho Penal y Criminología, UNED, enero 2005.

puede que no llegue a ejecutarse nunca, en contra de lo que implica el acto de diferir o aplazar. Es decir, si suspender conlleva ese aplazamiento, supone que un día tendrá lugar. De este modo, podemos hablar de la suspensión de un juicio, porque tendrá lugar en momento posterior. En cambio, en la esfera penal esa suspensión implica que, en principio, no va a ejecutarse posteriormente, siendo la excepción que llegue el caso.

Desde este punto de vista, sería más acertado a nuestro juicio no hablar de suspensión y buscar otro nombre, tal vez el de remisión condicional, usado en otro tiempo, puesto que implica precisamente una remisión de la pena si se cumplen una serie de condiciones.

La suspensión se ha de acordar en la propia sentencia o en auto posterior, pero siempre antes de darse inicio a la ejecución. Precisamente porque se trata de suspender o no el inicio de la misma y porque la única vía de suspenderla una vez iniciada es la que ofrece el artículo 60 CP.

De igual modo, el artículo 80.1 CP habla de suspender cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no será necesaria, cuestión que implica que no ha llegado a iniciarse la misma que, de otro lado, implicaría el ingreso en prisión.

A mayor abundamiento, el artículo 82 CP habla de resolver en sentencia siempre que resulte posible y, en los demás casos, con “urgencia”, inmediateamente declarada la firmeza de la sentencia, es decir no parece que el legislador quiera aceptar demoras en el pronunciamiento y, aunque permite que pueda hacerse mediante auto, no se habla de que deban existir diferencias de trato entre aquellos penados que acceden a la suspensión en el acto de la sentencia y aquellos otros que lo hacen en posterior auto. O, dicho de forma más clara, el hecho de que sea un juzgado especializado en ejecutorias quien lo resuelva no puede suponer un perjuicio para el reo y lo sería si, en un caso –el de resolver en sentencia por el juzgado sentenciador– todavía no se hubiese dado inicio a la ejecución y, en otro –el de resolver el juzgado de ejecutorias– sí se hablase de ejecución iniciada.

El problema que se plantea en este segundo supuesto es que, como ya hemos dicho antes, cuando se trata de juzgados especializados en ejecutorias, e incluso en muchas ocasiones ejecutando la sentencia el mismo órgano que la dictó, se incoa un expediente de ejecución o “ejecutoria”, se le da un número y ello, de entrada, tiene toda la apariencia de que se ha iniciado una ejecución. Sin embargo, es lo más común que se resuelva dentro de ese expediente sobre la suspensión o sustitución y, con su resultado, se dé inicio o no a la ejecución de la pena.

Como ya hemos dicho en esta tesis, que no somos partidarios de que ejecute la sentencia un juzgado o tribunal distinto del encargado de dictarla. Dejamos las correspondientes reflexiones para otro punto pero, ya de entrada, nos parece en lo que hemos apuntado que supone una confusión cuanto menos terminológica.

Volviendo aquí a la cuestión del incidente aludida, no soy partidario de considerarlo tal a pesar de que lo que acabamos de decir podría dar pie a ello, esto es, si se da un número de ejecutoria pareciendo que se inicia la ejecución y acto seguido se plantea la suspensión o sustitución, pudiera parecer que sí es un incidente pero, a nuestro juicio, se debe a una degeneración de la voluntad del legislador que prevé que las sentencias las ejecuten quienes las dictan, siendo lo contrario un artificio del CGPJ que, sin que le falte la buena intención de descargar de trabajo al resto de órganos jurisdiccionales, tiene otras medidas a su alcance, como son promover la creación de más plazas de Jueces y en mejores condiciones.

2.2.- Naturaleza procesal o sustantiva.

Comenzaremos por dar una explicación al porqué de esta aparente reiteración, ya que el epígrafe anterior hablaba de la naturaleza jurídica y este de la naturaleza procesal o sustantiva. Si hemos querido hacer esta diferencia es porque queríamos que este apartado tuviese sustantividad propia por tratar una cuestión nada pacífica como lo es si la institución de la

suspensión, también de la sustitución desde que la misma fue introducida, tiene naturaleza procesal o penal. Si, en definitiva, lo que se vienen a llamar alternativas a la prisión, son propias del ámbito procesal o sustantivo.

A favor de su consideración penal podría jugar el hecho de que haya sido tratada masivamente por penalistas y, en menor medida, por procesalistas. Otro motivo podría ser su inclusión desde 1995 dentro del Código penal y, hasta ese momento y desde 1932, de forma compartida entre el Código Penal y la Ley de Condena Condicional. Es decir, siempre se ha regulado en normas sustantivas, siendo testimonial la consideración en las procesales.

No debe perderse de vista que, cuando la Ley de Condena Condicional se promulga, en 1908, la regulación del instituto viene recogida en esta norma y, por tanto, ni en la LECrim ni en el Código Penal y que, años después en 1928, es cuando se comienza a introducir parcialmente en el Código Penal, del mismo modo que podría -a nuestro juicio- haberse introducido en la LECrim, de forma que lo vemos como una cuestión de oportunidad o de decisión política en aquel momento.

Para Moreno Catena¹¹⁴, la ejecución ha sido una materia olvidada tradicionalmente por los procesalistas y estudiada por penalistas, criminólogos y estudiosos de la ciencia penitenciaria.

Buscando en el Derecho comparado, en Chile, por ejemplo, la suspensión no se recoge en el Código Penal sino en el Código Procesal Penal, del año 2000, donde se le dedican los artículos 237 y siguientes.

En nuestra opinión, podría hablarse de una naturaleza mixta, como tantas veces en Derecho, siendo imposible atribuir una única naturaleza sustantiva o procesal a una institución que contempla cuestiones tanto de

¹¹⁴ Moreno Catena, V; Cortés Domínguez, V. *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

una especialidad como de otra. En cuanto el Derecho ha de ser aplicado por los Juzgados y Tribunales, no podemos obviar la existencia de un proceso con aplicación de los principios y normas que rigen el mismo. A avalar esta consideración vendría por ejemplo el tratamiento que se da a la suspensión y a la sustitución en la obra de Moreno Catena¹¹⁵ y otros, donde se habla de los institutos, reservando un apartado para cuestiones procesales claramente diferenciado.

Así, en materia de suspensión, se mezclan cuestiones penales sustantivas como las penas que son posibles suspender, los supuestos en que procede la suspensión (ordinarios, dependencia de sustancias del art. 20.2, enfermedad con padecimientos incurables, etc.) o la sustitución (en la actualidad reservada para extranjeros en los supuestos tasados y prevista también en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores), con otras cuestiones de índole estrictamente procesal como podría ser la forma en que se ha de resolver sobre la concesión o denegación, traslado y audiencia a las partes, legitimación, procedimiento para la revocación o la remisión definitiva, etc.

De este modo, en nuestra opinión existen más complicaciones de carácter procesal en la práctica habitual de la concesión o denegación del beneficio que de carácter sustantivo, donde es más clara la cuestión.

Por apuntar brevemente y sin perjuicio de que más adelante daremos mayor detalle de algunos de esos problemas, podemos hablar de los que se plantean en cuanto al inicio del cómputo de la suspensión; o los del cómputo para la cancelación de anteriores antecedentes penales, en orden a considerar la primeridad delictiva del reo, en su caso; también los del posible modo en que deba cumplirse la responsabilidad civil, no siempre clara; o los de aplicación de la sustitución a extranjeros y sus dificultades para llevarla a cabo materialmente.

¹¹⁵ Moreno Catena, V.; Coquillat Vicente, A.; Juanes Peces, A.; e.a. *El Proceso Penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios, Vol.V, Recursos y Ejecución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 3738 y 3758.

González Cano¹¹⁶ apunta a la naturaleza procesal de la ejecución, fase en la que cada vez parece más claro que se inserta la suspensión al ser raro encontrarnos con que la misma se acuerde en sentencia y no en posterior auto por el Juez que ha conocido del enjuiciamiento o, incluso, cada vez de forma más habitual, por uno especializado en ejecutorias.

Lacueva Bertolacci¹¹⁷ reconoce que, a pesar de su casi exclusiva regulación en el Código Penal, la institución entremezcla en el mismo tanto cuestiones procesales como sustantivas.

Jiménez Fortea plantea una cuestión sin duda interesante que parte de una denominación poco afortunada o cuestión terminológica pero que encierra la que debería ser una reivindicación del Poder Judicial frente a la Administración. Concretamente, opina que los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria no deberían llamarse de este modo sino, de una forma más acorde a su verdadera función, “Juzgados de Ejecución Penitenciaria” puesto que el término “vigilancia” les deja en una posición subsidiaria o, tal vez, laxa, frente al ejecutor principal que pasa a ser la Administración (penitenciaria e incluso de otro carácter).

Nos mostramos partidarios de esta consideración. En efecto, la Constitución establece con claridad en su artículo 117.3 que el ejercicio de la potestad jurisdiccional, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo Juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes. El tenor es tan claro que, con la expresión “exclusivamente”, no admite que dicha potestad sea compartida. Por tanto, cualquier colaboración que el órgano jurisdiccional busque, de entre las que legalmente estén previstas, no debería nunca pasar de ser tal “colaboración”, de forma que se impidiese que se produjese una inversión de roles para que el obligado principal pasase a ser un mero vigilante o supervisor del verdadero ejecutor.

¹¹⁶ González Cano, M.I. *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág.79.

¹¹⁷ Lacueva Bertolacci, R. “La revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, nº 8.066, 2013.

Otra cuestión problemática es la de la competencia funcional, que se suscita con el hecho de qué órgano resuelve o debe resolver respecto de la concesión o denegación de la suspensión o la sustitución. En efecto, por qué unas veces es el propio Juez sentenciador quien lo resuelve en la sentencia - porque así lo permite y prefiere el Código penal- y, otras, esa decisión se deja en manos de los Juzgados de ejecutorias en aquellos lugares donde los hay.

Si atendemos al anterior artículo 80.4 CP, veremos que hablaba de Jueces y Tribunales “sentenciadores”. El artículo 82 del actual texto hace alusión a que, una vez declarada la firmeza de la sentencia, los Jueces o Tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia. El artículo 83.1 dice que “el Juez o Tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá condicionar...”. Y el derogado artículo 88.1, que la sustitución se ha de acordar “antes de dar inicio a su ejecución”. Por todo ello e interpretando de forma integradora todos estos preceptos, pensamos –como ya decíamos en otro capítulo anterior- que la resolución por la que se acuerde o deniegue la concesión de alguno de los dos beneficios, suspensión o sustitución, ha de hacerse antes de dar inicio a la ejecución y, por tanto, por el Juzgado o Tribunal sentenciador, no por uno distinto. En contra podemos encontrar otras opiniones¹¹⁸.

Otra cuestión, importantísima, que avalaría la naturaleza procesal –o cuanto menos mixta- de las instituciones es que algunos Juzgados y Tribunales no aplican el Código Penal más favorable al penado entre el momento de la comisión del delito y la extinción de la pena sino que entienden que ha de aplicarse, en esta materia, la versión vigente del Código Penal en el momento de adoptar la decisión, dejando de lado si la anterior puede serle más beneficiosa al reo. Para mí, si se sigue este criterio, solo puede concluirse que, cuando hablamos de suspensión y sustitución, estamos haciéndolo de procedimiento, aunque prefiero no olvidar que, a la hora de aplicarlas, hay que ver si concurren una serie de requisitos o condiciones que forzosamente implican considerar el Derecho Penal

¹¹⁸ Moreno Catena, V.; Coquillat Vicente, A.; Juanes Peces, A.; e.a. *El Proceso Penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios, Vol.V, Recursos y Ejecución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 3.738.

sustantivo. Entre los que dan al reo la opción de elegir la ley aplicable que considere que le pueda ser más favorable desde que cometió el delito a la decisión sobre la concesión o denegación del beneficio, se encuentra la Fiscalía de Alicante, como señala Gómez-Escolar Mazuela¹¹⁹.

Así, si se habla de que sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura de nuevos delitos, o de que el condenado haya delinquirido por primera vez y se tenga que entrar en si las faltas o los delitos imprudentes sean tenidos en cuenta, o de conceptos como la peligrosidad criminal hoy desaparecidos, creemos que las referencias no son, en absoluto, al Derecho Procesal sino al sustantivo y que el mero hecho de que su regulación quede dentro del Código Penal no es suficiente para negar que existe tanto procedimiento como sustancia en los artículos 80 a 89, o en el 71.

Sin embargo, esta no es una cuestión pacífica y existen distintos criterios entre las diferentes Audiencias Provinciales. Por citar un ejemplo de quienes son partidarios de la consideración como norma sustantiva y la aplicación de la versión más beneficiosa al reo entre la comisión del delito y la extinción de la pena, el AAP de Cantabria (Sección 3ª) 17/2016, de 18 de enero¹²⁰.

¹¹⁹ Gómez-Escolar Mazuela, P. "Cinco cuestiones sobre la nueva suspensión-sustitución de las penas privativas de libertad", Diario La Ley, nº 8.688, 2016.

¹²⁰ *"En relación con la posibilidad de aplicar retroactivamente a casos como el que nos ocupa la nueva regulación de la suspensión introducida en el Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) a partir de la reforma de los artículos 80 y siguientes introducida por la LO 1/2015 de 30 de marzo (RCL 2015, 439 y 868) de reforma del Código Penal, esta sala ha tenido ocasión de pronunciarse de forma favorable en los Autos de fecha 21 de julio 2015 (ejecutoria 16/2008) y 2 de septiembre de 2015 (ejecutoria 26/2009) entre otros muchos. Debe pues reiterarse que las normas contenidas en los artículos 80 a 94 bis del Código Penal son normas sustantivas, de Derecho material, y no normas adjetivas o formales. Por consiguiente, si los preceptos redactados tras la reforma operada por la L.O. 1/2015 son más beneficiosos para el reo, los mismos habrán de ser aplicables retroactivamente (artículo 2.2 del Código Penal y Disposición Transitoria Primera, apartado 1, de la L.O. 1/2015). El apartado 2 dice que " para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su redacción anterior y con las del Código resultante de la reforma operada por la presente Ley y, en su caso, la posibilidad de imponer medidas de seguridad". Debe de entenderse que cuando la*

Ahora bien el Tribunal Supremo¹²¹ se ha pronunciado en bastantes ocasiones para distinguir entre “leyes penales”, que son aquellas que tipifican las infracciones criminales o la estructura típica de los hechos punibles y otras normas que, pese a contenerse en el Código Penal, no son tales sino que regulan cuestiones procesales, como por ejemplo las instituciones de la suspensión o la sustitución, o el pago fraccionado de una multa, donde la ley a aplicar será, según el principio procesal de “*tempus regit actum*”, la vigente en el momento de resolver sobre la cuestión y no la más favorable al reo en cada momento.

Concretamente, el Tribunal Supremo¹²² se refiere a la suspensión y a la sustitución como “institutos propiamente atinentes a la ejecución procesal”, es decir les da un carácter marcadamente procesal y no sustantivo y les hace sujetarse a principios propios del Derecho procesal para excluirlos del sustantivo al diferenciarlos claramente de las normas penales que tipifican delitos.

Para concluir a favor de la naturaleza procesal de ambos institutos, no hemos de olvidar que el artículo 801 LECrim contiene en el texto procesal la regulación de la suspensión acordada en el juicio rápido con conformidad del acusado. O que, además del Código Penal, existen previsiones en otros textos legales como la del artículo 52 LOTJ, que prevé que el Magistrado-Presidente recabe el criterio del jurado sobre la posible aplicación de los beneficios de remisión condicional o petición de indulto en la propia sentencia.

Queda, sin embargo, excluido del ámbito de la suspensión o sustitución de la pena el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que tendría

Disposición alude a la "pena" no se refiere sólo a la pena strictu sensu, sino también a las reglas materiales tanto de determinación de la misma (artículos 61 a 79) como a las formas sustitutivas de su ejecución (artículos 80 y siguientes), normas éstas que también son de derecho material o sustantivo. No es argumento contrario a la posibilidad de revisión el hecho de que la Disposición Transitoria Segunda no se refiera a los autos, sino a las sentencias, ya que dicha Disposición, pese a hablar de sentencias, no agota en sí misma todos los casos de aplicación de la ley penal más favorable”.

¹²¹ SSTS 413/2012 de 17 de mayo, 268/2013 de 13 de marzo, 22/2015 de 29 de enero.

¹²² *Ibidem*.

intervención solo si la pena llegase a ejecutarse, para acompañar su ejecución y resolver cuantas incidencias se planteasen, de conformidad con las funciones que le atribuye el artículo 76 de la LOGP.

Sintetizando lo anterior, nuestra conclusión es que la suspensión de la ejecución de la pena y la de la sustitución de esta tiene carácter mixto, manejándose como institutos procesales que regulan cuestiones de Derecho material y, por este motivo, no pueden ser ajenas a este último.

3.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SUSPENSIÓN.

En España, para encontrar los primeros antecedentes de la suspensión de la ejecución de la pena, hemos de remontarnos a la Ley de Condena Condicional de 17 de marzo de 1908¹²³, también llamada Ley del Marqués de Figueroa¹²⁴, que se mantuvo vigente -salvo derogaciones parciales- hasta su definitiva derogación por el Código Penal de 1995.

Poco anterior a ella fue la llegada de la “*sospensione dell'esecuzione della condanna*” a Italia, que data de 1904¹²⁵ y bastante posterior la remisión condicional alemana, que se incorpora a su Código Penal en 1953¹²⁶.

¹²³ Con anterioridad no existía la suspensión, sirviendo como dato la mención a la irremisibilidad de la pena que aparece en la obra de 1782 de Lardizábal y Uribe, M. de. *Discurso sobre las penas*. Edición de Andrés Moreno Mengíbar. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2002. En su página 136:

“pero no bastará la prontitud en la pena, para que produzca buenos efectos, si al mismo tiempo no es irremisible, que es la otra cualidad que debe tener. La ciencia cierta de que el que comete un delito ha de ser infaliblemente castigado, es un freno muy poderoso para contener, aun cuando las penas sean moderadas”.

¹²⁴ Juan Bautista de Armada y Losada, XII Marqués de Figueroa, escritor y político, fue el Ministro de Gracia y Justicia en el momento en que se promulgó la Ley de Condena Condicional.

¹²⁵ Padovani, T. *Diritto Penale*, Giuffré Editore, Milano (Italia), 2002, pág. 301.

¹²⁶ Roxin, C. Prólogo en *Código Penal Alemán StGB*, Eiranova Encinas e.a., Marcial Pons, Barcelona, 2000.

Previamente a su promulgación, existió ya en 1900 el “Proyecto de Ley facultando a los Tribunales para suspender la ejecución de ciertas penas leves en beneficio de los que han delinquido” que no llegó a ver la luz, así como dos proyectos de Código Penal, uno de 1902 y otro de 1905, que no llegaron a ser presentados a las Cortes, dentro de los cuales se contenía ya una regulación de la suspensión.

Como recoge la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1971, *“nuestro concepto de la remisión condicional se parece al franco-belga y se diferencia del anglosajón de la “probation” según el cual lo que se condiciona es la condena, después de hecha la declaración de culpabilidad, y no el cumplimiento de la pena ya impuesta. Por esta razón consideramos para nuestro sistema inapropiada la denominación “condena condicional”, empleada en nuestro Derecho Positivo, y preferimos la de “remisión condicional”, ya que lo condicionado no es la condena, sino el cumplimiento de la pena impuesta¹²⁷”*.

Así consta en la referencia a la misma que hace la STC de 28 de junio de 1993 y que transcribimos a pie de página por su interés¹²⁸.

¹²⁷ Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1971, pág. 211.

¹²⁸ *“Efectivamente, la mal llamada condena condicional, que fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de 17 de marzo de 1908, dentro de un generalizado movimiento de opinión en los países de nuestro entorno, tenía una finalidad explícita, a la cual sirve también la remisión condicional de la condena, en expresión más precisa del Código Penal, que ha heredado la institución. Una vez comprobada la ineficacia de las penas cortas de privación de libertad para conseguir la corrección del reo e incluso el riesgo de contagio que conlleva la convivencia de quien ha delinquido ocasionalmente con los delincuentes habituales o profesionales, se arbitró como «ensayo» en su día, que se ha demostrado positivo, la suspensión del cumplimiento de la condena impuesta, si se trata de «primarios» (una primera vez), para conseguir así, mediante la doble presión de la gratitud por el beneficio y el temor de su pérdida, la rehabilitación, con una función profiláctica de la criminalidad. Tal es la concepción que hace pública la exposición de motivos, interpretación auténtica de la Ley y que asumía dos semanas después de su promulgación la Circular del Fiscal del Tribunal Supremo más arriba mencionada.*

Tal tendencia de la política criminal no ha sido abandonada y ni siquiera debilitada a lo largo de este siglo, sino más bien intensificada. No conviene perder de vista que han ido apareciendo otras alternativas para sustituir las penas cortas de privación de libertad, en una batería que va desde el arresto domiciliario al copioso conjunto que ofrece el informe sobre el tema de la Secretaría General de la Organización de Naciones Unidas (Londres, 1960). La escasa duración de tales penas no permite que los efectos negativos de la convivencia sean contrarrestados por un tratamiento penitenciario adecuado para la

Para Maqueda Abreu¹²⁹, con la Ley de Condena Condicional se vino a conceder a Jueces y Tribunales una facultad nueva, que algún autor como Del Toro había asimilado al derecho de gracia ajeno a ellos y que correspondía conceder a la Corona.

Navarro Villanueva¹³⁰ señala, como punto de referencia para el legislador de 1908, la Ley Lejenne (Bélgica), de 31 de marzo de 1888, así como la Ley Berengüel (Francia), de 26 de marzo de 1891. Y, a nuestra Ley de Condena Condicional, de 17 de marzo de 1908, le precedieron otros intentos y proyectos como el de Torreanaz (1900), Montilla y Adán (1902), el Proyecto de Reforma del Código Penal de Francisco Javier Ugarte y Pages (1905) y el Proyecto de Ley sobre condena condicional de Juan Armada Losada, Marqués de Figueroa, todos ellos ampliamente reseñados por Yáñez Román¹³¹.

Para algunos autores, late una razón de fondo en el origen de la institución, ajena a motivos resocializadores o de evitación de los efectos corruptores de la vida en prisión y es la reducción del gasto en servicios penitenciarios, tanto como la saturación de las prisiones existentes (Cuello Calón¹³², Yáñez Román¹³³ o Navarro Villanueva¹³⁴), debiendo hacer poco

reeducción del recluso. En tal sentido se ha pronunciado este Tribunal en más de una ocasión. «El beneficio de la remisión condicional de la condena -se dice en nuestra STC 224/1992- viene inspirado por la necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que, en tales casos, la ejecución de una pena de tan breve duración no solo impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo». «La condena condicional -se lee en la STC 165/1993- está concebida para evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios y respecto de las penas privativas de libertad de corta duración, finalidad explícita en el momento de su implantación»“.

¹²⁹ Maqueda Abreu, M.L. *Suspensión condicional de la pena y probation*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pág. 88.

¹³⁰ Navarro Villanueva, C. *Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad*, Barcelona, Bosch, 2002, pág. 27.

¹³¹ Yáñez Román, P.L. *La condena condicional en España: evolución histórica y presupuestos doctrinales*, Madrid, Artes Gráficas, 1973, pág. 29.

¹³² Cuello Calón, E. *La moderna penología: represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución*, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 639.

¹³³ Yáñez Román, P.L. *La condena condicional en España: evolución histórica y presupuestos doctrinales*, cit., pág. 31.

¹³⁴ Navarro Villanueva, C. *Suspensión de la ejecución ...*, cit., págs. 26 y 29.

esfuerzo quien lee para ver que la masificación de los presidios no es cuestión de ayer en nuestro país.

Como dice Juanes Peces¹³⁵ parafraseando a Von Liszt, la suspensión de la ejecución de la pena es el “remedio ideal a los riesgos inherentes al sistema de las penas cortas privativas de libertad que ni corrigen, ni intimidan ni inocuizan, pero en cambio arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino definitivo del crimen”.

O, en palabras de Lardizábal¹³⁶ (año 1782) y cuando todavía no se planteaba la suspensión de la ejecución de la pena, “la experiencia nos enseña que la mayor parte de los que son condenados a presidios y arsenales, vuelven siempre con más vicios que fueron, y tal vez si se les hubiera impuesto otra pena, hubiera ganado la sociedad otros tantos ciudadanos útiles y provechosos”.

En el mismo sentido de los anteriores, entre muchos, el AAP de Madrid (Sección 2ª) 97/2012, de 14 de febrero¹³⁷.

Leyendo a Maqueda Abreu¹³⁸ o a Lübbert Álvarez¹³⁹, glosando este último a Beccaria, veremos que la razón de ser de la suspensión tuvo otros motivos históricos, alejados igualmente de la bondad para con el preso y que pudieron ser pasar de la imposición de penas consistentes en castigos corporales, dirigidas fundamentalmente al castigo y la retribución, y donde

¹³⁵ Juanes Peces, A. “Suspensión de condena en el Código Militar vigente. Estudio comparativo de ambos códigos: supuestos de aplicación. Pérdida de la condición de militar: incidencia de la Ley de la carrera militar”, Actualidad Jurídica Aranzadi nº 748, Aranzadi, Pamplona, 2008.

¹³⁶ Lardizábal y Uribe, M. de. *Discurso sobre las penas*, cit., pág. 157.

¹³⁷ “Ahora bien la doctrina penal, la jurisprudencia y las experiencias recogidas por la Criminología, tienden a considerar que las penas cortas privativas de libertad tienen un fuerte componente criminógeno (por el contacto del interno con otros penados por delitos más graves) y además, por su corta duración, no son eficaces en cuanto al tratamiento individualizado”.

¹³⁸ Maqueda Abreu, M.L. *Suspensión condicional de la pena y probation*, cit., pág. 31.

¹³⁹ Lübbert Álvarez, V. “La suspensión condicional del procedimiento”, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2007, pág. 33.

la “casa de trabajo” fue el precursor de las cárceles, para llegar a la sustitución de esos castigos por los infligidos a la psique por medio de la privación de libertad como medio de prevención y coerción. Con la llegada del Estado intervencionista, se buscó más un tratamiento individualizado que reinsertase al reo y no hiciese de él un delincuente de por vida.

Hemos de pensar que, hasta el siglo XVIII, las penas que se aplicaban comúnmente eran la muerte o los castigos corporales. Muchas de las acciones que hoy castigan nuestros códigos penales no se castigaban en aquel entonces y algunas no podían siquiera imaginarse, pues derivan del progreso científico y la tecnología. En cambio, se castigaban algunas acciones que hoy no se castigan por razones también del progreso y de evidentes principios básicos de igualdad, libertad y humanidad, como lo eran en algún tiempo las relaciones homosexuales.

La introducción de la pena de prisión derivó, en parte, de motivos humanitarios y a esos mismos motivos se debió, posteriormente, la suspensión de la misma en los casos en que procedía.

No hemos de pensar, claro está, que antes de ese momento (siglo XVIII) no hubiesen cárceles, porque existen desde antiguo. Sin embargo, no como lugar donde resocializar al reo sino como recinto de contención del mismo, puesto que ninguna política encaminada a su reeducación existió durante siglos dentro ni fuera de las mismas.

La pena de prisión como tal no existía, y las penas corporales y la prisión eran un medio de apartar al delincuente de la sociedad y de tenerlo a mano para infligirle esos castigos, de ahí que se les tuviera en condiciones deplorables donde la ausencia de comida, las enfermedades o el hacinamiento eran la tónica general. Referencias a la cárcel en ese sentido aparecen, ya en la época de Ulpiano y, posteriormente, en las Partidas de Alfonso X (Sánchez Sánchez¹⁴⁰).

¹⁴⁰ Sánchez Sánchez, C. “La aparición y evolución de los sistemas penitenciarios”. <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/8983/1/TEMA%202%20EPPL.pdf>

Los únicos precedentes, anteriores al siglo XVIII, se encuentran en 1552 en la creación de la casa de corrección de Bridwell, en Londres, precursor de los centros penitenciarios. Pero para ver los principales sistemas penitenciarios tuvo que esperarse a finales del siglo XVIII y principios del XIX.

Varias son las razones que se apuntan para pasar de las penas de muerte o castigos corporales a la prisión con fines resocializadores o reeducativos. Básicamente podemos distinguir: a) las de política criminal, destinadas a apartar de la sociedad a los mendigos y delincuentes (cuestión que no era novedosa pues ya se cumplía con la anterior concepción); b) la aparición de corrientes humanitarias que rechazaban la pena de muerte, así como el nulo efecto preventivo de la misma o su carácter desmesurado en la inmensa mayoría de delitos; c) la mano de obra barata que proveían los presidios; d) razones religiosas.

Una mención especial merecen el filántropo inglés John Howard (siglo XVIII), a quien se deben muchas de las mejoras en el sistema penitenciario de la época que aún hoy siguen vigentes y el Marqués de Beccaria (Cesare de Bonesana), del mismo siglo, a quien se deben sus aportaciones al Derecho Penal como contributivas de la dulcificación de las penas entonces aplicadas y un aumento de las garantías del proceso.

Las primeras penas de prisión, superado ya el periodo en que las penas consistían en penas pecuniarias, la muerte del individuo, la mutilación de algún miembro o la imposición de castigos corporales, se aplicaban aislando al individuo en su celda (de ahí que recibiese el nombre de sistema celular), donde estaba confinado sin posibilidad de salir, lejos del resto, para evitar que con el contacto entre presos se corrompiesen y que la soledad diese como fruto la meditación del penado con el fin de moverle al arrepentimiento. El resultado fue el masivo incremento de dementes y enfermos físicos gracias al aislamiento y a la falta de movimiento¹⁴¹. Este fue el llamado sistema filadélfico, pensilvánico o celular, surgido en 1776 en

¹⁴¹ Puente Segura, L. *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009, pág. 67.

las colonias británicas de América del Norte y recibido en Europa como una panacea que pronto revelaría no ser tal.

Las únicas visitas que recibían los presos eran del capellán, el director, el maestro o las de miembros de sociedades filantrópicas. Su creación se debió a Guillermo Penn, fundador de Pensilvania y jefe de la secta británica de los cuáqueros. No deben olvidarse los efectos sobre la salud del reo, originados por la falta de movimiento, que daba lugar a la aparición de enfermedades o agravaba las existentes; o el aire viciado en la celda que favorecía la presencia de la tuberculosis, sin contar con las demencias que producía el encierro en soledad (Cuello Calón¹⁴²).

A este sistema le sucedió, con origen en 1823 y en la localidad de Auburn (Nueva York) el denominado por ese motivo “sistema de Auburn”, mixto o regla del silencio, que consistía en aislamiento nocturno y trabajo diurno en talleres donde se daba la comunicación física (aunque estaba prohibida la verbal) de los presos. Se les enseñaba a leer y escribir y se reprimía severamente la infracción de las normas, incluso con castigos corporales.

Al anterior sucedió, a su vez, el sistema progresivo en Europa, del que se considera una variante el reformatorio, con dos exponentes principales en Brockway (América del Norte) y Borstal (Inglaterra). En síntesis, consistían en una paulatina reducción de la pena, desde la reclusión en celdas a la libertad condicional, en función del comportamiento del interno.

Una síntesis de la evolución histórica de la privación de libertad como pena podemos extraerla de la obra de Sanz Mulas¹⁴³, quien busca los orígenes de la cárcel dentro de las corporaciones monásticas en la Alta Edad Media, como medio de penitencia y corrección, pasando después a ser un mero lugar de custodia de detenidos en espera de ser juzgados.

¹⁴² Cuello Calón, E. *La moderna penología: represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución*, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 317.

¹⁴³ Sanz Mulas, N. *Alternativas a la pena privativa de libertad...*, cit., pág. 179 y ss.

Posteriormente, tres etapas pueden definirse a grandes rasgos:

-la que va del siglo XVI a la segunda mitad del XVIII, donde la cárcel era un instrumento regulador del mercado de trabajo. Comienza por los éxodos del campo a la ciudad en busca de trabajo sin que hubiese suficiente para todos, la creación de importantes bolsas de pobres y mendigos auspiciados por la necesidad, donde delinquir era una salida común para subsistir y donde la prisión era el medio para albergar a los que no eran ejecutados, manteniéndolos lejos de la sociedad.

Dentro de esta época sitúa Sanz el momento en que se comienza a usar a los presos como mano de obra y surgen con tal fin las casas de trabajo y la teoría de la “ética del trabajo”.

-la que va de la segunda mitad del siglo XVIII a finales del XIX, regida por la ideología iluminista disciplinante. Pertenecen a este tiempo las referencias anteriores de Bridwell, sistema pensilvánico y Auburn.

Acabaría la anterior época con la revolución industrial, que introdujo las máquinas de vapor en la industria y provocó que la mano de obra, incluso de los presos, fuese más cara que la maquinaria y, sobre todo, surgieron las protestas de los trabajadores no presos cuando estos últimos copaban sus puestos de trabajo por el menor coste que suponían al empresario.

Sería entonces cuando apareciesen las casas de corrección, donde se sometía al preso a continua disciplina y control, aunque se suavizasen las penas corporales buscándose más las que afligían al alma, apareciendo el sistema progresivo en prisión.

-Por último, la etapa que va de finales del siglo XIX y abarca el siglo XX, donde prima la búsqueda de la resocialización.

No hemos de remontarnos muchas décadas atrás, tan solo antes de promulgarse la Constitución, para encontrar, en nuestro propio país, un sistema penitenciario cuyo único fin era retener y custodiar al recluso (Fernández Aparicio¹⁴⁴).

Para Sanz, la prisión tiene un claro motivo socio-económico y ha estado siempre ligada al capitalismo y sus necesidades, siendo un mecanismo de control político como medio de dominación.

Tras la Ley de Condena Condicional de 1908, la institución se regula en el Código Penal de 1928 (durante la dictadura del General Miguel Primo de Rivera), siguiendo desde entonces en todos los restantes hasta el actual¹⁴⁵.

4.- DIFERENCIAS CON OTRAS INSTITUCIONES.

4.1.- Diferencias y semejanzas con el indulto.

Más antigua institución es, en nuestro país, la del indulto que la de la suspensión, si pensamos que la Constitución de Cádiz de 1812 ya atribuía al Rey la prerrogativa de indultar a los delincuentes con arreglo a las leyes, aunque se limitaba a reconocer constitucionalmente una prerrogativa real cuyo origen se pierde en el tiempo. Como apunta García Mahamut¹⁴⁶, dicha limitación encontraba su razón de ser en el uso arbitrario de la prerrogativa por parte de los monarcas ya que, aunque su aparición constitucional se

¹⁴⁴ Fernández Aparicio, J.M. *Derecho Penitenciario*, Sepin, Madrid, 2007, pág. 17.

¹⁴⁵ La Ley de Condena Condicional de 1908, pese al tratamiento del instituto por códigos penales posteriores, no fue derogada hasta la promulgación del vigente Código Penal de 1995 (vid. Disposición Derogatoria Única).

Para mayores detalles sobre la evolución histórica de la figura de la actual suspensión, nos remitimos al profundo estudio realizado por Lübbert Álvarez a que hemos hecho alusión.

¹⁴⁶ García Mahamut, R. *El indulto*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

sitúa en este momento, el uso de la institución se remonta a más lejos en el tiempo¹⁴⁷.

Sería la Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto, anterior también a la de Condena Condicional, la que regulase desde entonces hasta nuestros tiempos -pues sigue vigente- el referido derecho de gracia.

De su exposición de motivos considero importante citar el siguiente párrafo:

“Cree, pues, el Ministro, que al presentarla, a la vez que cumple un deber constitucional, satisface también una necesidad fuertemente sentida por todos los hombres honrados, que exigen con perfecto derecho que la garantía judicial de su honra, de su vida y de su fortuna, no pierda su eficacia por una compasión indiscreta y ya intolerable.”

Sin duda, con la concesión de indultos, ya desde antiguo y no solamente en nuestros días, se ha llegado a crear cierta desazón en la opinión popular que ve, especialmente en casos que afectan a personas relevantes o en aquellos que han producido cierta alarma social, cómo el penado queda al final sin su castigo por mor de la aplicación del derecho de gracia.

En sintonía con lo dicho, ya el Real Decreto de 7 de diciembre de 1866 establecía una limitación para que el Rey no pudiese conceder indultos generales sino exclusivamente particulares. Dicha limitación se encuentra regulada en el actual artículo 62.i) de la vigente Constitución de 1978, donde se atribuye al Rey ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales.

¹⁴⁷ Hay referencias a Fernando IV (año 1310) o Carlos I (año 1515).

Y, para completar la limitación, tampoco es posible conceder el indulto a miembros del Gobierno que hayan sido condenados penalmente, pues así lo establece la Constitución en su artículo 102.3, si bien la dicción del precepto es, a mi entender, dudosa y podría referirse únicamente a delitos de traición o contra la Seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones (las de los condenados), siendo entonces posible su concesión cuando se tratase de delitos de otra naturaleza. Del parecer contrario es García Mahamut¹⁴⁸, mientras que García San Martín¹⁴⁹ es partidario también de la concesión a miembros del Gobierno, si el único obstáculo es pensar que se puede otorgar de forma arbitraria ya que ello presupondría el fallo de nuestro sistema y, en opinión del autor, una deficiente regulación.

El razonamiento de García Mahamut tiene, para nosotros, fundamento puesto que si el indulto lo tramita y refrenda el Gobierno, no consideraríamos adecuado que un miembro del mismo pueda decidir sobre su propio destino pero, sin embargo, o el tenor del precepto no es claro o, por el contrario, lo es mucho al delimitar exactamente los delitos en los que está vetado el referido indulto sumándose, además, la casi imposibilidad de que el afectado pudiese decidir sobre su propio indulto y ello porque la sola imputación de un delito sabemos que acostumbra a producir la retirada de las responsabilidades y cargos políticos con alguna función de mando; cuánto más si se trata, no de una imputación, sino de una condena firme. En ese caso, podríamos tener la certeza de que el condenado ya no sería miembro del Gobierno. Por otra parte, porque el precepto constitucional sería compatible perfectamente con la obligación de abstención y el derecho de recusación, si el condenado fuese una de las personas que formasen parte del Gobierno al tiempo de decidir.

Sin duda, una de las primeras diferencias entre el indulto y la suspensión de la ejecución de la pena es que, en el primero, se puede distinguir el indulto particular del general, cosa que no sucede en la suspensión que es, en todo caso, particular.

¹⁴⁸ García Mahamut, R. *El indulto*, cit., pág. 129.

¹⁴⁹ García San Martín, J. *El indulto particular: tratamiento y control jurisdiccional*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2007, pág. 25.

Otra de las diferencias es que el indulto puede ser total o parcial, mientras que la suspensión lo es de la ejecución y la paraliza por completo, sin perjuicio de que, al igual que el indulto, queden incólumes consecuencias del delito tales como el pago de las responsabilidades civiles.

La suspensión de la ejecución puede concederse a cualquier ciudadano sin excepción, siempre que concurren los requisitos necesarios y a criterio discrecional del Juzgado o Tribunal, como bien sabemos. Sin embargo, el indulto no puede ser concedido a miembros del Gobierno (con el matiz que acabamos de realizar y sobre el que se alzan voces discrepantes, como hemos apuntado).

El indulto se concede por medio de Real Decreto, publicándose en el Boletín Oficial del Estado. La concesión por este medio implica que no es necesaria su motivación, cuestión que ha sido criticada al entender que se eligió expresamente para no tener que fundamentar la concesión¹⁵⁰.

A diferencia del indulto, la suspensión tiene que ser motivada, especialmente si se deniega. Y lo ha de ser por el propio tipo de resolución judicial utilizada, sentencia o –con mayor frecuencia– auto, aunque si no se exigiese motivación, podría usarse otra modalidad de resolución y el fundamento de la exigencia deriva de la jurisprudencia constitucional y, posteriormente, de la Ley¹⁵¹.

Mientras que el indulto supone la extinción total o parcial de la pena, la suspensión solo la deja en suspenso y queda condicionada al cumplimiento de una o varias condiciones, cuya conculcación puede dar lugar a su revocación. En cambio, el indulto no está sujeto a condición aunque también puede estarlo, pero es raro que así sea (art. 16 LI).

¹⁵⁰ García Mahamut, R. *El indulto*, cit., pág. 150.

¹⁵¹ Hacemos esta referencia porque, durante tiempo y desde la Ley de Condena Condicional, parece que la motivación no se exigía sino únicamente para la concesión del beneficio, teniendo que ser el Tribunal Constitucional quien aclarase la mayor necesidad de motivación cuando se trataba de denegarlo.

Por ese mismo motivo, la suspensión puede ser revocada si se incumplen las condiciones impuestas, mientras que la revocación del indulto es muy excepcional.

Cuando hablamos de indulto parcial podemos referirnos al que afecta a alguna o algunas de las penas impuestas pero, también, a la totalidad de las mismas si ya se hubiesen comenzado a cumplir, alcanzando entonces al resto que todavía no se hubiese cumplido. De ahí que se llame también parcial puesto que, en verdad, no ha supuesto la remisión de todas las penas sino de una parte, la pendiente de cumplimiento. También se llama parcial al indulto que sustituye unas penas por otras menos graves.

El indulto puede ser acordado en cualquier momento desde la imposición de la pena hasta el fin de su cumplimiento, distinguiéndose entonces entre total y parcial, aunque también puede derivar dicha distinción de que decida concederse solo sobre una parte de la pena, aun no habiéndose iniciado la ejecución. La suspensión, en cambio, sólo puede acordarse antes de darse inicio la ejecución.

El indulto no requiere el cumplimiento previo de condición alguna, mientras que la suspensión sí: ser delincuente primerizo y haber satisfecho la responsabilidad civil o asumir un compromiso de hacerlo en un plazo razonable, con carácter general.

Como excepción, debemos decir que existe un indulto condicional, de poco uso, que requiere el previo cumplimiento de la condición o condiciones que se impongan (art. 16 LI). Como decimos, previo a la concesión, a diferencia de las condiciones que se imponen en la suspensión, que han de ser cumplidas durante el plazo de prueba.

Así mismo, el indulto extingue la pena y, por tanto, se vincula a esta mientras que la suspensión se refiere a la ejecución de la misma, de tal modo que aquella no desaparece.

Del mismo modo que el indulto opera extinguiendo la pena de inmediato, la suspensión exige aguardar hasta el final del plazo de prueba impuesto habiendo observado las condiciones impuestas, para lograr el mismo efecto extintivo.

Por otro lado, mientras el indulto es una medida de gracia sin más, la suspensión es una medida resocializadora.

El indulto se concede en nombre del Rey por el Consejo de Ministros y mediante Real Decreto, por tanto, es el Poder Ejecutivo quien lo concede en realidad. Su tramitación, a diferencia de la suspensión, no es judicial sino administrativa. El Gobierno interviene antes de la concesión del beneficio por el Monarca y, después de esta, para su refrendo. La intervención del soberano es de suma importancia, aunque sea formal, de tal modo que se erige en uno de sus elementos necesarios hasta el punto de que cualquier manifestación similar al indulto que no tenga la intervención del Rey no puede considerarse como tal, a pesar de que guarde identidad en su contenido o efectos¹⁵².

En cambio, la suspensión la conceden los Juzgados y Tribunales, el Poder Judicial por tanto.

Contra la resolución que concede o deniega el indulto no cabe recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario (STS, Sala 3^a, Sección Pleno, de 2 de diciembre de 2005 que recuerda que el único recurso posible es, en la jurisdicción contencioso-administrativa, el que verse sobre lo relativo a la adopción de la decisión, pero no en cuanto al fondo), a diferencia de la resolución acerca de la suspensión que sí puede ser recurrida.

El indulto no se puede conceder si el penado se encuentra en rebeldía mientras que la suspensión lo que prevé es que no se compute como plazo de la misma el tiempo que el reo hubiese estado en rebeldía durante la misma.

¹⁵² García San Martín, J. *El indulto particular: tratamiento y control jurisdiccional*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2007, pág. 1.

Puede concederse el indulto de las penas accesorias y no de las principales y viceversa, siempre y cuando no sean inseparables por su naturaleza y efectos. Sin embargo, no puede concederse la suspensión de la ejecución de las penas accesorias si no se suspende la principal y no es siquiera una cuestión pacífica el que pueda concederse respecto de las accesorias.

La suspensión tiene unas limitaciones temporales en cuanto a las penas que pueden ser suspendidas, siendo la regla general, para la ordinaria, que estas no sean superiores a dos años (como nota de Derecho comparado, diremos que, en México es de cuatro y, en Italia, se establece el mismo límite de dos años, que puede ser de tres para menores de dieciocho años y de dos y medio para mayores de setenta o mayores de dieciocho pero menores de veintiuno); a diferencia de ella, el indulto no tiene limitación, de forma que se puede conceder para cualquier pena, con independencia de su duración.

Mientras que la suspensión alcanza solo a las penas privativas de libertad y no a las de distinta naturaleza, el indulto puede alcanzar a cualquier pena, con la excepción de las de inhabilitación para cargo público, derechos políticos y sujeción a la vigilancia de la autoridad (art. 6 LI), esta última carente de significado en el actual CP (en Italia, también a las pecuniarias conforme recuerda Padovani¹⁵³). Así, el indulto puede extenderse a la pena de multa y también a la responsabilidad personal subsidiaria del art.53 CP, si bien para algún autor no ha lugar a la previsión excepcional del art. 8 LI relativa al reembolso de la multa o parte de la misma que hubiese sido satisfecha, desde el momento en que no es reembolsable en modo alguno la responsabilidad personal que hubiera cumplido quien no pagó (García San Martín¹⁵⁴).

¹⁵³ Padovani, T. *Diritto Penale*, Giuffré Editore, Milano (Italia), 2002, pág. 302.

¹⁵⁴ García San Martín, J. *El indulto particular: tratamiento y control jurisdiccional...*, cit., pág. 26.

El indulto total requiere, para su concesión, que existan razones de equidad, justicia o utilidad pública mientras que la razón de la suspensión es evitar el efecto corruptor de la vida en prisión.

En el indulto, si se conmuta una pena por otra y el penado deja de cumplir la nueva voluntariamente, queda sin efecto la conmutación de forma automática (art. 14LI), mientras que en la revocación de la suspensión debe intervenir el Juzgado o Tribunal que ha de oír a las partes y resolver, con la salvedad novedosa del inciso segundo del artículo 86.4 CP.

La Ley de Indulto establece como condición tácita que su concesión no perjudique a terceros (art. 15.1ª), mientras que el Código penal nada dice al respecto, aunque es difícil pensar en la concesión de una suspensión que pueda perjudicar a terceros que no fuesen oídos previamente.

El indulto es, por su naturaleza, irrevocable (art. 18 LI), mientras que la suspensión es revocable (art. 86 CP).

La suspensión se resuelve de oficio por Juzgados y Tribunales, sin perjuicio de que pueda ser solicitada. En este caso, solo el penado o su representación pueden hacerlo. En cambio, el indulto no se resuelve de oficio sino que hay que solicitarlo, pudiendo hacerlo el propio penado, sus parientes o cualquier otra persona en su nombre sin necesidad de acreditar la representación (art. 19 LI) e incluso el Tribunal sentenciador, el Tribunal Supremo o el Fiscal de cualquiera de ellos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2, párrafo segundo, del CP. Y, así mismo, el propio Gobierno si ninguno de los anteriores lo hubiera solicitado (art. 21 LI).

De todas las solicitudes de indulto se pide un informe al Tribunal sentenciador donde se requieren datos del reo, de su conducta posterior al hecho, del esfuerzo por reparar a la víctima, antecedentes, edad, estado, profesión, etc. En el caso de la suspensión, aunque se trate de un órgano distinto el que ejecute la sentencia, no se pide este dictamen, si bien se

dispone de todas las actuaciones, tanto las practicadas en instrucción como en la fase de enjuiciamiento.

Tras todas estas diferencias entre indulto y suspensión, cabe reseñar algunas de sus semejanzas ya que, ninguno de ambos puede concederse si no existe una sentencia condenatoria firme (arts. 82 CP y 2.1º LI); en ambos se ha de oír al perjudicado cuando se trate de delitos que solo pueden ser perseguidos a instancia de parte (arts. 80.6 CP y 15.2ª LI); ninguno de ellos alcanza a la responsabilidad civil (arts. 80. 1 y 80.2.3ª CP y 6 LI) ni a las costas (arts. 80.1 CP y 9LI); y ninguno de ambos cancela los antecedentes penales, quedando éstos vivos hasta que transcurra el plazo fijado por la Ley para su cancelación.

La concesión de la suspensión por solicitud de indulto, diferente de la suspensión de la ejecución de la pena, supone que el ingreso en prisión del penado quede en suspenso mientras se tramita una petición de indulto. Para Ríos Martín¹⁵⁵, supone la aplicación del principio de equidad, donde el fin resocializador prevalece sobre el retributivo.

Es el artículo 4.4 CP el que prevé que, solicitado el indulto, el Juez o Tribunal pueda suspender la ejecución de la pena en dos supuestos que pasamos a analizar: a) si aprecia que el cumplimiento puede vulnerar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; b) cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria.

4.1.1.- Dilaciones indebidas.

En el primer supuesto, se exige al órgano judicial que, previamente, aprecie dicha circunstancia en una resolución fundada, mientras que en el segundo supuesto no se dice nada de eso. Del mismo modo, en el primer supuesto estamos en el momento inicial de la solicitud, mientras que en el

¹⁵⁵ Ríos Martín, J. “Las alternativas a la prisión”, Cuadernos de Derecho Judicial, Cendoj, 2006.

segundo ya se ha formulado la misma y se está a la espera, como se deduce del tenor literal “mientras no se resuelva sobre el indulto...”.

El caso de las dilaciones indebidas -relacionado con la petición de indulto y la suspensión de la ejecución por tal motivo- solo puede hacernos pensar que lo que el legislador quiere es que, cuando se haya formulado una petición de indulto, no se ejecute la pena porque se desconoce el tiempo que pueda tardar en conocerse la respuesta a la solicitud. En nuestro modesto entender, guarda una estrechísima relación con el segundo de los supuestos, esto es, la posible pérdida de sentido del beneficio si llega tarde y se ha ejecutado el fallo.

Tan importante es que se resuelva como que se haga en un plazo de tiempo breve y, como desgraciadamente las resoluciones de la Justicia y la Administración (véase en este caso el Consejo de Ministros) no suelen ser un paradigma de celeridad, el legislador tiene en cuenta la posibilidad de que se suspenda temporalmente la ejecución de la pena en tanto se obtiene la respuesta porque, de no suspenderse, puede suceder que, cuando llegue y sea en el sentido de concederse el indulto, ya se haya causado un perjuicio irreparable.

Para Ríos Martín¹⁵⁶, a la hora de interpretar este requisito, deben tenerse en cuenta la naturaleza y circunstancias del litigio, la duración de otros procesos similares, una conducta procesal de parte correcta (entendemos que las dilaciones no han de poder ser achacables a la defensa) y la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso. No compartimos dicha postura, porque pensamos que el tratamiento de las solicitudes de indulto es homogéneo y las dilaciones no se deben a estas cuestiones sino, simplemente, al elevado número de solicitudes tramitado, que hace que el Consejo de Ministros tarde muchos meses en resolverlas.

¹⁵⁶ Ríos Martín, J. Las alternativas a la prisión, cit.

Al respecto de las dilaciones indebidas, Fernández Ros¹⁵⁷ apunta a la hoy superada exigencia jurisprudencial de que el acusado hubiera solicitado ser juzgado sin dilaciones o, dicho de una forma más clara, que hubiese denunciado durante el proceso las mentadas dilaciones, solicitando ser Juzgado. Como decimos, la más reciente jurisprudencia clarifica que el impulso judicial penal ha de ser dado de oficio y que el reo no tiene que cargar con la exigencia de impulsar su propio juicio (STS 15 de febrero de 2005). La única exigencia que se mantiene es que las dilaciones sean alegadas en el proceso para que pueda conocerlas el Juzgado o Tribunal, cuestión que puede tener lugar en el propio acto del juicio, debiendo señalarse los lapsos de tiempo y acreditarse que la dilación no se justifica (SSTS 10 de diciembre de 2004 y 15 de marzo de 2007).

Entendemos, de otro lado, que la dilación del proceso, así como la posible reparación del daño, el cambio de vida del penado, el tiempo pasado desde la comisión del delito o la superación de un programa en casos de dependencia a drogas o alcohol, sí pueden ser tenidas en consideración para acordar la suspensión por haberse solicitado el indulto, en tanto que pudiera existir un *fumus boni iuris* para la concesión del mismo. Ese *fumus* vendría representado por el hecho de haber mudado mucho las circunstancias que dieron lugar a la comisión del delito, de modo que es posible encontrarse años después ante un sujeto totalmente socializado y sin temor de reincidencia delictiva.

No es infrecuente asistir a casos en que, muchos años después de la fecha del delito, se plantea la situación chocante de un ingreso en prisión en reos que se han casado, tienen hijos y son responsables trabajadores y padres de familia de cuyo trabajo depende esta, todo ello por delitos cometidos en su juventud y bajo circunstancias bien distintas (malas amistades, consumo de drogas,...).

Tampoco es infrecuente ver en los medios de comunicación estas dramáticas situaciones, que no se hubiesen dado de haber funcionado con

¹⁵⁷ Fernández Ros, J.F. “La atenuante de dilaciones indebidas tras la reforma del Código Penal de 22 de junio de 2011”, Noticias Jurídicas, febrero 2011.

normalidad y eficacia la justicia (dictando y ejecutando la sentencia firme con rapidez) y que ningún sentido tienen, llegados a este punto, por su nulo efecto resocializador sobre quienes ya se han resocializado por factores exógenos, como comentábamos.

Lo que se demuestra claramente, en estos casos, es el fracaso de la Administración de Justicia, por su lentitud e ineficacia y, a nuestro juicio, la mejor solución a dicho fracaso puede venir de la mano del indulto o de la suspensión ordinaria o extraordinaria, si todavía se está en plazo porque no se resolvió sobre la misma antes.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se consagra dentro del catálogo de derechos fundamentales (art. 24.2 CE), sin perjuicio de su aparición en el CEDH (art. 6.1º) y el PIDCYP (art. 14.3.c), siendo recogido por primera vez en nuestro Código Penal como atenuante (art. 21.6) a raíz de la Ley 5/2010, de 22 de junio. El contenido del derecho se define como 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 y supone, en palabras de Fernández Ros¹⁵⁸, *“un reconocimiento de los defectos estructurales de la Administración para dar una respuesta adecuada a las demandas de la sociedad para el castigo previsto en la Ley; pero también supone una mitigación para el condenado de la pena correspondiente, una compensación de su culpabilidad, por el tiempo en exceso transcurrido para su enjuiciamiento”*.

Las dilaciones indebidas pueden ser tratadas a la hora de dictar sentencia, recogándose así como una causa de atenuación de la pena y, también, en la fase de ejecución de la misma, si media petición de indulto como prevé el artículo 4.4 CP. La diferencia es clara, no obstante, puesto que las dilaciones indebidas de la fase preliminar, intermedia o de juicio oral son las que pueden ser consideradas al dictarse sentencia mientras que, independientemente de estas (que podrán o no haber existido), están las que

¹⁵⁸ Fernández Ros, J.F. “La atenuante de dilaciones indebidas tras la reforma del Código Penal de 22 de junio de 2011”, Noticias Jurídicas, febrero 2011.

puedan tener lugar mientras se tramita el indulto, y que son un futurible que se desconoce cuando se adopta la suspensión de la ejecución, sopesando el riesgo de que se produzca dicha dilación.

Hasta la actual regulación del artículo 21.6ª CP, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Pleno de 21 de mayo de 2005) venía considerando las dilaciones indebidas dentro de la anterior atenuante analógica que también se recogía como artículo 21.6ª hasta la modificación por LO 1/2015 afectante al Código Penal, de modo que hoy se reconoce como propia y no es necesario acudir a la interpretación jurisprudencial referida.

Como apunta García Mahamut¹⁵⁹, existe una consolidada jurisprudencia que ve en el indulto una vía de reparar el daño causado al reo por las dilaciones indebidas.

En efecto, el indulto ha sido, a veces, una forma de compensar las dilaciones indebidas que hayan podido tener lugar en el proceso. Véase en ese sentido a Navarro Villanueva¹⁶⁰, que hace un breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo donde, en síntesis, se establece que una solución a las dilaciones indebidas vendría representada por la concesión del indulto al reo, que es una cuestión distinta de la que hemos tratado al hablar del art. 4.4 CP y, además, aunque el Tribunal Supremo haya tratado el tema, no puede olvidarse que quien lo concede no es un órgano jurisdiccional sino el Rey, a propuesta del Ministro de Justicia y tras deliberar el Consejo de Ministros.

Lo que se colige de cuanto afirma el Alto Tribunal es que el indulto puede ser una buena medida cuando, por un fallo en el sistema que acarrea unas dilaciones indebidas importantes, las circunstancias han mudado y la pena pierde su razón de ser porque el autor del delito ha cambiado de vida, sus circunstancias familiares, personales o sociales son otras, etc. En ese

¹⁵⁹ García Mahamut, R. *El indulto*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 147.

¹⁶⁰ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, Barcelona, Bosch, 2002, pág. 152.

caso, la pena llega tarde a cumplir su fin de prevención especial y el reo ha tenido que pasar más tiempo del exigido sufriendo otra pena no menos importante, como lo es estar investigado en espera del fin del proceso. De este modo, el TS es partidario de la compensación o, al menos, de un indulto parcial.

Navarro Villanueva¹⁶¹ es más partidaria de que la suspensión de la ejecución de la pena pudiera alcanzar a las de cualquier duración en esos casos donde el individuo ya se ha resocializado, tesis que compartimos puesto que el indulto queda fuera de la esfera de control de Jueces y Tribunales que son quienes juzgan y conocen los hechos así como la duración que haya tenido el proceso y si han existido o no dilaciones y estas se justifican o son indebidas. Pero, además, porque el fin de la suspensión es evitar el efecto corruptor de las penas privativas de libertad cortas y, en aquellos casos en que el individuo se ha resocializado, se entiende que debe preservarse su nueva situación siempre dentro de determinados límites como el no perjudicar a terceros y dejar a salvo el derecho de restitución por la vía de la responsabilidad civil.

4.1.2.- Posible pérdida del fin del indulto.

La otra opción que el artículo 4.4 CP deja abierta para acordar la suspensión de la ejecución de la pena cuando se ha solicitado el indulto es que pueda perderse el fin de este si se ejecuta la misma. Dicho de otro modo, si alguien ha sido condenado a una pena de prisión de seis meses y solicita el indulto pero se ejecuta la pena, poco importará la concesión de este cuando llegue pues, con facilidad, será después de cumplida la condena.

En este caso, como adelantábamos, puede pedirse la suspensión tanto antes de comenzarse el cumplimiento, como una vez iniciado el mismo y no se distingue entre penas de mayor o menor duración, ya que no se establece un límite aunque, si bien es cierto, suele atenderse en la concesión de esta suspensión a que sean penas de corta duración, que son las que más podrían

¹⁶¹ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., pág. 152.

verse afectadas si se accediese al indulto y no se hubiese suspendido su cumplimiento. No obstante el uso de los Juzgados y Tribunales, si el indulto alcanzase a una pena de mayor duración, sería injusto cualquier día de privación de libertad que el reo hubiese padecido, motivo por el cual si la Ley no hace distinciones, no deben estas hacerse contra el reo.

Sobre el procedimiento para la suspensión en caso de solicitud de indulto, no existe previsión legal al respecto. Para Navarro Villanueva¹⁶², es de aplicación el procedimiento para la suspensión ordinaria, siendo competente el Juzgado o Tribunal encargado de la ejecución, sin sujeción a plazo puesto que nada se dice al respecto y ya comentábamos que ha de ser entendido como posibilidad de pedir la suspensión, incluso de aquellas penas que ya están siendo ejecutadas hace tiempo.

Hemos de recordar que contra la resolución -que por su contenido debe ser un auto- que deniega la suspensión por la solicitud de indulto, cabe recurso de reforma o súplica, conforme afirma la STC 20/2006, de 30 de enero. Sin embargo, soy más partidario de acudir al régimen general de recursos, donde frente al auto cabe, por regla, el recurso de reforma, el de apelación directamente, o el de reforma y subsidiario de apelación, máxime teniendo en cuenta el poco resultado que tienen los llamados “remedios”, por ser recursos no devolutivos que han de ser sustanciados ante el mismo órgano que dictó la resolución que impugnan.

En opinión de Magro Servet¹⁶³ no es posible solicitar justicia gratuita para instar la suspensión de la ejecución de la pena por indulto, debiendo continuarse con el Letrado que asistió al reo, salvo que éste renuncie y el Tribunal acepte dicha renuncia.

Sobre la necesidad de que, para tramitar el indulto, sea necesario que el penado esté a disposición del Tribunal sentenciador (artículo 2-2º de la Ley de Indulto), que se interpretó durante largo tiempo a la luz de una antigua norma, la Real Orden de 24 de diciembre de 1914, en el sentido de

¹⁶² Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., pág. 160.

¹⁶³ Magro Servet, V. “La petición de suspensión de ejecución de la pena por tramitación de indulto”, *La Ley Penal* núm. 39, Madrid, 2007, págs. 101-107.

que el penado debía ingresar en prisión mientras se tramitaba el expediente de indulto, la instrucción 5/1992, de 19 de junio, de la FGE, aclaró que el “estar a disposición” era perfectamente posible y requisito cumplido siempre que se tuviese un domicilio fijo y fuese fácilmente localizable el penado para el Tribunal.

Particularmente, creemos que el indulto -sin negar que, en ocasiones, es una forma de reparar ciertas disfunciones judiciales o, quizá, minorar el rigor de determinados Juzgados y Tribunales (en ese sentido, García San Martín¹⁶⁴)- es una injerencia del poder ejecutivo en el judicial. En efecto, si se predica la independencia de los tres poderes que conforman nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, sin duda esta institución deja en cuestión la misma, desde el momento en que el Gobierno puede corregir o dejar sin efecto la decisión de un órgano judicial, sin necesidad siquiera de motivación. A pesar de ello, apreciamos el carácter reparador de disfunciones de la Administración de Justicia, siendo en ese sentido una buena alternativa a la prisión.

4.2.- Diferencias y semejanzas entre el indulto y la amnistía.

Similar al indulto, la amnistía ha tenido razón de ser en periodos de cambios de régimen político, pensando en favorecer la paz social y su concesión ha requerido siempre de la promulgación de una ley específica para la amnistía de que se tratase, a diferencia del indulto que se regula de forma general en la Ley de 1870 ya citada.

Los efectos de la amnistía alcanzan no solo a la extinción de la pena sino también de sus efectos, mientras que el indulto solo a la pena, quedando sus efectos subsistentes. De igual modo, para que pueda concederse el indulto debe existir siempre una condena y en la amnistía no es necesario siquiera seguir un procedimiento penal.

¹⁶⁴ García San Martín, J. *El indulto particular: tratamiento y control jurisdiccional*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2007, pág. 17.

Otra diferencia con el indulto estriba en que este puede ser total o parcial mientras que, como decíamos, la amnistía supone el olvido de todas las consecuencias que pudiese conllevar el delito cometido.

Sin embargo, lo anterior es predicable del indulto particular ya que, como apunta García Mahamut¹⁶⁵, existe gran dificultad para distinguir un indulto general de una amnistía.

Otra diferencia entre el indulto y la amnistía la podemos encontrar en apuntes históricos ya que dos son los motivos principales para conceder el primero, uno la búsqueda de la paz social y otro la celebración de algún acontecimiento, aunque esta distinción no es clara, como decimos, cuando se habla de indultos generales. Por ejemplo, el indulto general concedido por Decreto de 25 de noviembre de 1975 a la muerte de Franco; la amnistía concedida poco después con el Decreto Ley 10/1976, de 30 de julio, que amnistiaba delitos políticos o el RD de 14 de marzo de 1977; o la Ley 46/1977, de Amnistía.

Por señalar algunas diferencias del indulto con la suspensión, tras lo dicho, apuntamos que el primero se concede por el Consejo de Ministros en nombre del Rey, mientras que la segunda es concedida por Juzgados y Tribunales; que el indulto puede ser parcial mientras que la suspensión se refiere a toda la pena; el indulto no está, por regla general, sujeto a condición, aunque puede estarlo y la suspensión sí lo está siendo la excepción lo contrario; por otra parte, el indulto es irrevocable (también como regla) mientras que la suspensión es revocable si no se cumplen las condiciones impuestas.

¹⁶⁵ García Mahamut, R. *El indulto*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 52.

4.3.- Diferencias y semejanzas con la petición de amparo constitucional.

La previsión de suspensión que establece el artículo 56 de la LOTC para aquellos casos en que se solicita el amparo constitucional tiene distinta razón de ser que la suspensión de la ejecución de la pena. Si esta trata de evitar el ingreso en prisión y se concede, salvo que se revoque por alguna de las causas establecidas, con vocación de permanencia, la suspensión por amparo tiene un carácter puramente cautelar (ATC de 16 de julio de 2012), simplemente para evitar que pueda perderse la finalidad del recurso de amparo planteado para el caso de que prospere.

Es por ello que, de ser inadmitido a trámite o de no concederse el amparo, la pena habrá de cumplirse. De ahí su concesión con carácter temporal, mientras se tramita el recurso, como primera diferencia con la suspensión que, como decíamos, se concede de forma definitiva y deberá ser revocada en su caso.

La suspensión mientras se tramita el recurso de amparo tiene un límite de pena superior al de la suspensión ordinaria, si bien ha sido perfilado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, como regla, se concede para aquellas penas privativas de libertad que no superen los cinco años¹⁶⁶.

Cuando la suspensión se solicita por plantear un recurso de amparo en delitos relacionados con la corrupción política, el TC no se muestra favorable a concederla (ATC de 27 de enero de 2014¹⁶⁷).

¹⁶⁶ AATC 16/2009, de 26 de enero; 18/2011, de 28 de febrero; y 61/2013, de 27 de febrero), puesto que ésta es la frontera establecida por el legislador para diferenciar las penas graves de las menos graves, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 del Código penal (ATC 44/2012, de 12 de marzo).

¹⁶⁷ *“Junto a este criterio, el Tribunal ha venido ponderando otros aspectos y circunstancias de relieve, tales como la gravedad y naturaleza de los hechos enjuiciados, el bien jurídico protegido, su trascendencia social, la duración de la pena impuesta y el tiempo que reste de cumplimiento, el riesgo de eludir la acción de la Justicia y la posible desprotección de las víctimas, circunstancias, todas ellas, que expresan la reprobación que el Ordenamiento asigna al hecho delictivo y, por consiguiente, la magnitud del interés general en su*

La suspensión por tramitación de amparo exige, conforme a reiterada jurisprudencia del TC, el cumplimiento de tres requisitos previos: que el amparo corra peligro si no se concede la misma para el caso de que fuese estimado¹⁶⁸; que la suspensión no afecte a derechos fundamentales y libertades públicas de terceros¹⁶⁹; y que no produzca grave perturbación de los intereses generales. Ninguno de estos requisitos es exigido para conceder la suspensión de la ejecución de la pena.

Otra diferencia entre ambas es que, en la suspensión por amparo, es necesario que el interesado o el Ministerio Fiscal soliciten la misma, cosa que no sucede en la suspensión ordinaria que es resuelta de oficio, sin perjuicio de que pueda también ser solicitada.

De otro lado, la suspensión por amparo puede solicitarse en cualquier momento anterior a la resolución sobre la concesión o denegación del mismo. Si se trata de la suspensión ordinaria, ha de resolverse antes de darse inicio a la ejecución, como bien sabemos.

Para resolver la suspensión por amparo, el artículo 56 LOTC establece la necesidad de solicitar un informe de las autoridades responsables de la ejecución. Como norma, se solicita al Juzgado o Tribunal encargado de la misma, si bien podría plantearse la duda acerca de si es necesario solicitar informe también a otros órganos que intervienen en la misma aunque, a nuestro juicio, eso sería eternizar la cuestión. Ningún informe, por el contrario, se solicita para la concesión de la suspensión ordinaria (para la extraordinaria del artículo 80.5 CP, sí se prevé la solicitud de un certificado sobre si el reo se encuentra rehabilitado o en tratamiento).

ejecución (AATC 109/2008, de 14 de abril , FJ 2; 22/2009, de 26 de enero , FJ 2 ; y 150/2013, de 8 de julio, FJ 1) ”.

¹⁶⁸ En este sentido, por perjuicio irreparable se ha de entender aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío y convierta el amparo en meramente ilusorio y nominal (por todos AATC 274/2008, de 15 de septiembre; 26/2009, de 26 de enero; y 173/2009, de 1 de junio).

¹⁶⁹ El ATC de 16 de julio de 2012.

La suspensión de la ejecución se resuelve en sentencia o bien mediante posterior auto. La suspensión por amparo siempre mediante auto o, incluso, en la providencia que admite a trámite el recurso de amparo con carácter de urgencia si la situación lo requiere¹⁷⁰, sin excluir por ello la obligación de oír después a las partes y dictar un auto motivado.

En el caso del amparo, la suspensión puede acordarse respecto de cualquier pronunciamiento del fallo, mientras que en la suspensión ordinaria solo se alcanza a las penas privativas de libertad. Hemos de puntualizar que, cuando lo que se pretende es el amparo respecto de una sentencia de mero contenido patrimonial, el TC no es proclive a la concesión de la suspensión durante la tramitación, al no apreciarse lo imposible de su reparación a diferencia de la privación de libertad que, por su naturaleza, convierte el perjuicio producido en irreparable en caso de estimarse el amparo (AATC 155/2002, de 16 de septiembre; 9/2003, de 20 de enero).

La suspensión por amparo tiene un carácter extraordinario y restrictivo (ATC de 16 de abril de 2012), mientras que la suspensión de la ejecución es más bien una regla general, si bien de concesión discrecional, en aquellos casos en que se cumplan los requisitos, todo ello vinculado a su fin, que es evitar el efecto corruptor de la vida en prisión para quien delinque por primera vez y siempre que la pena sea de corta duración.

Aunque no es frecuente, en la suspensión por amparo puede introducirse como condición la constitución de una fianza para responder de posibles daños y perjuicios, que puede dejarse por fijar y determinar en manos del órgano de instancia (art. 56 LOTC).

¹⁷⁰ Como dice el ATC de 16 de julio de 2012, “Con ello se viene a dar expreso reconocimiento, como ya se dijo en ATC 16/2011, de 25 de febrero, FJ 2, a una facultad de la que el este Tribunal ya había hecho uso en casos de excepcional urgencia bajo la anterior redacción del art. 56 LOTC, acordando la suspensión cautelar de la resolución impugnada en amparo inaudita parte en la misma providencia de admisión a trámite del recurso de amparo y a reserva de la ulterior audiencia a las partes (así, AATC 285/1998, de 16 de diciembre, y 96/2000, de 31 de marzo)”.

A diferencia de la suspensión ordinaria, tanto la concesión como la denegación del amparo pueden modificarse a lo largo de la tramitación del mismo, si existen circunstancias sobrevenidas que puedan modificar lo resuelto inicialmente. En la ordinaria sabemos que es posible que se modifiquen condiciones o que se produzca su revocación, pero es algo distinto. Si bien no se llamaría revocación, no tendría su causa en el incumplimiento de condición alguna. Queda abierta, por lo antedicho, la posibilidad de modificar la suspensión concedida si aparecen circunstancias sobrevenidas, no conocidas antes, que la desaconsejen.

4.4.- Diferencias y semejanzas con la libertad condicional.

Inmediatamente a continuación de la regulación de la sustitución de la pena para el caso de extranjeros (art. 89 CP), se regula la libertad condicional en los artículos 90 a 92 del Código, si bien este último respecto de la prisión permanente revisable.

A nuestro entender, son más las semejanzas que las diferencias y tan es así que el legislador no habla de libertad condicional sin más, sino de suspensión de la ejecución y libertad condicional, de forma conjunta. No obstante y para poder diferenciar ambas, cuando hablemos de la regulada en los artículos 90 a 92 nos referiremos a ella como “libertad condicional” o “libertad”, sin más. No en vano dichas semejanzas, en el preámbulo de la LO 1/2015, ya se habla de la nueva configuración de la libertad condicional como una modalidad de suspensión de la ejecución “del resto de la pena”.

Respecto de la competencia para acordar la libertad corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria, mientras que la de la suspensión corresponde al que dictó la sentencia condenatoria o al de ejecutorias donde los haya y dado que es cada vez más frecuente que se le encargue la ejecución a estos juzgados especializados frente a los que nos mostramos contrarios.

No se trata de una facultad discrecional sino perfectamente reglada, mientras que la suspensión supone lo contrario. Los requisitos exigibles para la concesión de la libertad condicional (que el reo se encuentre clasificado en tercer grado, que haya extinguido tres cuartas partes de la pena impuesta y que haya observado buena conducta) son bien diferentes a los de la suspensión (que la pena no supere los dos años como regla, que se trate de un delincuente primerizo, que haya satisfecho las responsabilidades civiles).

A pesar de llamarse “libertad condicional”, como decíamos, el artículo 90.1 CP habla de “suspensión de la ejecución del resto de la pena” y de “suspensión”. En definitiva, de una suspensión de la ejecución se trata pero con la diferencia de que la de los artículos 80 a 87 ha de acordarse antes de iniciada aquella y la de la libertad condicional después aunque, en ambos casos, la ejecución queda suspendida, bien antes de comenzar o una vez iniciada. Otra similitud la encontramos en algunos de los criterios que el Juez valora para su concesión o no, tales como antecedentes, circunstancias del delito cometido, conducta, circunstancias familiares y sociales, etc.

Mientras la suspensión implica la inexecución total de la pena, la libertad condicional representa una inexecución parcial puesto que se otorga una vez el reo está cumpliendo la pena en prisión.

Esta es la regla general y, a la misma, se añaden una serie de excepciones, tanto en orden a la proporción de pena cumplida (en el artículo 90) como a la edad o estado de salud del penado, que no guardan parangón con la suspensión de la ejecución ordinaria, si bien se asemejan a la extraordinaria por enfermedad grave con padecimientos incurables en una de las variantes de la libertad condicional, concretamente la que se concede a los mayores de 70 años o a los enfermos muy graves con padecimientos incurables, a los que se les dispensa de haber cumplido una proporción de pena mínima.

En ese caso, se exige que se recaben por el JVP los informes médicos que se estimen necesarios (antes se hacía referencia a informe médico, sin más añadiduras) y, en cambio, en el caso del actual artículo 80.4, en lo

relativo a la concesión de la suspensión de la ejecución, no se hace referencia alguna a informe médico, por lo que queda en el aire si se han de recabar o no, entendiendo que será una facultad del Juez o Tribunal solicitarlo, sin que venga obligado aunque, como es obvio, el órgano judicial -que carece de conocimientos médicos- deberá apoyarse en el que le proporcionen los médicos.

Sin sujeción a requisito alguno, el artículo 91.3 permite la concesión de la libertad condicional cuando exista claro riesgo para la vida del interno por su edad o enfermedad.

Como novedad similar a las previsiones introducidas en lo tocante a la satisfacción de la responsabilidad civil y facilitación del comiso, también la LO 1/2015 ha incorporado en la libertad condicional restricciones a su concesión en aquellos casos en que el reo oculta patrimonio, no favorece o entorpece el comiso acordado, no satisface la responsabilidad civil en la medida de sus posibilidades, da información inexacta sobre su patrimonio, etc.

Otra de las similitudes entre ambas instituciones la encontramos en la posibilidad de revocación que, en el caso de la libertad condicional, tiene lugar por constatarse que se ha producido un cambio de circunstancias que ya no permiten mantener el pronóstico de falta de peligrosidad.

El plazo de suspensión en la libertad condicional va de dos a cinco años, sin que pueda ser inferior al tiempo restante de pena por cumplir. Otra cuestión que hace que sea igual que la suspensión ordinaria. Cuando el JVP rebase el mínimo de dos años, deberá motivar su decisión.

Al establecerse un mínimo de dos años, pueden darse casos en que el penado vea, sumada la condena ya cumplida y el periodo de libertad condicional, superado su plazo de condena. Es decir, en aquellos casos en que al penado le queden menos de dos años de cumplimiento, si se le concede la libertad condicional, va a quedar suspendida la ejecución por

esos dos años al menos. Esta circunstancia, como apunta Ortega Calderón¹⁷¹, puede hacer que en aquellos casos en que resta poca pena por cumplir el reo prefiera mantenerse en el tercer grado que optar por la libertad condicional, especialmente si se tiene en cuenta que con esta, deberá cumplir unas reglas de conducta y, si le fuese revocada, el tiempo transcurrido en ella no le sería deducido del restante por cumplir.

Dicho “plazo de suspensión y libertad condicional”, como lo denomina el artículo 90.5 CP, se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado de modo que, a diferencia del resto de suspensiones ordinaria y extraordinarias, implica que el penado está en prisión con carácter previo, de modo que no puede hablarse de que su fin sea evitar el efecto corruptor de la vida carcelaria ni que se aplique a condenados a penas cortas de prisión porque no existe límite en cuanto a la pena a suspender, más allá de los requisitos de haber cumplido una parte determinada de la misma que irá de su mitad a las tres cuartas partes.

Como novedad introducida por la reforma de 2015, se permite que el JVP prorrogue la libertad condicional y, de forma expresa, el artículo 90.5 CP prevé que esta se regule por los artículos 83, 86 y 87 CP, dedicados a la suspensión de la ejecución, lo que ahonda más aún en su nueva consideración como modalidad suspensiva. De igual modo que permite la denegación del beneficio cuando el reo hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; o no pague la responsabilidad civil conforme al compromiso acordado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, que es una reproducción idéntica del artículo 86.1.d) CP, de tal modo que, existiendo ya la remisión a los arts. 83, 86 y 87 aludida, parece que resulta innecesaria.

Como consecuencia de dicha remisión en bloque, se produce alguna contradicción en cuanto a la posible competencia para adoptar determinadas

¹⁷¹ Ortega Calderón, J.L. “El nuevo régimen temporal de la libertad condicional en el Código Penal tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo”, Diario La Ley, nº 8.652, 2015.

resoluciones como, por ejemplo, la de una posible revocación y ello porque el artículo 86 habla del juez o tribunal y no del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

A diferencia de la suspensión ordinaria, que solo será resuelta por una vez, la de la libertad condicional puede plantearse cada seis meses (hasta un año si el Juez lo motiva) para el caso de que fuese denegatoria.

El Código Penal contiene en su artículo 90.8 una clara alusión a los presos de la banda terrorista ETA, previendo la posibilidad de conceder la libertad condicional a aquellos integrantes de organizaciones criminales que muestren su arrepentimiento y colaboren con las autoridades.

CAPÍTULO II.- SUSPENSIÓN ORDINARIA: REQUISITOS.

Como se ha dicho, para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, deben cumplirse una serie de requisitos, que suelen llamarse también condiciones. El Código Penal las llama de forma indistinta, pero nosotros preferimos hacer la siguiente distinción: las denominaríamos “requisitos”, cuando deban concurrir con carácter previo y las llamaríamos “condiciones”, cuando sean impuestas, bien por la Ley directamente, como en el caso de la condición de no volver a delinquir durante el periodo de prueba, o bien por el Juzgado o Tribunal, pero siempre para su posterior cumplimiento, es decir, una vez concedida la suspensión. En este capítulo trataremos los que denominamos “requisitos”.

Los requisitos que establece el artículo 80.2 CP facultan, pero no obligan, al Juez o Tribunal, que podrá o no conceder la suspensión al haber desaparecido con el Código Penal de 1995 la concesión del beneficio por ministerio de la ley (STS de 27 de abril de 1998).

1.- QUE SE TRATE DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD NO SUPERIORES A DOS AÑOS.

Es conveniente dividir en dos la expresión, en lugar de darle un tratamiento conjunto y ello para expresar más correctamente los problemas interpretativos que trata de resolver la jurisprudencia al respecto.

1.1.- Que se trate de penas privativas de libertad.

Hablamos de penas privativas de libertad: prisión permanente revisable, prisión, localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa regulada en el artículo 53.1 CP (artículos 35 y 80.1 CP), aunque respecto de esta última no exista unanimidad en la jurisprudencia y la doctrina¹⁷².

¹⁷² Encontramos en la jurisprudencia, como cita testimonial y sin ánimo de extender la cuestión, la SAP de Málaga de 23 de diciembre de 2015 y en la doctrina a García Arán, M. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad*, Aranzadi, Pamplona, 1997,

Queda excluida de la posibilidad de suspensión la responsabilidad civil derivada del delito -o falta, en su día- penados (anteriormente expresado en el art. 80.3 CP, si bien hoy no se contiene esa expresa mención pero es deducible del art. 80.2.3^a). Y, de igual modo, las penas accesorias (Muñoz Conde¹⁷³). Como nota en el Derecho comparado, el Código Penal Federal de México extiende la suspensión a la pena de multa (art. 90.III).

Quedan excluidas, igualmente, las penas privativas de derechos y las medidas de seguridad (SSTC 165/93, de 18 de mayo y 209/93, de 28 de junio; STS 950/99, de 19 de julio), por el simple hecho de que se trata de evitar el efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primerizos y ni unas ni otras implican la privación de libertad.

No se excluyen, por el contrario, aquellas penas privativas de libertad distintas a la prisión por el propio tenor de los artículos 80 (“podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad...”) y 83 (“en el caso de que la pena suspendida fuese de prisión...”).

pág. 101; o Prats Canut, J.M.; Tamarit Sumalla, J.M., en *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, (Dir. Quintero Olivares), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 634.

Todos ellos entre los que son favorables a su suspensión por cuanto se trata de pena privativa de libertad conforme al artículo 35CP, con la única salvedad de que la multa que se transforma en responsabilidad personal ya hubiese sido impuesta como sustitutiva de otra pena corta de prisión.

También, entre los partidarios de que las tres penas de privación de libertad puedan ser objeto de suspensión sin excepción, se muestra Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Navarra, 2011, pág. 124.

¹⁷³ Muñoz Conde, F. *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 560:

“se ejecutan (tanto la responsabilidad civil como las penas accesorias) por dos razones: porque el art. 80,1 solo establece la suspensión de las penas privativas de libertad y porque la tónica general en materia de penas accesorias es que estas solo se imponen si los derechos de los que privan tiene relación con el delito cometido (arts. 55 y ss.), es decir, tienen una fundamentación autónoma respecto a la pena privativa de libertad, por lo que no siguen la misma suerte que ésta en el caso de la suspensión”.

Puente Segura¹⁷⁴ critica que se puedan suspender penas más graves, las que implican privación de libertad, no pudiendo suspenderse otras menos graves, del mismo modo que critica la paradoja que supone, en ocasiones, que entre dos condenados a pena de multa, el que fuera declarado insolvente no tenga antecedentes penales si se suspende la pena de responsabilidad subsidiaria por impago de aquella, mientras que el que paga la multa y no da lugar a que opere la responsabilidad personal, sí los tenga. Del mismo modo que critica la imposibilidad de suspender penas no privativas de libertad (por tanto, en principio, de menor gravedad) cuando las mismas pueden ser más onerosas para el reo que estas, dando como ejemplo las que implican la retirada del permiso de conducir, especialmente en profesionales que lo necesitan para su actividad laboral.

En el ámbito del proceso especial de menores, la suspensión, sin embargo, alcanza a todo tipo de medidas, no solo las privativas de libertad (art. 40 LO 5/2000, de 12 de enero), dejando a salvo la responsabilidad civil a la que no alcanza el beneficio, quedando –en este texto sí– constancia expresa (art. 40.1 *in fine*).

1.1.1.- Penas accesorias.

Las penas accesorias son aquellas que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo (artículo 54 CP).

A pesar de que el artículo 80.1 CP habla de penas privativas de libertad y no menciona las de distinta naturaleza que pudieran ser impuestas, existe una clara división en la doctrina acerca de si la suspensión de la ejecución de la pena debe comprender también la de las consecuencias accesorias que hayan podido ser también impuestas. Incluso, hay quien como Puente Segura¹⁷⁵, se muestra partidario tanto de una como de otra tesis.

¹⁷⁴ Puente Segura, L. *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.

¹⁷⁵ Puente Segura, L. *Suspensión y sustitución de las penas*, cit., pág. 90.

La STC 209/93, de 28 de junio se muestra proclive a no extender la suspensión a las penas accesorias¹⁷⁶. Entre la doctrina, partidarios de esa opinión son, igualmente, García Arán¹⁷⁷, Llorca Ortega¹⁷⁸ o García San Martín¹⁷⁹.

En la misma línea, la STS 950/1999, de 19 de julio confirma el fallo de la AP de Murcia, que desestimó el recurso de súplica contra el auto por el que se había acordado la suspensión de la pena, exclusivamente en relación con la privativa de libertad y no la accesoria de suspensión de cargo público.

Silva Sánchez¹⁸⁰ critica que se suspenda una pena de prisión por evitar su efecto desocializador y, en cambio, no se suspenda la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión que, por ejemplo, se deriva de la aplicación del artículo 142 CP, pues entiende el autor que el ejercicio de la profesión u oficio es un medio ideal de resocialización.

No compartimos la opinión de Silva por dos razones: la primera, porque que se evite la prisión por su efecto desocializador implica que el individuo no corre entonces peligro de desocializarse, motivo por el cual no necesita tampoco socializarse mediante el trabajo; la segunda, porque la pena accesoria que implica la prohibición de ejercer la profesión u oficio va ligada a un delito cometido con ocasión de la misma y no debe olvidarse que el reo ha sido condenado por algo que hizo mal en el desempeño de dicha profesión u oficio y causó un perjuicio a terceros, motivo que refuerza

¹⁷⁶ En la jurisprudencia menor, el AAP de Huelva (Sección 1ª) 66/2005, de 2 de junio.

De igual modo, fuera de la jurisprudencia pero con no menos importancia, la Circular 1/05, de 31 de marzo, de la FGE.

¹⁷⁷ García Arán, M. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad*, cit., pág. 103.

¹⁷⁸ Llorca Ortega, J. “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad”, *Estudios de Derecho Judicial*, Cendoj, 1996.

¹⁷⁹ García San Martín, J. *La suspensión de la ejecución y sustitución de las penas*, Dykinson, Madrid, 2012, pág. 24.

¹⁸⁰ Silva Sánchez, J.M. “La suspensión condicional de la ejecución de la pena principal privativa de libertad y la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio”, *Actualidad Penal* nº XXXIX, La Ley, Madrid, octubre de 1999.

la necesidad de adoptar alguna medida, con independencia de que se entienda que la prisión no es la más conveniente por su efecto pernicioso.

No obstante lo dicho, comprendemos la opinión del autor en cuanto da al trabajo la importancia resocializadora que sin duda tiene, pero creemos que debe pasar a un segundo plano, máxime cuando no se está privando al condenado del derecho a trabajar sino de hacerlo en la profesión u oficio con ocasión del cual ha delinquido.

Es por eso mismo que la jurisprudencia diferencia entre la “imprudencia cometida por un profesional” y la “imprudencia profesional”, siendo esta última la caracterizada por el mal desempeño de la *lex artis* y la que da lugar a la imposición de las penas accesorias de inhabilitación profesional.

Para Llorca Ortega, como decíamos antes, la suspensión no puede alcanzar a las penas accesorias porque el Código Penal solo habla de la suspensión de las penas privativas de libertad y las accesorias no tienen esta naturaleza pero, además, porque la accesoriedad solo juega a la hora de imponer la pena y, una vez impuesta, la pena accesoria tiene vida propia, pudiendo suspenderse la principal y no aquella.

García Arán, también antes citado dentro del mismo sector doctrinal y de forma muy similar, opina que las penas accesorias gozan de autonomía de modo que no tienen que seguir por fuerza el destino de la pena principal, además de no ser privativas de libertad.

Una sola es la excepción a esta regla, la que establece el artículo 80.4 CP para casos de enfermedad grave con padecimientos incurables y que permite la suspensión de cualquier pena impuesta.

En sentido contrario a los autores citados, encontramos a Mapelli Caffarena¹⁸¹, partidario de que la suspensión de la principal arrastre la de las accesorias, teniendo en cuenta además que el mantenimiento de estas se convierte en un “obstáculo para normalizar la vida civil del condenado”.

También comparten la misma postura Sánchez Yllera¹⁸² o, en el Derecho comparado, el Código Penal italiano, donde las penas accesorias también se benefician de la suspensión.

Puente Segura¹⁸³ sostiene que la suspensión debe alcanzar a las penas accesorias, esgrimiendo argumentos como la derogación del Código Penal de 1973, cuyo artículo 97 sí excluía la misma (aunque hemos de puntualizar que solo lo hacía para la suspensión del derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público), o el carácter accesorio y dependiente de la pena accesoria respecto de la principal.

Pese a que somos en general partidarios de que las penas accesorias deben seguir la misma suerte que la principal por propios principios básicos del Derecho, creemos que debería estudiarse en cada concreto caso ya que la suspensión se concede, normalmente, sujeta a condición y podría entenderse que la aplicación de determinadas consecuencias accesorias operase como una medida afflictiva de menor entidad o a modo de sustitutivo de la pena suspendida, aunque tuviese difícil encaje la suspensión con la sustitución en ese caso. Penas accesorias como la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo no nos parecen desaconsejables, pues no hay que olvidar que el reo está sometido a prueba y no es una persona ejemplar sino alguien que ha sido condenado, por más que se le haya suspendido el ingreso en prisión, la localización permanente o la responsabilidad personal subsidiaria a que alude el artículo 53 CP.

¹⁸¹ Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 124.

¹⁸² Sánchez Yllera, I. *Comentarios al Código penal de 1995*, Dir. Tomás Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 479.

¹⁸³ Puente Segura, L. “La suspensión ordinaria de la ejecución del fallo”, *La Ley* n° 11.665, 2011.

En cambio, la suspensión de empleo o cargo público puede acarrear al reo quebrantos económicos y familiares y solo se justificaría en casos extremos, por su gravedad, vinculada sin duda a un delito cometido con ocasión del ejercicio de dicho empleo o cargo, como es obvio. En ese sentido, AAP de Madrid (sección 6ª), de 24 de julio de 2008.

Por tanto y en síntesis, la mayoría de la jurisprudencia y doctrina se inclina por considerar que las penas que pueden suspenderse son las privativas de libertad, sin que alcance el beneficio al resto de penas ni consecuencias accesorias que hayan sido impuestas, con la salvedad del artículo 80.4 CP.

Sin embargo, la regla general es que las penas accesorias sigan la suerte de la principal por así tenerlo establecido desde hace tiempo el Tribunal Constitucional, siendo lo contrario la excepción (AATC de 6 de julio de 2015, 24 de julio de 2001 y 31 de mayo de 1999).

1.1.2.- Responsabilidad civil.

No parece que exista discusión al respecto de la exclusión de la responsabilidad civil, a la que ayudaba la claridad del anterior artículo 80.3 CP y hoy el menos expreso 80.2.3ª CP, si bien hemos de puntualizar que, en el anterior Código Penal de 1973 no se exigía tener satisfecha la misma como condición previa a acordar la suspensión, siendo introducida como tal en el Código Penal de 1995, en aras de satisfacer a las víctimas o perjudicados y evitando una suspensión cuasi automática en los casos de delincuencia primaria dentro de los límites temporales de la pena establecidos, cuestión que ya fuera criticada en su día (Juanes Peces¹⁸⁴ o Llorca Ortega¹⁸⁵, entre otros).

¹⁸⁴ Juanes Peces, A. “Suspensión de condena y sustitución de las penas privativas de libertad en el ámbito castrense”, Derecho y Proceso penal nº 19/2008, Aranzadi, Pamplona, 2008.

¹⁸⁵ Llorca Ortega, J. “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad”. Estudios de Derecho Judicial, Cendoj, 1996:

De hecho, la STC 14/1988, de 4 de febrero, rechazó que la remisión condicional se hiciera depender del pago de las responsabilidades civiles.

1.2.- Que las penas no sean superiores a dos años.

Dentro de la suspensión ordinaria, el artículo 80.2.2ª del Código Penal establece como uno de los requisitos para su concesión, *“que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa”*.

Aunque puede suponer una reiteración del art. 80.1, lo cierto es que el tenor de este art. 80.2.2ª no fue siempre así y tiene importancia autónoma desde que permite acumular varias penas que, aunque por separado no superen los dos años, conjuntamente sí lo hagan.

También es importante reparar en que el Código, hasta el 30 de septiembre de 2004, permitía considerar la suma de las impuestas *“en una misma sentencia”*, habiendo desaparecido dicha referencia hace tiempo, de modo que nada impediría la suma de las penas impuestas en sentencias distintas.

Este requisito queda exceptuado en los tres supuestos extraordinarios de los epígrafes 3, 4 y 5 del mismo artículo 80 CP, como se estudiará en cada concreto caso, obedeciendo a motivos humanitarios y de política criminal.

Una versión anterior del artículo 81, la que entró en vigor el 24 de mayo de 1996 y se mantuvo hasta el 30 de septiembre de 2004, contenía una diferente dicción del precepto: *“que la pena impuesta, o la suma de las*

“(…) la condena condicional había degenerado en un acto sistemático de perdón judicial, esto es un medio de impunidad de los delitos y de comodidad de los órganos judiciales”.

impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años de privación de libertad”, mudando a partir del 1 de octubre de 2004 a la versión que establecía “*que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa*”, casi idéntica a la vigente.

También en aquella versión del Código y como cuestión que suscitó debate en su día, el artículo 80.1 CP, en su redacción vigente entre el 24 mayo 1996 y el 30 septiembre 2004, hablaba de “*penas privativas de libertad inferiores a dos años*”, de forma tal que, ceñidos a su literalidad, parecía quedar claro que las penas de dos años no podían ser acreedoras del beneficio, ya que la norma hablaba de las que no alcanzasen ese límite, así que fue causa de frecuentes problemas de interpretación al no quedar claro si la voluntad del legislador era excluir del instituto de la suspensión a las penas exactas de dos años, máxime teniendo en cuenta que muchas veces las penas quedan fijadas en intervalos de años o meses -y es más difícil encontrar condenas a penas de un año, once meses y algunos días- que condenas a penas de un año y seis meses o de dos años. Claramente podemos pensar que fue un lapsus, aunque se tardó ocho años en subsanarlo.

Pensando, sin ir más lejos, en los juicios rápidos y la ventaja que ofrecen al beneficiarse el reo de una rebaja de un tercio de la pena, todos aquellos delitos que tuviesen una pena mínima de tres años, con esta rebaja quedarían en dos y, de aplicar a rajatabla la anterior dicción literal del artículo 80.1 CP, no cumplirían el requisito temporal para obtener la suspensión de la ejecución.

Lo que sucedía entonces, con los Juzgados y Tribunales más beneficiosos, era que se adoptase una interpretación del artículo 80.1 junto con el 81.2 CP que sí hablaba (y sigue hablando el actual 80.2.2^a) de que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no fuese superior a dos años.

Cuando la suma de las penas impuestas superase los dos años pero se optase por sustituir una de ellas, rebajando así dicho límite se estaría ante un fraude jurisprudencial (Almenar Berenguer¹⁸⁶).

En Alemania, se parte de la suspensión en aquellas penas privativas de libertad no superiores a un año, siendo entonces de carácter obligatorio y no discrecional, estableciéndose como especial la suspensión de aquellas que no pasen de dos, donde ya es facultativo y, en este caso, se exige atender también al esfuerzo del reo por reparar, así como a la apreciación conjunta del hecho y la personalidad del condenado (art. 56 de su Código Penal).

Volviendo a nuestro vigente Código Penal, y conforme a la literalidad del artículo, nada impide que puedan tenerse en cuenta no solo la pena o penas impuestas en una misma sentencia, a las que Llorca Ortega¹⁸⁷ denomina “unidad penológica”, que perfectamente pueden (más bien, deben) ser sumadas, sino que podrían sumarse también las impuestas en distintas sentencias siempre que no se hallasen prescritas. Podría, incluso, considerarse la posibilidad de sumar una pena ya cumplida, si todavía no se hubiese cancelado el antecedente.

El Proyecto de Código Penal de 1980¹⁸⁸ (que no llegó a ver la luz por un cambio de Gobierno) apuntaba a un límite temporal menor, al permitir únicamente la suspensión de penas privativas de libertad de hasta doce meses.

Respecto del límite de dos años fijado ya en su día, hubo voces críticas que solicitaban su elevación y parece que el legislador se ha hecho eco -aunque sea a medias- de su propuesta, al incorporar la suspensión

¹⁸⁶ Almenar Berenguer, M. “Apuntes sobre algunos problemas prácticos que suscita la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, con especial referencia a la incidencia de las últimas reformas de la parte general del Código Penal”, Diario de Jurisprudencia El Derecho nº 2.272, año 2006.

¹⁸⁷ Llorca Ortega, J. “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad”, Estudios de Derecho Judicial, Cendoj, 1996.

¹⁸⁸ Proyecto de Código Penal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de enero de 1980.

extraordinaria del artículo 80.3 CP. Entre esos autores se encuentran Suárez-Mira Rodríguez¹⁸⁹, que planteaba la conveniencia de que dicho límite se ajustase al de las penas menos graves, esto es a cinco años y Puente Segura¹⁹⁰ que, además de proponer la ampliación del límite también de dos a cinco años en la suspensión ordinaria, pretendía hacerla extensiva a penas de cualquier naturaleza y no solo a las privativas de libertad. Nos parece que la elevación de dicho límite es más acorde con la necesidad de conceder una segunda oportunidad al reo que cometió un delito de poca gravedad.

Lejos quedó, afortunadamente, aquel proceder criticado por Marín de Espinosa¹⁹¹ por el que, con no poca frecuencia, se condenaba al acusado a una pena de dos años y un día para evitar tener que motivar, en clarísima vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, el porqué de la denegación del beneficio de suspensión.

Como apunta Ayuso Castillo¹⁹², la elevación de las penas mínimas en los delitos contra los derechos de los trabajadores supuso la imposibilidad de beneficiarse de la suspensión en muchos casos al sobrepasar los dos años, de forma especial cuando la acción imprudente ocasione dos o más muertes.

¹⁸⁹ Suárez-Mira Rodríguez, C; Judel Prieto, A; Piñol Rodríguez, J.R. *Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en Manual de Derecho Penal*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, pág. 481.

¹⁹⁰ Puente Segura, L. *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.

¹⁹¹ Marín de Espinosa Ceballos, E. “Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código penal de 1995”, *Actualidad penal* núm. 35, La Ley, Madrid, 2000, pág. 754.

¹⁹² Ayuso Castillo, A. “Evolución de la aplicación de la normativa penal sobre siniestralidad laboral”, *Diario de Jurisprudencia El Derecho* núm. 2.417, 4 de junio de 2007. Citamos literalmente:

“En caso de concurrir (concurso ideal) en un mismo hecho un homicidio imprudente junto a un delito contra los derechos de los trabajadores, con tal de que la pena efectivamente impuesta no sea inferior a la pena mínima legalmente prevista para cada infracción, (dos años de prisión y seis meses de prisión), parece asegurada también la exclusión de la suspensión de ejecución de pena; y difícilmente en delitos de esta índole la imposición de pena por debajo del mínimo legal puede darse (ello requiere o dos atenuantes o una muy cualificada o una exigente incompleta)”.

1.2.1.- Suma de penas distintas.

El Código actual es, en este concreto aspecto de la suspensión, bastante drástico y empeora anteriores previsiones ya que, como hemos apuntado, la versión de 1996 se refería a las penas impuestas en una misma sentencia mientras que ahora -en realidad desde octubre de 2004 en que se modificó en perjuicio del reo- es posible la suma de penas impuestas en sentencias distintas si se atiende a la literalidad del precepto. Con ello, dos sentencias dictadas por un mismo o distinto Juzgado o Tribunal podrían sumarse para impedir la concurrencia del requisito.

No puede ser computada, sin embargo, la pena derivada del impago de multa (art. 80.2.2^a)¹⁹³. En ese sentido, Almenar Berenguer¹⁹⁴ y, en Derecho comparado, Caringella¹⁹⁵.

Queda fuera de duda que, al excluirse la responsabilidad subsidiaria derivada del impago de multa del cómputo, la referencia es únicamente a penas privativas de libertad, debiendo descartarse también la suma de otras de distinta naturaleza. Sin embargo, nada se dice de la pena de localización permanente, de modo que ha dado lugar a que algún Juzgado o Tribunal sí la sume, con sus negativos efectos para el reo¹⁹⁶. En contra de esta opinión, autores como García San Martín¹⁹⁷.

Con base en esa suma, encontramos resoluciones como el AAP de Madrid (Sección 27^a) 1152/2012, de 13 de agosto, que deniega la suspensión en un caso en que el penado fue condenado a dos penas de prisión inferiores a dos años pero que, sumadas, excedían de dicho plazo.

¹⁹³ AAP de Sevilla de 10 de septiembre de 2012.

¹⁹⁴ Almenar Berenguer, M. “Apuntes sobre algunos problemas . . . , cit.

¹⁹⁵ Caringella, F.; Della Valle, F.; De Palma, M. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2009, pág. 1.298.

¹⁹⁶ Así, el APP de Girona (Sección 3^a), de 1 de abril de 2005; AAP de Guipúzcoa (Sección 1^a), de 13 de octubre de 2008; AAP de Madrid (Sección 23^a), de 16 de septiembre de 2008; AAP de Cádiz (Sección 8^a), de 31 de marzo de 2006.

¹⁹⁷ García San Martín, J. “Presupuestos de la suspensión ordinaria de la ejecución de las penas”, Revista La Toga núm. 180, Colegio de Abogados de Sevilla, noviembre-diciembre 2010.

Llorca Ortega plantea la posibilidad de que, en algunos casos donde se hayan Juzgado juntos delitos carentes de conexidad, se estuviera perjudicando al reo si, de juzgar separadamente, se atendiese al criterio de no sumar las penas impuestas en distintas sentencias para acceder a la suspensión en caso de que ninguna de ellas superase el límite legal.

Conforme a la actual versión del Código Penal –ahora en el artículo 80.2.2ª- nos parece que se debe seguir exigiendo que la suma de las penas impuestas no exceda del límite temporal de dos años, sin permitirse la suspensión de penas que, aisladamente, no excedan del mismo pero, conjuntamente, sí lo sobrepasen. Así se confirma, a nuestro juicio y a la vista de la excepción ya mencionada que establece el artículo 80.3, que permite suspender la ejecución aun cuando no concurra el hecho de ser delincuente primerizo y la suma de las penas impuestas sea superior a los dos años porque, en este caso, siempre que no se trate de reos habituales y valorando sus circunstancias personales, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo por reparar el daño causado, se puede conceder la suspensión de igual modo aunque con la imposición de determinadas condiciones:

-La reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado, conforme a sus posibilidades físicas y económicas o al cumplimiento del acuerdo alcanzado en una mediación entre las partes. Véase que son alternativas, no concurrentes, pero en definitiva, dirigidas a la satisfacción de la responsabilidad civil.

-Concurrente con la anterior, se impondrá siempre una de las medidas a que se refiere el artículo 84.1.2ª o 3ª, que consisten en el pago de una multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

Por tanto, como novedad se podrán suspender penas superiores a dos años valorando todas las circunstancias antes apuntadas, algo que hasta hace poco solo era posible en casos de drogodependencia o alcoholismo (anterior artículo 87CP) o cuando el reo padecía una enfermedad grave con padecimientos incurables (80.4CP).

En los casos en que se produce un indulto parcial, habrá que estar a la duración de la pena resultante tras el indulto para ver si la misma entra dentro de la posibilidad de suspensión¹⁹⁸.

2.- QUE EL CONDENADO HAYA DELINQUIDO POR PRIMERA VEZ.

Para comenzar, hay que tener presente que la expresión “delinquir por primera vez” no equivale a “delinquir una sola vez” (STS 22 de mayo de 1963).

Otro de los requisitos que deben cumplirse para la concesión de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad es que el reo no haya delinquido con anterioridad (art. 80.2.1ª CP), si bien el precepto no debe entenderse de forma literal, por lo que diremos¹⁹⁹.

Ya la Consulta de la FGE 4/1999, de 17 de septiembre, establecía que *“para denegar la suspensión de condena por incumplimiento del primer requisito del artículo 81 no basta con que una persona haya realizado un hecho que revista los caracteres de delito, sino que es necesaria la existencia de una sentencia penal firme condenatoria que así lo declare”*.

Para el legislador, la aplicación de un instituto excepcional como la suspensión, que quiebra el principio de ejecución de las sentencias

¹⁹⁸ Sánchez Yllera, I. *Comentarios al Código penal de 1995*, Dir. Tomás Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 478.

¹⁹⁹ Para De la Mata Barranco, si el reo hubiese delinquido con anterioridad mas no se le hubiese advertido entonces de que se le ofrecía una posibilidad de no ingresar en prisión a cambio de no volver a delinquir, no debe tenerse en cuenta la primera comisión delictiva a efectos de denegar la suspensión, sino comenzarse a contar como primera aquella en que se le haga tal advertencia.

De la Mata Barranco, N.J.; Hernández Díaz, L. “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad: algunos problemas de la práctica judicial (con especial referencia al cómputo de los plazos)”, *Revista General de Derecho Penal* nº 16, 2011.

encargado a Jueces y Tribunales (artículo 117.3 CE), no puede ser una cuestión sin importancia, ni de automática aplicación, pues ello haría perder toda finalidad a la pena impuesta.

Se trata de una condición vinculada a la razón de ser del beneficio, que trata, como decíamos, de evitar los posibles efectos corruptores que la vida carcelaria puede tener sobre el delincuente primerizo. Es por ello que, de no ser un delincuente primerizo, no ha lugar a la concesión puesto que, con el ingreso en prisión, no se estaría exponiendo al reo a dichas consecuencias.

Sin embargo, una excepción a este efecto corruptor la contiene el propio art. 80.2.1ª CP, cuando deja de lado la consideración de los antecedentes penales cancelados o que debieran haberlo sido por virtud del art. 136 CP. Quiere ello decir que no es decisivo el no haber estado en prisión desde el momento en que no computa un paso por la misma del que ya no quede, o debiera quedar, huella administrativa.

Como nos dice la SAP de Las Palmas (Sección 1ª), de 6 de junio de 2014, se ha de tener presente que no basta la simple constatación de que el penado cometió con anterioridad un delito, sino que es preciso comprobar que los antecedentes penales por anteriores delitos no están ni debían estar cancelados en el momento de cometer el delito por el que se le impuso la pena que se trata de ejecutar. Así, la vigencia de los antecedentes penales, a los efectos de resolver sobre la suspensión, deberá valorarse en la fecha de comisión del delito objeto de la misma y no cuando deba resolverse sobre la suspensión, pues solo de esa forma se cumplirá con el fundamento de esta institución, pensada para el delincuente primerizo o con antecedentes penales cancelados o cancelables en la fecha en que comete el nuevo delito.

Como nota histórica, el Código Penal de 1928 fue el único que estableció un elenco de delitos que no podían beneficiarse de la suspensión,

entendemos que por motivos de política criminal. Son aquellos que se determinaban en su artículo 187²⁰⁰.

El requisito de no haber delinuido con anterioridad solo es exigible para la suspensión ordinaria, quedando eximida su concurrencia en los supuestos de suspensión extraordinaria de los epígrafes 3, 4 y 5 del artículo 80 CP.

De hecho, con la modificación de 2015, ya no es tan importante el historial pasado del reo, sino que se pone la mirada en su expectativa de comportamiento futuro, sobre todo teniendo en cuenta que la comisión de determinados delitos no implica una tendencia a delinquir²⁰¹.

Como decíamos, el artículo 80.2 exige que el reo haya delinuido por primera vez, si bien de inmediato se contiene un detalle que puntualiza dicho requisito, en concreto que *“no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136”*. De igual modo, establece que *“tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza y circunstancias carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros”*.

²⁰⁰ Citamos el artículo debido a su antigüedad:

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

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

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

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

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

5º Los de falsedad en documentos públicos y privados”.

²⁰¹ Goyena Huerta, J. “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código Penal de 2015”, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, nº 38, 2015.

2.1.- Anteriores condenas por delitos imprudentes o delitos leves.

A la hora de considerar si el reo es delincuente primerizo se excluyen claramente las posibles condenas que le hubiesen sido impuestas por delitos imprudentes o leves. La consideración al delito leve resulta de la LO 1/2015 que ha hecho desaparecer las faltas del Código Penal, tipificándose ahora como delitos leves algunas de las conductas que en ellas se recogían como faltas. Por ello, la distinción entre delito y falta, con la modificación del Código Penal, introducida por la referida LO 1/2015, pierde sentido al desaparecer aquellas.

La anterior regulación del precepto solo hablaba de condenas por delitos imprudentes, sin mención a los “delitos leves”, que traen causa de la reforma mencionada. Hemos de traer a colación el apunte de Berdugo y Gómez de la Torre²⁰², cuando afirma que en casos de delitos de imprudencia temeraria conduciendo vehículos a motor, en los que concurría también conducción etílica, la mayoría de la doctrina se inclinaba por afirmar que esta circunstancia excluía la consideración de no haber delinquirido con anterioridad. Dicho más claramente, se entendía que por darse este concurso de delitos, ya no podía considerarse que el reo no hubiera sido condenado con anterioridad.

Aunque la cuestión de las condenas por faltas al tiempo de considerar la primeridad delictiva con la anterior regulación fue deviniendo una cuestión pacífica, no siempre fue así. Sin necesidad de remontarnos a tiempos remotos, Ayo Fernández²⁰³ -en su obra de 1997- ya se planteaba la imposibilidad de considerar a un reo delincuente primerizo si había sido condenado previamente por una falta, salvo que la misma hubiese sido imprudente (art. 621 CP), pues si se excluye lo más –esto es, el delito imprudente- se ha de excluir lo menos. Y salvo, claro está y aunque no lo diga el autor, cuando dicho antecedente hubiera sido cancelado o debiera serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 CP.

²⁰² Berdugo y Gómez de la Torre, J.R. “Alternativas a las penas de prisión. La libertad Condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 63 CP”, Cuaderno Derecho Judicial NºIII, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

²⁰³ Ayo Fernández, M. *Las Penas, Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 106.

En sentido contrario se manifestaban otros (García Arán²⁰⁴, Vidal Castañón²⁰⁵, Llorca Ortega²⁰⁶, García San Martín²⁰⁷, Berdugo y Gómez de la Torre²⁰⁸ o Mapelli Caffarena²⁰⁹), para quienes las faltas no eran computables a los efectos de impedir la concurrencia del requisito de primeridad delictiva.

O, como nos parece interesante, aprovechamos para citar la obra de Maqueda Abreu²¹⁰, con alusión al dictamen de la Comisión sobre el Proyecto Armada y Losada de 1907, concretamente en la sesión de 25 de febrero de 1908, donde se planteó ya la pregunta acerca de si delinquía con anterioridad el que hubiese cometido una falta, respondiéndose a la misma en sentido negativo.

Es obvio que la exclusión de los delitos imprudentes obedece a una consideración pietista y de política criminal, al faltar en su comisión el “dolo”, de modo que quien comete un delito imprudente lo hace sin voluntad de delinquir²¹¹, de una forma accidental o culposa. Sin excluir el reproche penal por la consecuencia derivada de su falta de diligencia, no parece justo que sufriera el plus de que dicha condena por imprudencia pudiese operar a posteriori como impedimento para la concesión de la suspensión ante un delito que no tuvo voluntad de cometer, siempre que se cumplan el resto de requisitos.

²⁰⁴ García Arán, M. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 105.

²⁰⁵ Vidal Castañón, A. *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad: análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor*, Bosch, Barcelona, 2006, págs. 32 y 60.

²⁰⁶ Llorca Ortega, J. “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad”, *Estudios de Derecho Judicial*, Cendoj, 1996.

²⁰⁷ García San Martín, J. “Presupuestos de la suspensión ordinaria de la ejecución de las penas”, *Revista La Toga* núm. 180, Colegio de Abogados de Sevilla, noviembre-diciembre 2010.

²⁰⁸ Berdugo y Gómez de la Torre, J.R. “Alternativas a las penas de prisión...”, cit.

²⁰⁹ Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Navarra, 2011, pág. 129.

²¹⁰ Maqueda Abreu, M.L. *Suspensión condicional de la pena y probation*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pág. 92.

²¹¹ Juanes Peces, A. “Suspensión de condena y sustitución de las penas privativas de libertad en el ámbito castrense”, *Derecho y Proceso penal* n° 19/2008, Aranzadi, Pamplona, 2008.

En idéntica consideración, la referencia a los delitos leves, en este caso por su escasa entidad y, obviamente, como refiere García San Martín²¹², porque no tendría sentido excluir los delitos imprudentes y no las faltas (hoy delitos leves), de menor gravedad a pesar de existir el conocimiento y voluntad integrantes del dolo.

2.2.- Antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

El legislador equipara a aquellos delincuentes cuyos antecedentes penales ya han sido cancelados o debieran serlo conforme al artículo 136 con los delincuentes primerizos, sin duda porque entiende que aquellos ya han sido rehabilitados. Aunque pudiera parecer un agravio comparativo, no ha de olvidarse que las penas tienen un fin reinsertivo y resocializador y que con ello se cumple el mandato del artículo 25.2 CE, no pudiendo los antecedentes penales cancelados constituir un estigma perpetuo para nadie.

La referencia a los antecedentes penales que debieran haber sido cancelados tiene fácil explicación ya que es frecuente que éstos, al igual que los policiales, queden en el correspondiente registro (los penales en el Central de Penados y Rebeldes) aún cumplido el tiempo de vigencia, simplemente porque el borrado no es automático y posiblemente se da poca importancia a esta tarea, por un lado confiados en que Jueces y Tribunales realizan en todo caso el cómputo para averiguar si son susceptibles de ser cancelados administrativamente, a pesar de no haberlo sido y, por otro, por la saturación de la Administración. En definitiva, se trata sin más de una cuestión burocrática sin mayor importancia, que no puede impedir la concesión de la suspensión al poder ser resuelta con un simple cómputo de fechas.

²¹² García San Martín, J. “Presupuestos de la suspensión ordinaria de la ejecución de las penas”, cit.

Igual tratamiento deben tener los antecedentes penales por conductas que hayan sido destipificadas como delito²¹³.

2.3.- Momento a considerar la concurrencia de primeridad delictiva.

Una cuestión importantísima, sin duda, es la determinación del momento en que se ha de valorar el segundo hecho delictivo, a efectos de entender que existe o no primeridad delictiva y, por tanto, que puede ser concedido el beneficio si concurren el resto de condiciones.

Esta cuestión, hoy bastante pacífica, no lo ha sido a lo largo de la historia, principalmente porque la propia regulación, desde 1908 hasta hoy, no siempre se mantuvo invariable ni fue lo suficientemente clara al respecto. Pero, fundamentalmente, porque ante la falta de claridad de la Ley, ha quedado en manos de los Tribunales el desarrollo del precepto dando lugar a diferentes tesis durante todo ese tiempo.

En un principio, la Ley de Condena Condicional en su artículo 2º se limitaba a establecer “*que el reo haya delinquido por primera vez*”, lo cual podía dar lugar a interpretaciones muy dispares y más o menos perjudiciales para el reo como, por ejemplo, que se llegase a exigir no haber sido condenado jamás con anterioridad para ser acreedor del beneficio, dejando de lado que los antecedentes penales hubiesen sido cancelados.

Así se mantuvieron los Códigos Penales de 1928, 1932 y 1944, hasta que el de 1973 estableció en su artículo 93.1ª:

²¹³ Colmenero Menéndez de Luarca, M. “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003”, Cuadernos de Derecho Judicial, Cendoj, año 2005.

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

El de 1995, en su artículo 81.1ª en su primigenia versión, vino a decir más o menos lo mismo aunque no se limitaba el número de condenas imprudentes previas:

“Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código”.

La actual versión, vigente desde el 1 de julio de 2015, reproduce el anterior párrafo para añadir al mismo lo que al inicio de este capítulo citábamos y que obedece a razones de política criminal:

“Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza y circunstancias carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros”.

El principio de presunción de inocencia implica que, en tanto no haya pronunciamiento judicial firme, no puede entenderse que nadie haya cometido un delito²¹⁴ (Mapelli Caffarena²¹⁵, García Arán²¹⁶, Colmenero

²¹⁴ STS 2134/1994, de 7 de diciembre.

²¹⁵ Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 128.

²¹⁶ García Arán, M. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad*, cit., pág. 105.

Menéndez de Luarca²¹⁷, Vidal Castañón²¹⁸ o Suárez-Mira Rodríguez²¹⁹ o los criterios de la Junta de Presidentes de las Audiencias Provinciales de Cataluña de 2010²²⁰), de modo que no pueden considerarse, a efectos de determinar si el reo es delincuente primerizo, aquellas condenas que no son firmes y solo las que lo sean podrán impedir la concesión del beneficio en cuanto a este criterio se refiere. Hay que tomar como referencia el momento en que se comete el nuevo delito y no el de decidir sobre la suspensión, siendo esta la postura cuasi unánime.

En el pasado, además de barajarse el momento de la comisión del delito, o el de realización del hecho si se prefiere llamar así, también entraban en liza el del dictado de la sentencia o el de la decisión acerca de la concesión o no de la suspensión. Autores, como García San Martín²²¹, han afirmado que el momento en que se comete el hecho depende de la voluntad del sujeto mientras que los otros dos lo hacen de terceros, fundamentalmente del órgano judicial.

Particularmente, compartiendo la postura anterior, creemos también que si se considerase el momento de decidir, siempre posterior como es lógico al de la comisión del delito, sería en general más perjudicial para el reo porque es posible que la sentencia por delito anterior, que al tiempo de cometer el nuevo podría no existir o, existiendo, no ser firme, sí podría haber alcanzado firmeza al momento de resolver sobre la suspensión. En cambio, serán menos los casos en que dicho plazo de tiempo -el que media entre la comisión del delito y la decisión sobre la suspensión de la ejecución- opere en favor del reo, porque en dicho lapso se haya llegado a cancelar el antecedente penal.

²¹⁷ Colmenero Menéndez de Luarca, M. “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003”, cit.

²¹⁸ Vidal Castañón, A. *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad: análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor*, Bosch, Barcelona, 2006, pág. 30.

²¹⁹ Suárez-Mira Rodríguez, C; Judel Prieto, A; Piñol Rodríguez, J.R. *Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en Manual de Derecho Penal*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, pág. 479.

²²⁰ Audiencias Provinciales de Cataluña. “Jornadas en Caldes d'Estrachs del 12 y 13 de mayo de 2010”.

²²¹ García San Martín, J. “Presupuestos de la suspensión ordinaria de la ejecución de las penas”, Revista La Toga núm. 180, Colegio de Abogados de Sevilla, noviembre-diciembre 2010.

Sin embargo, no han faltado planteamientos contrarios, como el del AAP de Valencia de 14 de diciembre de 2004, que deniega la suspensión a pesar de concurrir el requisito de primeridad delictiva, al entender que concurre la peligrosidad criminal por tener el reo otra condena al momento de decidir sobre la suspensión, que le fue impuesta después de cometer el delito respecto del cual se deniega el beneficio²²². En definitiva, representa una forma de zafarse de la cuestión, si bien porque lo permite la Ley al dar dos opciones de considerar si se concede el beneficio a alguien que ha delinquido: a) ex ante, cuando el delito ya había sido sentenciado al tiempo de cometer aquel sobre cuya suspensión se decide; b) ex post, cuando no había sentencia condenatoria al tiempo de cometer el delito sobre cuya suspensión se decide, pero aparece entre este momento y el de la decisión, en cuyo caso se valora como peligrosidad criminal.

Cierto es que hablamos de cosas distintas, primeridad delictiva frente a peligrosidad criminal o como quiera llamársele al haber mudado su enunciación, pero que tienen, a nuestro juicio, un mismo tratamiento y dan lugar únicamente a dos posibles consideraciones, la de los Juzgados y Tribunales partidarios de la suspensión y la de los reticentes a la misma, cuestiones que cada vez son tratadas de forma más impersonal y burocrática al dejarse en manos de los Juzgados de ejecutorias.

La postura mayoritaria en doctrina y jurisprudencia entiende que tiene que existir una sentencia condenatoria firme en el momento en que se comete el delito cuya suspensión se ha de resolver, para denegar la misma pero no han faltado ni faltarán opiniones que se posicionen del lado de denegar el beneficio atendiendo a la otrora considerada “peligrosidad criminal” o, en la versión vigente, las circunstancias enunciadas en el art. 80.1 CP, a las que en muchas ocasiones no les faltará fundamento²²³.

²²² Goyena Huerta, J. “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código Penal de 2015”, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, nº 38, 2015.

²²³ Podemos pensar en los casos de delincuentes habituales en su estadio inicial, donde han cometido el primero de sus delitos (o al menos el primero por el que han sido juzgados) y cometen otro en el ínterin entre la firmeza de la sentencia primera y la decisión acerca de la suspensión, especialmente cuando son de idéntica naturaleza.

En sentido contrario, si no existe condena o esta no es firme, se cumple el requisito de primeridad delictiva. Si el delito se había cometido pero todavía no había sentencia firme y esta recae después de la suspensión, nada impide la misma, pues para ello debió haber recaído y adquirido firmeza antes de decidir sobre la concesión o no del beneficio.

Sabemos que es posible que así sea en muchas ocasiones por los distintos tiempos de los órganos jurisdiccionales, viniendo a juzgarse hechos anteriores años después de acordada la suspensión por otros posteriores y, para ello, juegan un papel importante las instrucciones sencillas y ágiles o los juicios de conformidad. Ello no impide que dicha circunstancia sea valorada por el Juzgado o Tribunal, conforme indica Tena Aragón²²⁴, por medio de la consideración de la antes llamada “peligrosidad criminal”, hoy atendiendo a las circunstancias que señala el párrafo segundo del artículo 80.1CP.

Por el mismo razonamiento, cuando se juzga -una vez concedida la suspensión- el delito cometido primeramente, también es posible que se deje en suspenso la ejecución de esta pena porque, cuando se cometió el delito, el reo era primerizo y en dicha consideración no puede ser tenido en cuenta el hecho de que, al tiempo de resolver sobre la suspensión, ya exista otra condena firme, puesto que lo es por hechos cometidos después del delito cuya suspensión se resuelve.

Esta circunstancia ni siquiera puede ser tenida en cuenta para revocar la suspensión primeramente concedida ya que, para ello, es preceptivo que el delito que dé lugar a la revocación se cometa dentro del plazo de prueba y no antes ni después. En ese sentido y como curiosidad, el AAP de Barcelona 632/2006, de 26 de diciembre, que recoge un caso en que el Juez no tuvo en cuenta –quizá por descuido- la existencia de una sentencia condenatoria firme previa y concedió la suspensión, dándose cuenta a posteriori, no pudiendo revocarse la suspensión en ese momento por extemporánea ya que dicha circunstancia pudo operar para no conceder el beneficio, pero no para

²²⁴ Tena Aragón, M^a. F. “Suspensión y sustitución de penas en delitos de violencia de género”, Cuadernos Digitales de Formación, Cendoj, 2010.

revocarlo, al ser referida a un delito cometido con anterioridad a acordarse la suspensión y no durante la misma.

Por tanto, será considerado delincuente primerizo aquel sobre quien no haya recaído una sentencia condenatoria firme al tiempo de solicitar la suspensión, sin que computen:

- las condenas por delitos imprudentes;
- ni los antecedentes penales cancelados o que debieran estarlo;

- ni los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. En este sentido, ya se encontraban desde tiempo antes del cambio introducido por la LO 1/2015 abundantes precedentes jurisprudenciales²²⁵ similares al AAP de Sevilla (Sección 1ª), de 21 de septiembre de 2012²²⁶.

O el AAP de Barcelona (Sección 2ª) 631/2012, de 23 de julio, en el cual, a pesar de la existencia de otra ejecutoria pendiente al tiempo de cometerse el nuevo delito, se accede a la suspensión por entender que entre ambos (delito contra la seguridad vial y hurto) no existía la suficiente conexión como para efectuar un pronóstico de reiteración delictiva de la penada.

Sin embargo, no faltaron hasta hace pocos años las voces que se manifestaban en sentido contrario, entendiendo que el hecho de tener

²²⁵ AAP de Madrid (Sección 27ª) 1342/2012, de 18 de octubre; AAP de Pontevedra (Sección 2ª) 628/2012, de 18 de octubre; AAP de Madrid (Sección 27ª) 1286/2012, de 8 de octubre; AAP de A Coruña (Sección 1ª) 576/2012, de 21 de septiembre; AAP de Madrid (Sección 30ª) 588/2012, de 31 de julio; AAP de Pontevedra (Sección 2ª) 288/2012, de 9 de mayo; AAP de Madrid (Sección 16ª) 176/2012, de 8 de marzo.

²²⁶ “En primer lugar ha de advertirse que es delincuente primario aquel que al momento de perpetración de los hechos punibles de que se trata, no hubiere delinquirido con anterioridad, lo que supone una previa condena firme. En consecuencia, son la fecha de comisión de los hechos y la de la anterior sentencia firme, las que han de ser tomadas en consideración a los efectos del beneficio que nos ocupa”.

pendientes otras causas, aunque todavía no se hubiese dictado sentencia en las mismas, era motivo de denegación por concurrir en el sujeto el concepto de peligrosidad criminal (AAP de Murcia 138/2006, de 12 de diciembre; AAP de Barcelona 46/2009, de 4 de febrero).

Yéndose incluso a un extremo más opuesto, encontramos el AAP de Sevilla de 19 de octubre de 2012, que deniega la suspensión por la existencia de una sentencia condenatoria recaída con posterioridad a la comisión del nuevo delito, adoptando como argumento la peligrosidad criminal que representa el hecho de haber cometido otros delitos, a pesar de que no existiese sentencia firme condenatoria en el momento en que se cometió el segundo por el que se decide acerca de la suspensión y, por tanto, se estuviese en puridad ante un delincuente primerizo. No podemos compartir dicho argumento pues supone, en contra del reo, forzar una interpretación del concepto de peligrosidad criminal que podría llevar incluso a considerar un delito cuyos antecedentes penales se debiesen haber cancelado pero no constase administrativamente, tal como prevé el art.80.2.1ª CP, por el mero hecho de constatarse de igual modo que no es el primer delito que el penado cometió en su vida.

El vigente Código Penal ha despejado la cuestión acogiendo, sin duda, la tesis más beneficiosa para el reo y ya reproducida: no solo será necesario que exista un antecedente penal inscrito sino que, además, no cualquiera servirá de obstáculo a la concesión de la suspensión, lejos de interpretaciones como las recién apuntadas²²⁷.

²²⁷ Citamos dos fragmentos de sendos Autos judiciales en los que se considera que el momento en que debe existir sentencia firme para valorar la condición de delincuente primerizo es el de comisión del nuevo delito.

AAP de Gerona (Sección 3ª) de 16 de abril de 2008:

"a los precitados efectos significaremos que el momento que debe tomarse en consideración, a los efectos de determinar la condición de delincuente primario, no es aquel en el que se decide la suspensión, sino el de la fecha de comisión del nuevo hecho delictivo, única que es incontestable e inamovible, pues la primera depende de avatares incontrolables, entre ellos la diligencia del Juzgado instructor o la carga de trabajo del Juzgado enjuiciador, siendo, además, que cuando la propia norma desea que el cómputo de tiempo no se efectúe desde la fecha del delito lo declara expresamente, como ocurre en el caso de la consideración de una persona como reo habitual(artículo 94 del Código Penal), en donde se dice que para computar ciertos plazos, entre otros momentos, se

2.4.- Delitos con relevancia para valorar la probabilidad de comisión de otros futuros.

La nueva formulación del artículo 80.2 CP viene a introducir un concepto jurídico indeterminado y novedoso, ya que no existía en la versión del Código Penal anterior a 1 de julio de 2015 y que va a exigir un esfuerzo jurisprudencial para su aclaración, tal como indica Urbano Castrillo²²⁸, ya que la indefinición que deja el legislador es bastante importante si se piensa que no existe referencia alguna para establecer una relación entre un determinado delito y la propensión a cometer otros, al menos sin entrar en valoraciones contrarias al derecho a la presunción de inocencia.

El problema, en opinión de Goyena Huerta²²⁹, es que el legislador en lugar de establecer un catálogo de delitos dolosos no valorables a efectos de reincidencia, ha optado por incluir una cláusula excesivamente abierta que genera una situación de inseguridad, al no establecerse siquiera cuáles son los parámetros o criterios de los que el juez o tribunal debe deducir que un concreto antecedente penal es irrelevante para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

considerará el de posible suspensión o sustitución de la pena (véase en análogo sentido el Auto dictado por esta Sala en fecha 10-3-2005 en el Rollo de Apelación nº 1279-2004)”.

AAP de Castellón (Sección 1ª) 142/2012 de 5 de marzo:

“Ahora bien, con relación a qué momento se ha de comprobar la primeridad delictiva la única fórmula que garantiza la seguridad jurídica pasa por atender a la fecha de realización de la conducta sancionada con la pena que se trate de suspender, puesto que tanto la fecha de la sentencia como la del pronunciamiento de la ejecución pueden variar debido a factores completamente ajenos al sujeto; en especial, esta última puede ser inmediata a la condena o puede dilatarse por causas dependientes o no de la voluntad del interesado. En todo caso, es el historial del sujeto en función de la comisión de diversos delitos, ya sea antes o después de la comisión del delito cuya pena se pretende suspender, el argumento fundamental a tener en cuenta, o también cuando el penado tenga varios antecedentes penales anteriores, aunque no sean computables a efectos de reincidencia, pues reflejan su trayectoria delictiva y peligrosidad evidenciando un indudable pronóstico objetivo de peligrosidad futura”.

²²⁸ Urbano Castrillo, E. “La nueva regulación de la suspensión de las penas privativas de libertad”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 7/2015, Aranzadi, Pamplona, 2015.

²²⁹ Goyena Huerta, J. “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código Penal de 2015”, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, nº 38, 2015.

Con la introducción de la cláusula final del artículo 80.2.1ª, el legislador viene a posibilitar la concesión de la suspensión a reincidentes, de igual modo que lo hace el Derecho alemán, cuestión que merece favorable acogida si tenemos en cuenta que el penado puede contar con una condena anterior cuyos antecedentes no hayan sido cancelados todavía pero ser una persona nueva, totalmente resocializada (pensemos en delitos cometidos por la adicción a las drogas cuando después el individuo abandona las mismas y se adapta de nuevo a la sociedad perfectamente).

Así, ¿será quien cometió un delito de robo con fuerza empujado por la necesidad más proclive a cometer otros? ¿Lo será menos quien cometió delito de estafa o fraude fiscal? Creemos que ello puede dar lugar a consideraciones prejuiciosas en detrimento de determinados estratos sociales o individuos menos favorecidos pero, como decíamos, deberá ser la jurisprudencia la que vaya perfilando cuándo y qué delitos pueden determinar la propensión a la reiteración delictiva.

De otro lado, bien aplicado el precepto, nos parece muy acertado que se pueda conceder la suspensión al penado aun cuando tenga algún antecedente sin cancelar y ello porque en ocasiones hay personas que han sido condenadas por la aplicación automática de la Ley penal sin que exista en ellos propensión alguna al delito.

Por poner un ejemplo que abona mi postura favorable diré que, a pesar de que la prisión por deudas está proscrita, son relativamente frecuentes las condenas por delitos de impago de pensión de alimentos, sin que sirva para ello –ante algunos Jueces o Tribunales- como óbice la imposibilidad de hacer frente el alimentista a dicha obligación por falta de medios.

No dispensamos dicho deber, por su destinatario y por el hecho de que, al igual que el obligado, también el menor tiene que comer y vestirse a diario pero, en el camino, se olvida que hay situaciones dramáticas en que el progenitor se alimenta de la caridad sin disponer para ello de dinero, mientras que a él mismo no se le dispensa muchas veces esa opción (la de

entregar alimentos en especie), precisamente alegando esa falta de medios como inidónea para tener una custodia compartida²³⁰.

2.5.- Excepciones a la concurrencia del requisito de primeridad delictiva.

Conforme apuntábamos, el artículo 80 contiene, además de la suspensión ordinaria en que se exige al reo que no haya delinquirido con

²³⁰ La anterior reflexión tiene su origen en un asunto penal en que, como abogado en ejercicio, he tenido y tengo ocasión de intervenir y es relativo a un joven que tiene una hija menor, cuya custodia la tiene la madre de la menor.

En esas circunstancias, se estableció una pensión de alimentos a favor de la menor que el padre fue sufragando sin problemas mientras tuvo trabajo, llegando a abonar, si bien por propia voluntad, más cantidades de aquellas a las que por convenio se obligó en su momento.

Sin embargo, la crisis que comenzó a finales de 2007 y se mantiene hasta hoy ha pasado importante factura al alimentante, de tal modo que dejó de pagar la pensión de alimentos de forma paulatina, haciéndolo solo cuando tenía trabajo, dejando hecha mención al agotamiento de toda prestación o subsidio en estos años. Es decir, la situación del cliente pasaba por carecer del más mínimo ingreso, pasando a vivir de la caridad de su nueva pareja y el padre de esta, en cuya casa, vivía, comía y se vestía.

Ello, sin embargo, no fue obstáculo para que el Juzgado de lo Penal le condenase, heredando quien escribe estas líneas el asunto ya en fase de ejecución y cuando se había denegado la suspensión de la ejecución de la pena, apreciándose sin embargo la insolvencia formal del reo. Cerrada la vía del recurso, por haber transcurrido el plazo al anterior Letrado defensor sin ejercitarlo, solo cupo solicitar la sustitución de la pena de prisión, gracias a que sobre la misma no se había pronunciado de oficio el Juzgado de ejecutorias. El penado cumplió TBC, tras concederlos el Juzgado, pero las denuncias siguieron por parte de la progenitora custodia, por más que la situación del no custodio no había mejorado, siendo en sendos casos posteriores archivadas dos denuncias –en diferentes juzgados– al constatarse que el denunciado carecía del más mínimo recurso y que había solicitado además la modificación de medidas para poder dar de comer a su hija donde él lo hacía.

Este es un ejemplo de una situación repetida hasta la saciedad en estos años donde concurren personas que se desentienden de sus hijos y no se esfuerzan por hacerles llegar alimentos en sentido amplio y otras personas que, verdaderamente, viven situaciones penosas y sí lo hacen. Por ello, cada caso ha de ser estudiado detenidamente y muchas veces, por desgracia, ni los Jueces tienen tiempo de averiguar las circunstancias ni, es peor, los abogados hacen su trabajo como debieran para presentar las correspondientes pruebas de descargo, especialmente cuando nos encontramos con asuntos de Turno de Oficio. En medio de ambos operadores jurídicos, el denunciado, investigado o acusado, que desconoce el funcionamiento de la Administración de Justicia y tiene muchas probabilidades de acabar condenado sin verdadero motivo.

anterioridad con los matices vistos, tres supuestos más de suspensión de carácter extraordinario donde, por diversas circunstancias, se reducen los requisitos exigibles para la concesión del beneficio. Las dos últimas, que ya existían hace tiempo, guardan relación con la salud del penado y tienen su origen, básicamente, en motivos humanitarios, en tanto que la primera ha sido introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por motivos de política criminal y para evitar situaciones injustas en que la mera existencia de un antecedente penal de cualquier clase impedía, sin más, la concesión de la suspensión, tal como se nos dice en el preámbulo de la Ley Orgánica citada.

Más adelante, trataremos con detenimiento estos supuestos, de modo que aquí nos limitaremos a enunciarlos, ya que no pertenecen a la modalidad de suspensión ordinaria y solo los citamos por ser excepciones a la concurrencia del requisito de ser delincuente primerizo.

a) Artículo 80.3 CP.

Dentro de las novedades que nos brinda la LO 1/2015, de 30 de marzo, en el artículo 80.3 CP se encuentra también la posibilidad (excepcional) de suspender la ejecución de la pena aunque no concurra el requisito de primeridad delictiva y la pena impuesta o la suma de las impuestas supere, incluso, los dos años. A dicha necesidad apuntaba ya Mapelli Caffarena²³¹ hace tiempo y ahora se ha configurado como la alternativa a la sustitución de la pena, heredera del extinto artículo 88 CP ya que el legislador ha querido derogarlo para hacer de la sustitución una modalidad suspensiva, reservando aquella solo para el caso de extranjeros. De la sustitución hablaremos al final de este trabajo.

²³¹ Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Navarra, 2011:

“en ocasiones la no primeridad refleja, en efecto, una peligrosidad criminal que justifica que no se conceda, pero, en otras, es un dato irrelevante incapaz de explicar, por sí solo, porque se aparta de plano al condenado de la obtención del beneficio”.

En ese caso, se exige al penado no ser reo habitual²³² y que las penas no superen aisladamente los dos años, aunque pueden superar dicho límite en su conjunto, novedad criticada por algún autor²³³.

Para que pueda darse esta concesión del beneficio, novedosa como decimos, el Juez o Tribunal valorará las *“circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado”*.

No obstante estar sujeto una vez más a la discrecionalidad y a la apreciación subjetiva del órgano que haya de resolver sobre la suspensión, lo cierto es que la primicia parece beneficiosa para el reo, en tanto permite concederle el beneficio a pesar de no ser delincuente primerizo, cuestión que antes no tenía lugar, al menos desde una interpretación literal del precepto. Pensamos que es una nueva opción, que añadirá alguna posibilidad otrora inexistente, siquiera para algunos penados.

Resulta claro el espíritu con que se ha introducido esta modalidad: la reparación del perjuicio. Es lo que se desprende del párrafo segundo del artículo 80.3 CP, que condiciona en este caso la suspensión a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado, aunque añade la apostilla *“conforme a sus posibilidades físicas y económicas”*, añadiéndose también como posible condición el cumplimiento del acuerdo de mediación alcanzado, si es que se hubiese llegado a una solución en un proceso de mediación penal, aunque en este último caso se impondría al reo como condición también el pago de una multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, en virtud de la aplicación del artículo 80.3 segundo, en relación con el 84.1. 1^a, 2^a y 3^aCP.

232 Para entender el concepto de habitualidad, hay que acudir al artículo 94 CP, donde se exige que hayan cometido tres o más delitos comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y haya sido condenado por ello

233 Urbano Castrillo, E. “La nueva regulación de la suspensión de las penas privativas de libertad”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 7/2015, Aranzadi, Pamplona, 2015.

b) Artículo 80.4 CP.

Se recoge aquí, sin duda, la causa más excepcional de suspensión y, por ello y por las raras ocasiones en que se concede, sin sujeción a más requisito que la mera concurrencia de la causa habilitante que es la enfermedad muy grave con padecimientos incurables sufrida por el penado.

En opinión de Conde-Pumpido Ferreiro²³⁴, resulta más fácil que un reo condenado a treinta años de prisión no llegue siquiera a ingresar en la misma por este cauce, que alcanzar la libertad condicional por el mismo motivo si se ha llegado a ingresar, incluso aun tratándose de penas más leves.

Su incorporación al Código Penal de 1995 fue apresurada y de última hora (no estaba incluida en el Proyecto de 1994 y tuvo su origen en una iniciativa de Convergencia y Unión en el Senado) y fue criticado que su concesión no se sometiese a requisito alguno o que alcanzase a penas de cualquier naturaleza.

En mi opinión, aunque se dice que no está sujeta a requisito alguno, no es cierto, pues ya se trata de un requisito el hecho de padecer una enfermedad grave con padecimientos incurables.

Como veremos más adelante, no se exige que el enfermo se encuentre en situación de muerte inminente y se amparan casos en que ni siquiera existe un horizonte próximo de la muerte. Se trata de evitar la estancia en prisión de alguien para quien la misma supone no una pena aflictiva psíquica o moralmente sino física, por estar prohibidos los tratos inhumanos. Ello, además, sumado a que un enfermo grave tiene pocas posibilidades de delinquir de nuevo debido a su estado.

Una única excepción a la suspensión sería que, al tiempo de cometer el delito, ya tuviese otra ejecución suspendida por igual motivo, en cuyo

²³⁴ Conde-Pumpido Ferreiro, C. *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Trivium, Madrid, 1997, pág. 1.257.

caso lo que se trataría de evitar es convertir la enfermedad en un salvoconducto para delinquir sin temor a ingresar en prisión.

c) Artículo 80.5 CP.

Se reserva esta otra causa de suspensión extraordinaria para aquellos penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias que señala el artículo 20.2º CP, que son bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

A diferencia de la anterior causa extraordinaria, en esta sí existen tres requisitos que han de concurrir al tiempo de decidir acerca de la suspensión, concretamente, que la pena privativa de libertad impuesta no supere los cinco años, que el delito se hubiese cometido a causa de la dependencia a las citadas sustancias y, por último, que se certifique por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión, introduciéndose como novedad (ex LO 1/2015) la posibilidad de que el Juez o Tribunal pueda ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para constatar que se cumplen dichos requisitos²³⁵.

El Código penal no impide que un mismo reo pueda beneficiarse a lo largo de su vida de varias suspensiones, siempre y cuando haya transcurrido tiempo suficiente entre ellas para que no se considere que no se está ante un delincuente primerizo, cuestión que nos diferencia de la regulación penal italiana, donde en principio sólo puede concederse la suspensión en una ocasión o, como máximo dos, al considerarse que quien ha delinquido más de una vez, pese al tiempo transcurrido, tiene un pronóstico de volver a hacerlo a futuro²³⁶.

²³⁵ Parece una introducción innecesaria puesto que Jueces y Tribunales siempre han podido recabar dichas informaciones.

²³⁶ Padovani, T. *Diritto Penale*, Giuffré Editore, Milano (Italia), 2002, pág. 303.

2.6.- La “*peligrosidad criminal*”.

La anterior versión del Código Penal, vigente hasta el 30 de junio de 2015, incluía en el artículo 80.1 la valoración de dos conceptos a la hora de conceder o denegar la suspensión de la ejecución de la pena. Se hablaba entonces de atender a la “*peligrosidad criminal*” y “*a la existencia de otros procedimientos penales*” contra el reo, como dos circunstancias que revelaban la propensión del mismo a delinquir nuevamente.

Hoy, ambos términos han sido sustituidos por la expresión “*cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no será necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos*”, que va a exigir de Jueces y Tribunales hacer la misma labor de prognosis, aunque el vocabulario sea diferente.

Cualquier sentencia recaída una vez concedida la suspensión, no podría dar lugar a la revocación de la misma por no hallarse expresamente previsto como causa, por más que se tratase de un delito cometido previamente que, de haber sido sentenciado en firme antes de la concesión del beneficio, sí hubiese podido impedirlo²³⁷.

La exigencia de que exista una sentencia condenatoria firme en el momento de valorar si concurre o no la primeridad delictiva ofrece a veces un escollo a salvar en aquellos casos en que el reo ha desarrollado una veloz carrera criminal, para los cuales no está pensada la institución de la suspensión.

Queremos decir con ello que es fácil encontrarnos con delincuentes habituales que, habiendo cometido varios delitos muy próximos en el tiempo, no tienen todavía una sentencia condenatoria firme respecto de

²³⁷ En ese sentido, Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Navarra, 2011, pág. 129.

ninguno de ellos porque se están juzgando en distintos órganos penales o, incluso, porque no haya alcanzado firmeza pronunciamiento condenatorio alguno al ser objeto de recurso. En esos casos, lo que establece el actual Código Penal, tras la reforma operada por la LO 1/2015, no sabemos cómo operará, pues se ha eliminado en el artículo 80 la referencia a la “*peligrosidad criminal del sujeto*” y a la “*existencia de otros procedimientos penales contra este*”.

Fijémonos en que la actual regulación del artículo 80 nos habla de que “*el Juez o Tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas*”, pero ninguna mención se contiene a procedimientos penales pendientes, salvo que en los antecedentes se quieran comprender los policiales, cuestión que sería dudosa.

Sobre el concepto de peligrosidad criminal, el artículo 6 del Código Penal sigue haciendo mención al mismo a pesar de haber desaparecido en el artículo 80²³⁸. Así, el artículo 6, al referirse a las medidas de seguridad, dice

²³⁸ También sobre el concepto de peligrosidad criminal, la SAP de Albacete (Sección 1ª), de 18 de febrero de 2014:

“Este concepto de peligrosidad, determinante para obtener el beneficio de la suspensión, es el mismo que se utiliza en el art. 95.1 del Código Penal a la hora de establecer los supuestos de aplicación de medidas de seguridad, y viene definido en este mismo artículo como un “pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”. Es decir, peligrosidad es la disposición indiciaria del sujeto a delinquir en el futuro”.

O, en idéntico sentido, el AAP de Madrid (Sección 27ª), de 3 de diciembre de 2012.

Otra valoración del concepto nos da el AAP de las Islas Baleares (Sección 1ª), de 10 de diciembre de 2013 en el famoso caso Palma Arena:

“La peligrosidad criminal de una persona es siempre algo difícil de valorar y ante ello los Jueces hemos de acudir, de una parte, a inferir dicho peligro o riesgo de los hechos declarados probados en la sentencia en la que se condena al sujeto activo y, de otra parte, de su comportamiento posterior o anterior. Es más, en un intento el legislador de acotar lo que entiende por “peligrosidad” en la reforma operada en dicho artículo 80 del C. Penal en virtud de la Ley Orgánica 15/03 (RCL 2003, 2744 ; RCL 2004, 695 y 903) se añade que no solo se atenderá a dicha “peligrosidad” sino a la “existencia de otros procedimientos penales”. Habitualmente, la peligrosidad se valorará atendiendo a los datos que suministre

que la peligrosidad criminal se exterioriza en la comisión de un hecho previsto como delito.

La anterior regulación permitía, en cambio, valorar aquellos casos de delincuentes sobre los que no existía sentencia firme pero, en cambio, materialmente eran considerados tales por su conocida trayectoria delictiva, sabiendo que en unos pocos años puede esta desarrollarse de forma más que activa, mientras es difícil que un proceso penal dure menos de varios años desde el inicio de la fase preliminar hasta la firmeza de la sentencia una vez agotados los posibles recursos, con la salvedad de los juicios rápidos y algunas instrucciones sumamente simples.

De este modo, el anterior artículo 80.1.2º CP permitía a Jueces y Tribunales valorar potestativamente dos criterios: la “*peligrosidad criminal*” y la “*existencia de otros procedimientos penales contra el reo*”, pudiendo conceder o no el beneficio en función de la gravedad del hecho que motivó la condena (peligrosidad criminal) y de su prospección de futuro puesto que la suspensión no está pensada para librar al delincuente habitual

la causa y con frecuencia, será preciso reiterar consideraciones ya utilizadas en la individualización concreta de la pena, exigida con rigor por los arts. 66.1 y 68 Código Penal. Las mismas circunstancias personales del autor, determinadas circunstancias modificativas o la naturaleza del hecho y su gravedad pueden servir tanto para individualizar la pena como para extraer de ellas un juicio de peligrosidad”.

²³⁸ “Este Tribunal ha venido diciendo reiteradamente que la peligrosidad criminal supone un riesgo para la sociedad a la vista de las acciones criminales que haya desplegado el recurrente, sin que dependa de que unas y otras se hayan ido engarzando temporalmente de una manera singular, ya que el juicio sobre este carácter necesariamente debe hacerse con posterioridad a conocer el historial del condenado y por ello de forma diferente a como se computa la cualidad de delincuente primario. El delincuente peligroso es aquel al que no afecta la prevención especial y por ello puede atentar contra la sociedad a través de la comisión de delitos de una forma más abierta e intensa”.

O el AAP de Girona (Sección 3ª), de 12 de diciembre de 2012:

“Este Tribunal ha venido diciendo reiteradamente que la peligrosidad criminal supone un riesgo para la sociedad a la vista de las acciones criminales que haya desplegado el recurrente, sin que dependa de que unas y otras se hayan ido engarzando temporalmente de una manera singular, ya que el juicio sobre este carácter necesariamente debe hacerse con posterioridad a conocer el historial del condenado y por ello de forma diferente a como se computa la cualidad de delincuente primario. El delincuente peligroso es aquel al que no afecta la prevención especial y por ello puede atentar contra la sociedad a través de la comisión de delitos de una forma más abierta e intensa”.

sino al primerizo, a aquél que delinquiró de forma puntual y al que se pretende reinsertar socialmente, cosa difícil en quien en un breve periodo ha desplegado una meteórica actividad delictiva por más que esté pendiente el resultado judicial de la misma. Es más que habitual que el reo alegue ser delincuente primerizo cuando en realidad no lo es, quizá pensando que no aparecerán sus antecedentes pero, constatados los mismos cuando existen, la respuesta es denegatoria (SAP de Barcelona, de 16 de febrero de 2016).

En ese sentido, Berdugo y Gómez de la Torre²³⁹ señalaba que los antecedentes policiales pueden constituir un indicativo de la peligrosidad criminal, aun con ciertas reservas. Y, respecto de los procedimientos pendientes, con idéntica finalidad, apuntaba a la necesidad de acudir a cada órgano judicial para interesarse por el estado de las actuaciones, no teniendo relevancia para el autor sino aquellos en que existiese una imputación formal contra el reo.

Más práctica nos parece la idea de López Lorenzo²⁴⁰ de recabar los antecedentes policiales, como primer paso para conocer las detenciones que consten del reo, y luego acudir a los órganos judiciales donde hayan sido remitidas las distintas diligencias policiales que pudieran aparecer aunque lo ideal sería que una eficaz coordinación informática fuese capaz de ofrecer datos a cualquier Juzgado, al menos de España, sobre las causas abiertas frente a una persona.

El artículo 80.1 está exigiendo de Jueces y Tribunales la realización de un pronóstico sobre el futuro comportamiento del reo en función del cual – entre otros requisitos y consideraciones valorativas- se acuerde o deniegue la suspensión.

²³⁹ Berdugo y Gómez de la Torre, J.R. “Alternativas a las penas de prisión. La libertad Condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 63 CP”, Cuaderno Derecho Judicial NºIII, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

²⁴⁰ López Lorenzo, V. “La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal”, La Ley Penal núm. 9, 2004.

La actual versión es fácil de relacionar con la anterior, cuando hablaba de “peligrosidad criminal” o “existencia de otros procedimientos penales”, pues tanto en un caso como en otro se ha de hacer por el órgano jurisdiccional la misma valoración.

Para Ceres Montes²⁴¹, ambas referencias son una misma cosa o, más bien, la existencia de otros procedimientos penales se subsume en el concepto de peligrosidad criminal. Como método práctico, apuntaba a que el Decanato, a la hora de repartir el asunto correspondiente, hiciese una reseña de otros procedimientos que se estuviesen siguiendo contra el reo en esos Juzgados. Ello no impediría que el mismo reo tuviese otros pendientes en distintos partidos judiciales pero, de estar en el mismo, junto a los datos que aporta la Policía, serían de ayuda a la hora de valorar aunque, como también apunta el autor, habría que tener en cuenta que muchos procedimientos pueden terminar en absolución o sobreseimiento, en cuyo caso sería conveniente dar mayor relevancia a aquellos en los que ya se hubiese formulado escrito de acusación por el Ministerio Público o se hubiese abierto juicio oral²⁴².

En opinión de Llorca Ortega²⁴³, la referencia al concepto de peligrosidad criminal obliga a Jueces y Tribunales a hacer un pronóstico en que valoren la personalidad del condenado, su trayectoria vital, su instrucción, su actividad laboral, su situación social y familiar, su estado sanitario y mental, sus medios de vida, etc. Quizá demasiadas circunstancias

²⁴¹ Ceres Montes, J.F. “Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional”, Cuadernos de Derecho Judicial núm.3, Cendoj, año 2005.

²⁴² Desconocemos por qué la referencia a la acusación del Fiscal y no a la posibilidad de existencia de escrito de la acusación particular cuando la hubiere. Quizá sea una cuestión sin importancia, un mero descuido del autor; o quizá porque piense que, en ocasiones, la acusación particular puede obedecer a un móvil espurio pero, si así fuese, difícilmente el instructor hubiese conferido plazo para evacuar escrito de acusación mientras que, por otro lado y en no pocas ocasiones, el Ministerio Público no ve motivos para acusar en casos con poderosos indicios y está entonces más que justificada la presencia de la acusación particular.

²⁴³ Llorca Ortega, J. “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad”, Estudios de Derecho Judicial, Cendoj, 1996.

a valorar, dada la escasez de medios al abasto de Jueces y Tribunales, a la que se une el poco tiempo que puede dedicarse a cada asunto.

En opinión de Fernández Aparicio²⁴⁴, la nueva regulación viene a añadir más inseguridad jurídica, la subjetividad a la hora de conceder o no el beneficio de modo que, aun cumpliéndose los requisitos objetivos, se deniegue al reo la suspensión por considerar que existe riesgo de volver a delinquir.

Más sencillo nos parece el apunte de Ríos Martín²⁴⁵ acerca de la audiencia a las partes y la petición de perdón por el penado a la víctima, que sería un elemento a valorar para el futuro pronóstico del reo ya que si el mismo expresase una verdadera consciencia del mal causado, se ubicase en la situación de la víctima y manifestase su arrepentimiento, serían elementos a tener en cuenta de cara a entender que existe una renuncia a la reiteración delictiva futura.

La SAP de Albacete (Sección 1ª) 192/2915, de 17 de julio, en un procedimiento con Tribunal del Jurado, denegó la suspensión a un reo que causó intencionadamente un incendio, atendiendo al peligro que supuso para la vida de terceros su actuación y lo intencional de la misma.

El AAP de Madrid (Sección 15ª) 551/2012, de 23 de julio, al hacer un juicio en ese sentido (aunque la norma no era del mismo tenor actual) afirma:

“No obstante, descartada la habitualidad, que veda completamente la posibilidad de otorgamiento de la suspensión, los antecedentes penales del recurrente son notables y responden a una variada actividad delictiva, prolongada durante tres años, que comprende, como se ha

²⁴⁴ Fernández Aparicio, J.M. *La ejecución penal*, Sepin, Madrid, 2015, pág. 162.

²⁴⁵ Ríos Martín, J. “Las alternativas a la prisión”, Cuadernos de Derecho Judicial, Cendoj, 2006.

dicho, delitos de falsedad en documento oficial, conducción sin permiso y robo de uso.

De lo anterior se infiere claramente una peligrosidad en el apelante, entendida, de acuerdo con el art. 95 del Código Penal, como un pronóstico de comportamiento futuro que revela la posibilidad de comisión de nuevos delitos, peligrosidad que constituye una circunstancia personal de aquel totalmente incompatible con el otorgamiento de la sustitución que se pretende”.

Nos parece de interés el AAP de Zaragoza (Sección 3ª) 225/2012, de 11 de abril:

“En ambos casos debe de tenerse en cuenta que, cumplidos los requisitos legales, no se configura la concesión de los beneficios penitenciarios expuestos como de obligado cumplimiento por el Juez ejecutante, sino que la misma permanece en su discrecionalidad. En este sentido, y en lo que afecta a ambos pretendidos beneficios de suspensión y de sustitución, el penado no ha satisfecho las responsabilidades civiles derivadas del delito pero sí se ha declarado su insolvencia en auto de fecha nueve de Enero de 2012, considerando el Juez ejecutante que existe peligrosidad en el penado al ni siquiera intentar el resarcimiento civil de los daños causados. En este sentido la Sala considera que aunque el daño sea menor, el hecho de declarar la insolvencia del penado no implica la existencia de peligrosidad, al no existir antecedentes penales, criterio que debe de ceñirse al riesgo de reiteración delictiva y no, como en el caso presente, ningún peligro se observa en una reparación pendiente de 210 euros”.

Aunque no es frecuente encontrar confusiones de conceptos, o precisamente porque no lo es, entendemos que merecía la pena la cita ya que aclara perfectamente, sin necesidad de extenderse, que peligrosidad y falta de abono de la responsabilidad civil no guardan relación alguna, a pesar de

ser dos elementos que deben ser considerados por el Juez o Tribunal a la hora de acordar o denegar el beneficio de suspensión. La peligrosidad se ha de apreciar o desprender del examen de otros elementos como pueden ser la conducta previa y posterior del reo o sus antecedentes.

Sobre la peligrosidad criminal, nos llama la atención la peculiar forma de valorarla que tiene el AAP de Castellón (Sección 1ª) 142/2012, de 5 de marzo²⁴⁶:

“Ante la ausencia de informes criminológicos previos, en la práctica se toman en consideración aquellos datos que, sin obstar a la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos (art. 81 CP), puedan revelar la peligrosidad del sujeto, como las condenas por delitos imprudentes, por faltas o por hechos posteriores, la necesidad de recurrir a la vía de apremio para conseguir el abono de las responsabilidades civiles, etc.”.

Es, sin duda, una excepción a la corriente generalizada que, por fortuna, no valora dicha circunstancia de peligrosidad atendiendo a un hecho tan alejado de la misma como es el pago o impago de la responsabilidad civil de forma voluntaria, que nada tiene que ver con el “riesgo de reiteración delictiva” a que alude la inmensa mayoría de la jurisprudencia examinada.

La mención a las faltas, claramente, está fuera de lugar en el vigente Código Penal que no las contempla y la alusión a “condenas por delitos imprudentes” supone, a nuestro juicio, otra infracción de la doctrina jurisprudencial y de la propia Ley, que claramente excluye los mismos a la hora de considerar la primeridad delictiva, motivo por el cual no creemos que pueda tener cabida valorar una circunstancia expresamente excluida por

²⁴⁶ *“Ante la ausencia de informes criminológicos previos, en la práctica se toman en consideración aquellos datos que, sin obstar a la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos (art. 81CP), puedan revelar la peligrosidad del sujeto, como las condenas por delitos imprudentes, por faltas o por hechos posteriores, la necesidad de recurrir a la vía de apremio para conseguir el abono de las responsabilidades civiles, etc.”.*

el legislador para conceder o denegar la suspensión por la vía de camuflarla dentro de un concepto jurídico amplio como es el de “peligrosidad criminal”.

El AAP de Madrid (Sección 17ª) 163/2012, de 2 de febrero²⁴⁷ nos recuerda que, si el delito cuya ejecución de pena se pretende está dentro del límite de dos años, no puede valorarse la peligrosidad criminal respecto del mismo puesto que la pena ya es la respuesta al mismo y, precisamente, entra dentro del límite que el legislador contempla como posible para la suspensión. La peligrosidad se podrá deducir de otras circunstancias, más no de una circunstancia que ya dio lugar a la imposición propiamente de la pena, consecuencia del delito.

El AAP de Sevilla (Sección 3ª) 93/2004, de 25 de febrero valora que el reo tuvo que ser localizado por la policía al encontrarse en paradero desconocido como una circunstancia que apoya la peligrosidad criminal.

Autores como Montero Hernanz²⁴⁸ apuntan a una cuestión importante a la hora de valorar el concepto de peligrosidad criminal que nos hace pensar en que no sería nada descabellado que, al igual que el Médico forense es capaz de emitir dictámenes de influencia en la decisión sobre la suspensión (al menos, antes, en lo relativo a los drogodependientes o alcohólicos, aunque haya sido eliminado como preceptivo su informe en la actualidad), pudiera ser conveniente que un especialista determinase si concurre peligrosidad criminal. Si dichos especialistas existen en prisión y valoran a los internos a la hora de determinar el grado de clasificación,

²⁴⁷ *“En relación con los penados en el presente procedimiento, solamente nos consta como cometido por el concreto hecho delictivo objeto de la presente ejecutoria. La peligrosidad derivada de dicho hecho delictivo también tiene una consecuencia legal que es la pena prevista, por lo que entendemos que no se puede invocar la peligrosidad como un dato añadido para denegar la suspensión de la pena, ya que precisamente esa peligrosidad ha tenido ya constatación y respuesta en la imposición de una pena, de dos años de prisión, que entendemos que sí que es susceptible de suspensión de la pena privativa de libertad tal como ya hemos dicho”.*

²⁴⁸ Montero Hernanz, T. “Consideraciones jurídicas y criminológicas de los antecedentes de un menor de edad a efectos de la suspensión de la ejecución de una pena”, Diario La Ley núm. 7.805, año 2012.

podrían perfectamente emitir un informe que pudiese ser tenido en cuenta - sin carácter vinculante- a la hora de adoptar la decisión acerca de la suspensión de la ejecución de la pena.

Hay jurisprudencia que aboga por atender a la gravedad del hecho cuya pena se pretende suspender como uno de los elementos para determinar la peligrosidad criminal del sujeto. En ese sentido, la STS (Sala 2ª) 208/2000, de 18 de febrero o el AAP de Castellón (Sección 1ª) 291/2013, de 6 de octubre.

Contrarios a ello como regla general, encontramos autores como Hurtado Yelo²⁴⁹, para quienes se estaría valorando doblemente la misma circunstancia: una vez para imponer la pena y otra para determinar la suspensión de la ejecución de esta. Sin embargo, el propio Hurtado reconoce que, en determinados delitos, sí debe ser tomada en cuenta la gravedad de los mismos como determinante de la peligrosidad criminal, haciendo referencia en concreto a delitos sexuales o violentos, donde se pone de manifiesto la falta de escrúpulos del autor que pudiera llevarle a delinquir de nuevo.

La Consulta de la FGE 4/1999, de 17 de septiembre, al resolver respecto de la planteada acerca de la primeridad delictiva en casos de concurso de delitos, entendió que tanto en el concurso ideal como el real existe primeridad porque no existe sentencia respecto de uno solo de los delitos cuando se comete el resto. La respuesta, que es bastante evidente, obedece a una consulta de Fiscalía formulada al albergar dudas en el caso del concurso real. En ese mismo sentido se manifestó Suárez-Mira Rodríguez²⁵⁰.

²⁴⁹ Hurtado Yelo, J.J. “La peligrosidad criminal como criterio para denegar la suspensión de las penas privativas de libertad”, Revista Aranzadi Doctrinal nº 5 (parte estudio), Aranzadi, Pamplona, 2009.

²⁵⁰ Suárez-Mira Rodríguez, C; Judel Prieto, A; Piñol Rodríguez, J.R. *Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en Manual de Derecho Penal*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, pág. 480.

Sin embargo, en sentido contrario se manifiesta Mapelli Caffarena²⁵¹ cuando se trata de concurso real, siendo partidario de que solo sea considerado reo primerizo respecto del primero de los delitos por orden temporal de comisión, mas no respecto de los restantes. No obstante, Mapelli entiende que si se trata de concurso ideal, medial, delito continuado o delito masa, al ser valorados como una unidad natural de acción, sí es posible considerar la primeridad respecto de todos.

O bien como apunta Juanes Peces²⁵², en referencia a la doctrina de la Sala II del Tribunal Supremo, no partidaria de aplicar la suspensión en casos de concurso real.

Nos parece especialmente interesante lo que Bernal Valls dice²⁵³ al respecto:

“No hay inconveniente en admitir la tesis de ANTÓN que admite la suspensión de las penas impuestas en el concurso formal por cuanto que, referido al supuesto de que un mismo hecho sea constitutivo de dos o más delitos, todos ellos han sido cometidos delinquiendo por primera vez. Apurando la argumentación la respuesta sería negativa, en nuestra opinión, tanto en los supuestos de concurso real como en el de concurso formal si este se da entre dos delitos que guarden relación entre sí de medio a fin, ya que desde un punto de vista meramente cronológico, nos encontramos ante delitos perfectamente diferenciados y cometidos en distinto periodo de tiempo, el suficiente al menos para que pueda estimarse que el reo, al cometer el segundo o los ulteriores delitos, ya había delinquido por la comisión del primero”.

²⁵¹ Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Navarra, 2011, pág. 129.

²⁵² Juanes Peces, A. “Suspensión de condena y sustitución de las penas privativas de libertad en el ámbito castrense”, *Derecho y Proceso penal* n° 19/2008, Aranzadi, Pamplona, 2008.

²⁵³ Bernal Valls, J. “Consideraciones sobre la condena condicional”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, fasc. I, 1971.

Hemos de disentir de esta postura, como ya disentía años antes el Tribunal Supremo (STS de 22 de mayo de 1963), cuando entendía que el reo que cometió cinco delitos en unidad de acto era delincuente primerizo *“puesto que no hay constancia de que haya sufrido condena alguna con anterioridad”*.

En el mismo sentido, Almenar Berenguer²⁵⁴ es partidario de que solo se tengan en cuenta las sentencias dictadas al tiempo de decidir sobre la suspensión, queriendo con ello decirnos que solo se puede entender que falta el requisito de primeridad delictiva cuando, al tiempo de decidir sobre la suspensión de la ejecución de una pena, existe otra sentencia condenatoria previa y firme contra el mismo reo (excluyendo los delitos imprudentes y antecedentes penales cancelados o que debieran serlo). En sentido contrario, aunque se hubieran cometido los hechos antes de decidir sobre la suspensión y, a posteriori, recayese sentencia condenatoria por los mismos o la que hubiese sido dictada adquiriese firmeza, no sería óbice para denegar la suspensión por falta del requisito de primeridad delictiva, puesto que solo puede hablarse de delito en cuanto recae sentencia condenatoria firme.

También opina Almenar que estamos ante un delincuente primerizo cuando, antes de la suspensión, recae sentencia por hechos cometidos a posteriori de los que dieron origen a la causa en que se decide sobre la concesión del beneficio. De un modo quizá más didáctico, diríamos que el hecho A se sentenció después que el B -pese a que se cometió antes- y ello da lugar a que, cuando se decide sobre la suspensión de A, ya existe una sentencia sobre hechos posteriores (B). Aún con eso y, sin perjuicio de que

²⁵⁴ Almenar Berenguer, M. “Apuntes sobre algunos problemas prácticos que suscita la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, con especial referencia a la incidencia de las últimas reformas de la parte general del Código Penal”, Diario de Jurisprudencia El Derecho núm. 2.272, año 2006:

“e) en el caso de pluralidad de condenas en una misma sentencia, la jurisprudencia mantiene la existencia de primeridad delictiva, tanto si se trata de concurso real como ideal (STS de 7 diciembre 1994 EDJ 1994/9791), en relación con todos los delitos enjuiciados, puesto que, en realidad, se trata de una condena única y el propio legislador ha previsto la eventualidad al referirse en el art. 81 CP EDL 1995/16398 a la “suma de las penas impuestas”: si la condena por el primer delito impidiere la suspensión de la pena impuesta por el segundo delito, no tendría sentido referirse a “la suma de las impuestas” como regla del cómputo de los dos años”.

se considere a efectos de valorar sus antecedentes de cara al pronóstico futuro (anterior peligrosidad), el reo sigue siendo delincuente primerizo en opinión del autor, que también es avalada por De la Mata Barranco y Hernández Díaz²⁵⁵.

El artículo 94 CP nos señala la pauta para determinar si estamos ante un reo habitual o no, considerando que lo es *“quien hubiere cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y haya sido condenado por ello”*.

A su vez, el artículo 22.8^a CP²⁵⁶ habla de la reincidencia.

De la lectura de ambos preceptos debe entenderse que no es lo mismo reincidencia que habitualidad y que la condición del artículo 80.2.1^a CP a lo que se refiere es a que el condenado haya delinquido por primera vez, no a que no tenga la consideración de reo habitual. Para aclararnos la cuestión, el hoy suprimido artículo 88 CP relativo a la sustitución, exigía que no se tratase de reos habituales mientras que el artículo 80.2.1^a, relativo a la suspensión, exige que se haya delinquido por primera vez.

²⁵⁵ De la Mata Barranco, N.J.; Hernández Díaz, L. “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad: algunos problemas de la práctica judicial (con especial referencia al cómputo de los plazos)”, Revista General de Derecho Penal núm. 16, año 2011, pág. 20.

²⁵⁶ *“hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.*

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves.

Las condenas firmes de Jueces o Tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español”.

3.- LA SATISFACCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

3.1.- Regulación general.

El actual artículo 80.2.3ª CP establece como condición necesaria para dejar en suspenso la ejecución de la pena que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127. Esta del decomiso es una novedad introducida por la LO 1/2015.

Sin embargo, la novedad más relevante en lo tocante a la satisfacción de la responsabilidad civil, establecida según la Exposición de motivos de la reforma para agilizar los plazos de resolución que se extendían enormemente, es sin duda que se entienda cumplido el requisito *“cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el Juez o Tribunal determine”*.

Ceres Montes²⁵⁷ ya apuntaba hace años dicha posibilidad por la vía de conceder la suspensión bajo la imposición de la condición de asumir el pago de la responsabilidad civil que, de ser incumplida, podría dar lugar a las consecuencias oportunas, incluida la revocación del beneficio, en su caso.

La propuesta, que ha alcanzado su fin eficaz, permite la anotación del antecedente con mayor agilidad al no tenerse que aguardar a saber si el reo pagará o no y declararse su insolvencia, en el caso de concurrir. No obstante, hay que decir que el artículo 801 LECrim ya recogía dicha posibilidad hace tiempo, suavizando de este modo el referido requisito relativo a la

²⁵⁷ Ceres Montes, J.F. “Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional”, Cuadernos de Derecho Judicial núm.3, Cendoj, 2005.

satisfacción de la responsabilidad civil, cuestión criticada por Chacón y Cid²⁵⁸ por su posible vulneración del principio de igualdad ante la ley.

La actual regulación nos parece adecuada y, sin duda, lo más acertado de la reforma introducida por la LO 1/2015 y eliminará (así lo esperamos) muchas resoluciones injustas, efectuadas con excesiva prisa, en que se declaraba una insolvencia formal del reo pero, en cambio y sin la más mínima motivación en muchas ocasiones, se denegaba la suspensión por no cumplirse el requisito de tener satisfechas las responsabilidades civiles. Algo incongruente, a menos que se motivase en la apreciación de signos externos de riqueza en el penado que hiciesen ver al Juzgado o Tribunal que, en contra de la aparente insolvencia, el reo gozaba de un nivel de vida que sí le hubiese permitido satisfacer la responsabilidad civil. Sin embargo, esta motivación no era siempre habitual y se recurría continuamente a plantillas, a autos de corta y pega, para terminar denegando el beneficio sin hacer una labor de averiguación patrimonial exhaustiva, las más de las veces por carencia de medios materiales en los juzgados.

En la práctica, era más que frecuente encontrarnos con la declaración de insolvencia del penado a efectos meramente formales, esto es, concluyendo que no ha sido posible encontrar bienes embargables con que cubrir la responsabilidad civil pero, sin embargo, no considerar que dicha declaración de insolvencia sirve para la concesión del beneficio con base en el tenor del anterior artículo 81.3^a CP [AAP de Sevilla (Sección 7^a) 703/2012, de 19 de octubre; AAP de Sevilla (Sección 1^a) de 18 de marzo de 2009; AAP de Vizcaya (Sección 1^a) de 15 de febrero de 2008]. O también AJP N^o 16 de Valencia de 5 de mayo de 2015 (Ejecutoria 370/2015); AJP N^o 16 de Valencia de 19 de noviembre de 2014 (Ejecutoria 2083/2012)²⁵⁹.

Las anteriores resoluciones, suelen coincidir en no equiparar declaración de insolvencia con imposibilidad de pago, refiriéndose la misma

²⁵⁸ Chacón Cadenas, M.J.; Cid Moliné, J. “Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos”, Diario La Ley núm. 5.819, julio 2003.

²⁵⁹ Se trata de resoluciones judiciales en asuntos en los que tuve ocasión de intervenir, sin que puedan ser consultadas en una base de datos.

al hecho de no haber podido hallar bienes del reo y la segunda al hecho de que, a pesar de lo anterior, sí mantiene un nivel de vida que le permitiría pagar, siquiera parcialmente, la responsabilidad civil derivada del delito.

Aunque con algunos matices, que pasan por considerar caso por caso, sostengo una postura totalmente contraria pues, difícilmente, creemos que puede compaginarse el hecho de declarar la insolvencia del reo con el de denegar acto seguido la suspensión alegando como causa el incumplimiento del requisito de haber hecho frente a la responsabilidad civil. A nuestro juicio, parece un modo de terminar rápidamente el trabajo que compete al órgano judicial, entre otros la búsqueda de bienes del reo, para poder resolver entonces sobre la suspensión aunque sea de una forma que contradice la propia previsión legal.

Es bien cierto que algunos Juzgados se esfuerzan por averiguar de la mejor manera posible si, en verdad, el penado es insolvente o no; y es, además, también cierto que debe ser el abogado de la defensa el que muestre con claridad los hechos que demuestren la verdadera situación de su cliente, ya que está optando a un beneficio. Pero tampoco podemos dejar que el poco o nulo esfuerzo de un letrado opere en contra del reo, para ello debe entrar en juego un esfuerzo adicional por parte del juzgado o tribunal. En nuestra opinión, incluso debería llamarse al penado en comparecencia ante el Juzgado para que aportase documentación de que este no pueda disponer ya que, no nos olvidemos, la Administración de Justicia trabaja con herramientas a veces obsoletas. En ello es de apreciar el esfuerzo y la labor de Jueces, Letrados de la Administración de Justicia y demás personal al servicio de la misma y solo cabe pedir que sigan en esa lucha sin denuedo, porque la escasez de medios no puede dar en que un enfermo se muera en una lista de espera médica ni tampoco en que un penado entre en prisión cuando no lo haría de haber más y mejores medios.

Una posible solución sería la que apunta Alonso Buzo²⁶⁰ relativa al auxilio de un cuerpo de peritos de hacienda que aporten al órgano judicial una información detallada de la capacidad económica del penado, medidas que podrían articularse a través de la recién creada Oficina de Gestión y Recuperación de Activos.

Cierto es que la decisión es discrecional, pero recordando que el límite se encuentra en la arbitrariedad, a la que pronto puede seguir aquella salvo los casos en que se motiva perfectamente la resolución y se constata que el reo tiene un patrimonio oculto que se muestra en el nivel de vida que mantiene. Fuera de estos casos, en los que creemos que no debería declararse la insolvencia del reo, sino seguir investigando su patrimonio e incluso el de familiares próximos, no vemos aceptable que se deniegue la concesión del beneficio por esta causa si se ha declarado la insolvencia del reo y habrá que ir viendo la jurisprudencia con la nueva regulación, pues mucho nos tememos que no va a ser tan sencilla la cuestión de que el Juez o Tribunal conceda la suspensión con el simple compromiso del reo de satisfacer la responsabilidad civil, máxime con la escapatoria que se concede a tan aparentemente benévola previsión al incorporar “sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el Juez o Tribunal determine”. En caso contrario, las revocaciones serán tan iguales en número que las denegaciones lo eran previamente.

La cuestión a veces es sencilla pero se enfrenta, de un lado, a la escasez de medios con que trabajan Juzgados y Tribunales y, de otro, a la falta de voluntad o de tiempo. Piénsese que la Policía Judicial es un medio del que pueden servirse los órganos jurisdiccionales si es necesario y que, a veces, bastaría con que se mirase con qué vehículo ha acudido al Juzgado el penado para saber si está ocultando bienes o no, ya que llega a suceder que, aparentemente, no los tenga y acuda al Juzgado en un coche de alta gama pero, por el contrario, también es más frecuente todavía que sea cierto que le es imposible afrontar el pago por su precaria situación y el Juzgado o

²⁶⁰ Alonso Buzo, R. “La nueva regulación de la suspensión de la pena tras la reforma del Código Penal: necesidad de la creación de la figura del juez de ejecución de penas”, Diario La Ley, n° 8.654, 2015.

Tribunal no se moleste en realizar ninguna de estas tareas, limitándose a suponer que no paga porque no quiere, desconociendo que hay personas que no tienen absolutamente ningún ingreso y que viven de la caridad ajena o que, quizá, ingresan un subsidio por desempleo (que actualmente ronda los 426 euros), siendo imposible que con esa cantidad pueda destinarse un solo céntimo a pagar, so pena de dejar de comer o tener que vivir en la calle, situaciones a las que no se puede empujar al penado en modo alguno (baste para ello acudir al artículo 607 LEC).

En ocasiones, suele suceder que Jueces y Tribunales piensan que si el reo no puede pagar, sí pueden hacerlo quienes le rodean (familiares o amigos) y que le ayudarán con tal de evitar el ingreso en prisión. Así piensa también que sucede Mapelli Caffarena²⁶¹ y, si bien el autor no da su punto de vista al respecto, sí creemos importante dar el nuestro.

Cierto es también que Jueces y Tribunales se fijan mucho en el esfuerzo, por no tener mucho más donde fijarse como referencia, y que si un penado no ha pagado un céntimo de la responsabilidad civil, es difícil constatar su voluntad de reparar²⁶². Aunque sean unos pocos euros y salvo absoluta indigencia (personas sin hogar), es raro que, si hay verdadera voluntad, no se haga el ingreso de unos euros siquiera, aunque no pueda ser con periódica puntualidad. La opción de no ingresar nada cuando se come, se tiene ropa o incluso se dispone de un teléfono móvil o un vehículo, no casan bien con pretender la suspensión sin hacer un mínimo esfuerzo, sobre todo si atendemos a que se están concediendo suspensiones con responsabilidades civiles elevadísimas y compromisos de pago casi ridículos.

Otro de los medios frecuentemente usados por el órgano judicial es recabar la vida laboral del penado pues, aunque en la actualidad no trabaje,

²⁶¹ Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Navarra, 2011, pág. 132.

²⁶² “La satisfacción de la responsabilidad civil es un medidor excelente del grado de arrepentimiento del reo”, Vidal Castañón, A. *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad: análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor*, Bosch, Barcelona, 2006, pág. 35.

puede verse si lo ha hecho de forma habitual y, en esos periodos, ha demostrado interés o no por efectuar pagos.

Particularmente pensamos que, no existiendo una declaración de responsabilidad subsidiaria respecto de familiares o amigos, no es aceptable hacer recaer sobre los mismos una consecuencia como esta²⁶³. De cara a la satisfacción de la víctima puede ser muy bueno, pero no compartimos que pueda usarse como arma de solidaridad la prisión de un ser querido, es algo así como rebajar el sistema judicial penal a la categoría de aquellos a quienes castiga y señala como autores del delito.

No debe olvidarse que el reo, para poder acceder a la suspensión, ya debe haber cumplido otra serie de requisitos como el de la primeridad delictiva, y que se trata de darle una segunda oportunidad y no de obtener el pago de una responsabilidad civil por medio de condenarle a una pena leve y amenazarle después con el ingreso en prisión, ya que para ese fin existe la jurisdicción civil, de prioritaria aplicación en casos poco graves donde se discute una suma monetaria en definitiva.

Como apunta Navarro Villanueva²⁶⁴, sería interesante que una futura modificación de las causas de revocación contemplase el supuesto de que, viniendo a mejor fortuna el reo al que se le concedió el beneficio de la suspensión mediante la declaración de insolvencia, no hiciese entonces nada por satisfacer a la víctima. En ese sentido, apunta Vidal Castañón²⁶⁵ que podría imponerse, al tiempo de conceder la suspensión, como una de las condiciones del artículo 83 CP, la de pagar dicha responsabilidad si viniese a mejor fortuna el reo para, de ese modo, poderle ser revocado el beneficio si

²⁶³ Antes decíamos que vemos conveniente que se llegue a investigar el patrimonio de familiares o personas cercanas y podría parecer una contradicción. La respuesta es sencilla: no somos partidarios de que terceros deban pagar por el penado salvo que lo hagan voluntariamente, pero sí creemos que debe perseguirse a aquellos familiares o amigos que colaboran con el penado, quien, sirviéndose de estos, se sitúa en posición de insolvencia aparente cuando la realidad es que tiene su patrimonio a nombre de terceros.

²⁶⁴ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 65.

²⁶⁵ Vidal Castañón, A. *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad: análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor*, cit., pág. 36.

incumpliese dicha obligación. Obviamente, la imposición de esta condición debería contar -y así lo señala Vidal- con el consentimiento del penado al tiempo de imponerla y no atentar contra su dignidad, para cumplir lo que establece el propio artículo 83.1.9ª CP. Algo que ya ha sido positivado con la última reforma del artículo 80 CP.

En la práctica judicial podemos citar la STC de 13 de noviembre de 2000²⁶⁶ y el ATC de 13 de noviembre de 2000²⁶⁷. O la SAP de Las Palmas (Sección 1ª), de 6 de junio de 2014²⁶⁸.

²⁶⁶ “*Que la satisfacción de la responsabilidad civil tiene que ver con la posibilidad de la suspensión de la condena lo muestra el expreso requisito establecido al respecto en el nuevo Código Penal (art. 81.3 CP). En este precepto se utiliza precisamente el que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles como condición necesaria para dejar en suspenso la ejecución de la pena. Las propias palabras de la Ley, cuya claridad excusa un mayor abundamiento, sirven de argumento para pensar que estamos ante una resolución que presenta la suficiente razonabilidad de la medida decidida por el Juez, a partir de esta conexión con la satisfacción de la víctima y con el mismo fin de resocialización del condenado.*”

No obstante la declaración de insolvencia el análisis de las actuaciones remitidas ha revelado la renuencia del demandante a abonar la indemnización a la que había sido condenado, deuda generada hace varios años. En este sentido se comprueba que ha incumplido los plazos de pago establecidos, poniéndose en situación de rebeldía, que tuvo que ser declarada en dos ocasiones (Autos de 10 de abril y 24 de octubre de 1996) ordenando su búsqueda e ingreso en prisión, por no atender a los requerimientos judiciales. Tal contumaz actitud –y así es calificada por el Fiscal– contrasta con la situación de indigencia a la que alude el recurrente, pues existe constancia en la ejecutoria de una comparecencia del día 20 de junio de 1996 en la que se comprometió a pagar 200.000 pesetas mensuales, habiendo realizado así algunos pagos parciales a lo largo de distintas fechas”.

²⁶⁷ “*Se ha de partir de que la ejecución de la pena no debe servir para, directa o indirectamente, forzar los pagos de persona de insuficiente solvencia. Sobre el particular, la STC 14/1988, de 14 de febrero, Fundamento Jurídico 1, rechazó, refiriéndose a la legislación anterior, que la remisión condicional de la pena se hiciera depender del pago de las responsabilidades civiles.*”

El art. 81 de Código Penal señala que «serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena... 3ª. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas». Previamente, el art. 80.1 del Código Penal establece que «los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada...». La imposibilidad de acceder al beneficio de la suspensión de la ejecución no habiendo satisfecho las responsabilidades civiles, tiene, pues, una excepción prevista en la Ley: que concurra la declaración de imposibilidad total o parcial de cumplimiento por parte del condenado. A

estos efectos, cabe recordar que la responsabilidad civil se tramita en pieza separada por mandato de los arts. 590 LECrim (procedimiento ordinario) y 785.8 b) LECrim (procedimiento abreviado), de tal suerte, que la misma jugará un papel decisivo en orden a determinar, no solo la cuantía, sino también la capacidad o incapacidad de hacer frente a la misma por parte del reo. Sin embargo, cabe entender por la propia dicción del art. 81.3 del nuevo Código Penal, que la pieza separada de responsabilidad civil no será el único elemento de valoración a los efectos de integrar tal requisito, sino que, una vez cerrada la pieza separada, el Juez o Tribunal recabará preceptiva opinión sobre el asunto a los interesados y al Ministerio Fiscal, y decidirá en consecuencia.

De manera que, si el nuevo Código Penal concede un cierto ámbito de valoración al Juez, en orden a la concesión, en función de las capacidades económicas de cumplimiento del condenado, deberá denegarse el beneficio solo en aquellos casos en que le quede acreditada la no voluntad de cumplimiento de la responsabilidad civil, en caso de poder hacerlo, por parte del condenado. Dado el carácter facultativo de la concesión de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, como forma sustitutiva de estas, como se indica en el art. 80.1 del Código Penal, la cuestión ha de reconducirse a supervisar externamente la razonabilidad del discurso de los órganos judiciales”.

²⁶⁸ “3º) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieran originado, a salvo la facultad del Juez o Tribunal sentenciador para declarar la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas. Regla esta que introduce un elemento retributivo de compensación y de protección a las víctimas, reforzándolas. Este último requisito responde a una política criminal de orientación victimológica, que trata de conferir un significado jurídico específico a la reparación del daño causado a la víctima y que precisa, en todo caso, que se produzca un esfuerzo reparador en la medida de las posibilidades del autor. En ese sentido la doctrina ha afirmado que si el Código Penal concede un cierto ámbito de valoración al Juez, en orden a la concesión de la suspensión, en función de las capacidades económicas de cumplimiento del penado, deberán evitarse presunciones contrarias a reo, y por tanto, denegar el beneficio solo en aquellos casos en los que quede acreditada la no voluntad de cumplimiento de la responsabilidad civil, en caso de poder hacerlo, por parte del penado, criterio este que ha sido empleado en diversas ocasiones por la denominada jurisprudencia menor para resolver sobre la concesión del beneficio de la suspensión, resultando ilustrativo el AAP de Lérida, sección 1ª de fecha 29.6.2011, al exponer en interpretación de dicho requisito "resulta que el penado no ha satisfecho cantidad alguna de la indemnización a cuyo pago también vino condenado, sin que conste la absoluta imposibilidad de hacer el menor pago y ello con independencia a la declaración formal de insolvencia. Al respecto entiende la Sala que el tenor literal del apartado tercero del artículo 81 del C.P. ("Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas") es más amplio que la mera declaración formal de la situación de insolvencia por cuanto que para que pueda accederse al beneficio es necesario que se aprecie una efectiva imposibilidad, total o parcial, del condenado para hacer frente a la satisfacción de las responsabilidades civiles. Y la razón de aquella exigencia obedece a que lo que se pretende no es tanto la exacción de la responsabilidad civil sino valorar si el condenado es merecedor del beneficio de la suspensión, cuestión que debe ser valorada por el Juez o Tribunal sentenciador atendiendo a los criterios marcados por los artículos 80 y siguientes del Código Penal. Y en este sentido ha de significarse que la norma del artículo

En la práctica, nos encontrábamos con que los Juzgados, sobre todo los especializados en ejecutorias y por ello más habituados a tratar esta cuestión, denegaban con mucha frecuencia la suspensión de la ejecución de la pena cuando no se había satisfecho la responsabilidad civil, por más que el propio órgano dictase un Auto de declaración de insolvencia del penado. Esto representaba una incongruencia que, esperemos, se resuelva con la nueva regulación en que basta para la suspensión con el compromiso del reo de pagar en los términos antes expuestos.

Antes de la LO 1/2015, sin embargo, a pesar de que por parte del Juzgado se realizaba una averiguación patrimonial del reo y no se le encontraban ingresos, se procedía a declarar la insolvencia del mismo pero, en cambio, se denegaba en muchos casos la suspensión sin prácticamente explicaciones. La base de algunos argumentos era que la referida declaración de insolvencia “no debe calificarse como la imposibilidad total o parcial de hacer frente a la indemnización”, esto es, era puramente formal para el órgano.

Esto no es lo que dice la Ley sino una interpretación de algunos Juzgados y Tribunales que es combatible a la luz de lo exigido por la jurisprudencia y que se concreta en que deban motivarse qué concretos signos de riqueza se aprecian en el penado. En conclusión, si el Juez o Tribunal declara la insolvencia y, sin embargo, no suspende, debe motivar por qué piensa que el reo ha podido abonar la indemnización y no lo ha hecho. Será deducible de circunstancias como los vehículos que maneja el penado aunque no consten a su nombre, la casa que habita y que tampoco

81.3 responde a la creciente importancia político criminal que ha venido adquiriendo en los últimos años la protección de la víctima y que, resulta desalentador a estos efectos que en todo el tiempo transcurrido desde la condena no haya habido ningún gesto por parte del condenado en orden a la satisfacción de tal responsabilidad, cuestión que ha de ser valorada dentro del ámbito de discrecionalidad que le confiere la Ley a la hora de denegar la suspensión interesada. Por ello la Sala ha venido considerando que no basta la mera declaración de insolvencia en la pieza de responsabilidad civil para que pueda apreciarse una imposibilidad de pago, pues si así fuera ya no se exigiría por el citado precepto una especial declaración judicial acerca de la imposibilidad del condenado para hacer frente a la responsabilidad civil, de modo que lo que se exige es la acreditación de una efectiva imposibilidad o la existencia de un mínimo esfuerzo encaminado a cumplir con aquella obligación”.

conste a su nombre, etc. En suma, el nivel de vida que mantiene y que discrepa de lo que aparentemente refleja la averiguación patrimonial llevada a cabo por el órgano judicial.

Para el caso de que exista más de un condenado, lo habitual es que la responsabilidad civil se les imponga de forma solidaria y ello podría dar lugar a la injusticia de que uno o varios pagasen su “parte” y, pese a ello, no se les suspendiese la pena como consecuencia del impago del resto. Verdaderamente creemos, con Mapelli Caffarena²⁶⁹, que sería un motivo de excepción y debería considerarse, al menos a efectos de conceder la suspensión, el esfuerzo desplegado por los que cumplieron sin que ello impidiese reclamarles en vía de apremio lo que quedase pendiente para dar satisfacción al perjudicado.

El actual contenido es más acorde a la ya antes existente regulación del artículo 801.3^a LECrim respecto de la conformidad en el juicio rápido, donde ya se decía que bastaba, para acordar la suspensión de la pena privativa de libertad a los efectos del artículo 81.3 (hoy 80.2.3^a) CP, con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el Juzgado de guardia fijase. Por tanto, con la actual reforma del Código Penal, se introduce un tratamiento igual de beneficioso para todos los condenados, lo sean o no en el seno de un juicio rápido.

Suárez-Mira Rodríguez²⁷⁰, antes de la modificación, advertía de la situación que se originaba por mor de aplicar el citado artículo 801.3^a LECrim en los juicios rápidos ya que, de esperarse a la total satisfacción de la responsabilidad civil, podría alargarse excesivamente la concesión de la suspensión pero, por otro lado, la concesión de la misma sin haber liquidado tal responsabilidad podía desincentivar al reo a seguir pagando. La actual

²⁶⁹ Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Navarra, 2011, pág. 132.

²⁷⁰ Suárez-Mira Rodríguez, C; Judel Prieto, A; Piñol Rodríguez, J.R. *Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en Manual de Derecho Penal*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, pág. 481.

regulación despeja la duda pues, como decimos, si el reo no paga puede ser causa de revocación del beneficio, a diferencia de antes.

Es también cierto que, en ocasiones, Juzgados y Tribunales imponían como condición al reo la satisfacción de la responsabilidad civil, haciendo uso de la anterior previsión del artículo 83.1.6º CP, que hoy sería el 83.1.9º CP. Sin embargo, la adopción no se hacía siempre con total respeto a la Ley por lo que diremos y, en mi opinión, en claro perjuicio del reo.

Si la obligación de satisfacer la responsabilidad civil se hacía por imposición de una condición, se estaba presuponiendo que dependía del reo exclusivamente satisfacerla o no, olvidando que este podía verse impedido si no tenía ingresos. Por tanto, creemos que imponer una condición que no depende de quien la tiene que cumplir sino de su mayor o menor fortuna, atenta contra lo previsto antes y ahora en materia de suspensión.

Pero, además, era frecuente que se impusiese dicha condición, como decíamos, sin respetar la Ley, porque se obviaba preguntar al reo con carácter previo, como establecía el anterior 83.1.6º y establece el actual 83.1.9º requerir la previa conformidad de este.

Lo que se echa en falta de la nueva regulación es la referencia a la declaración de insolvencia, ahora desaparecida sin que el legislador diga qué sucederá en aquellos casos en que el penado no pueda hacer frente a la responsabilidad civil en un “plazo prudencial”.

Otra novedad es la que viene reflejada en la LECrim como consecuencia de su reforma por la LO 1/2015 y que afecta al artículo 990, incorporando una previsión de seguimiento por parte de la Seguridad Social o la Administración Tributaria en delitos contra la Hacienda Pública, contrabando o contra la Seguridad Social, dándoles competencia para investigar, bajo la supervisión judicial, el patrimonio que pudiera resultar afecto al pago de las responsabilidades civiles derivadas del delito, informando al Juez o Tribunal sobre las modificaciones de las circunstancias

que pudieran ser relevantes para resolver sobre la ejecución de la pena, su suspensión o la revocación de esta última.

Puede tratarse de una medida acertada y dirigida a aquellos sujetos que tratasen de disipar su patrimonio para evitar el embargo, es decir, eficaz para impedir o detectar presuntos delitos de alzamiento de bienes. Obviamente, si se descubriese algún conato o consumación de una insolvencia punible, habría de dar lugar a la correspondiente incoación de un nuevo procedimiento penal por esos hechos.

El AAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de enero de 2005²⁷¹ concede la suspensión sin haber satisfecho la responsabilidad civil, al considerar la imposibilidad del reo de hacerlo y sin perjuicio de que lo pudiese hacer en un futuro si viniese a mejor fortuna.

En Italia (art. 163 del Codice Penale), la satisfacción de la responsabilidad civil no es, sin embargo, un requisito forzoso sino una condición que puede imponerse potestativamente para la concesión de la suspensión y en Alemania (art. 56 del Strafgesetzbuch) se concede pudiendo imponerse -como condición a cumplir posteriormente a la concesión- el pago de la responsabilidad civil en la medida en que al condenado le sea posible. Incluso puede acordarse como condición la de pagar una cantidad a favor de una institución de utilidad pública o a la Hacienda estatal (art. 56 b).

El anterior artículo 81.3 CP hablaba de la declaración de imposibilidad total o parcial de que el condenado hiciese frente a la responsabilidad civil, que podía ser declarada por el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal.

²⁷¹ “Si bien no se han satisfecho las responsabilidades civiles derivadas del delito, tal como se exige el artículo 81 citado, es lo cierto que el penado, dadas sus circunstancias y situación económica, que se encuentra imposibilitado de satisfacerlas, independientemente de que la misma no ha sido fijada aún, lo que permite, según el mismo precepto, dispensar de tal exigencia para la concesión de este beneficio penal sin perjuicio de que la misma, en un futuro llegare a mejor fortuna”.

En el Código Penal de 1973, su equivalente era el artículo 93, que no establecía dicho requisito para conceder la suspensión, siendo introducido como una clara muestra de protección a los perjudicados. Es decir, la exigencia de cumplir con la satisfacción al perjudicado no fue considerada hasta muy recientemente, como nos lo recuerda Ayo Fernández²⁷². Fue por primera vez en el Proyecto de Código Penal de 1980²⁷³, para verse plasmado en el Código Penal de 1995 ya desde su promulgación.

García Arán²⁷⁴ planteó en su momento qué sucede cuando se establece el pago aplazado de la responsabilidad civil, siendo partidaria de que se suspendiese la ejecución de la pena sin aguardar que se completase el pago, ya que podría demorarse. Su opinión la funda en que el hecho de aplazar el pago ya supone, en sí mismo, una declaración de insolvencia parcial.

Para Navarro Villanueva²⁷⁵, con la anterior regulación, se podía plantear un problema derivado de la posibilidad de que, conforme al artículo 115 CP, se pospusiese la determinación de la responsabilidad civil a un momento posterior al fallo, al ser esto posible. En esos casos, la autora entendía que, pese a haber comenzado la fase de ejecución, debería posponerse también la decisión sobre la suspensión de la misma, siendo inadmisibles una resolución denegatoria que se basase en no haber satisfecho la responsabilidad civil mientras esta no estuviese perfectamente determinada aunque, continúa Navarro, sí sería admisible si no se cumpliesen de partida el resto de condiciones que determinaba el anterior artículo 81 CP.

De igual modo, también podemos decir que es posible declarar la insolvencia del reo aún sin haberse determinado la responsabilidad civil y,

²⁷² Ayo Fernández, M. *Las Penas, Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 108.

²⁷³ Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de enero de 1980.

²⁷⁴ García Arán, M. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 108.

²⁷⁵ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 62.

por ello, accederse a la suspensión si se cumplen el resto de condiciones, principalmente en aquellos casos en que se prevé una responsabilidad cuya cuantía fuese inasumible. Sin embargo, en aquellos otros casos en que el importe a satisfacer fuese pequeño, debería constatarse en todo caso el esfuerzo del reo por cumplir, aunque fuese de forma aplazada, cuestión que nos situaría en tener que aguardar a la fijación exacta de la responsabilidad para acordar sobre la suspensión.

En realidad, con la anterior regulación el Juzgado o Tribunal no tenía que resolver con extrema prontitud sobre la suspensión salvo, a nuestro juicio, en el caso de que el reo estuviese en prisión provisional. De no estarlo, entendemos más oportuno que se agotasen las vías de investigación patrimonial a disposición del órgano jurisdiccional antes de confirmarse una posible insolvencia puesto que, de hacerse de forma apresurada y concederse el beneficio sin esa exhaustiva labor, no era causa de revocación la aparición posterior de bienes del condenado y, sin perjuicio de que pudiera decretarse en ejecución el embargo de los mismos, lo cierto es que desaparecido el temor al ingreso en prisión, desaparece fácilmente con este la voluntad de restituir al perjudicado.

Como apunta el AAP de Madrid (Sección 27^a) de 25 de octubre de 2012, incumbe al Juzgado o Tribunal que ha de decidir sobre la concesión o denegación del beneficio la labor de buscar bienes del reo con que hacer frente a las responsabilidades civiles con carácter previo, no siendo admisible la denegación por el mero hecho de que aquél no haya satisfecho las mismas si el órgano judicial nada ha hecho por agotar la búsqueda de bienes. Este planteamiento de la jurisprudencia queda perfectamente superado con las modificaciones introducidas en el Código Penal mediante la LO 1/2015 ya que, desde su entrada en vigor el 1 de julio de 2015, se parte de que el reo adquiera un compromiso de hacer frente a los pagos y el Juez o Tribunal entienda que puede hacerlo en un plazo razonable, bastando con ello para acordar la suspensión (sin esperar a que se complete el pago o esté este avanzado, para decidir). La novedad radica fundamentalmente en que el control se hace a posteriori de modo que si el penado no cumple su compromiso, sea esta una causa de revocación.

Sosteniendo una postura contraria encontramos el AAP de Jaén (Sección 3ª) 233/2012, de 18 de septiembre que hace recaer sobre el penado la obligación de vender una vivienda para con ello demostrar su voluntad de pago, denegando por ese motivo la suspensión solicitada al entender que existían bienes y no se hizo el pago.

Somos partidarios de la primera de las posturas, aquella que va en beneficio del reo sin suponer un perjuicio para la víctima o perjudicado ya que, existiendo bienes, podrá tarde o temprano verse resarcido. Ahora bien, creemos que hacer recaer en el reo dicha responsabilidad es hacer dejación de las funciones del Juzgado encargado de la ejecución a quien corresponde ejecutar el fallo, en el que se incluye la obligación de buscar bienes del ejecutado, embargarlos y subastarlos, si es necesario, hasta que se complete el pago de la responsabilidad civil.

Cuando, en cambio, el Juzgado o Tribunal encargado de la ejecución no busca bienes, no los embarga, no los subasta o los encuentra y no completa los ulteriores pasos hasta su realización -haciendo dejación de sus competencias y obligaciones- y termina denegando la suspensión por no haber procedido el reo a realizar dichos actos de forma voluntaria, consideramos que está olvidando que no se está ante la circunstancia de ganar una atenuante de reparación del daño sino en la de dar a la víctima su resarcimiento por el medio que sea y examinar la consecuencia de que el mismo se haya producido. La anterior regulación no expresaba que tuviese que ser el penado el que cumpliera voluntariamente con el pago de la responsabilidad civil sino que esta se hubiese satisfecho, incluso por la vía de apremio.

Además de ello, cuando un Juzgado o Tribunal adopta esta resolución y afirma que el penado tiene bienes y no ha pagado, es porque ya ha pasado un tiempo suficiente en que se ha constatado, por un lado, que existen estos y, por otro lado, que el reo no ha pagado vendiendo o liquidando los mismos; o bien que no aparecen dichos bienes pero que el Juzgado o Tribunal puede afirmar, sin lugar a dudas, que el reo dispone de un patrimonio que mantiene oculto y ello se detecta por su modo de vida. Por

tanto, a la vista de esas averiguaciones y conocimientos de que dispone el órgano judicial, podemos concluir que no estamos ya en el momento inmediato posterior a dictarse la sentencia sino en fase de ejecución –comenzada esta- y quizá incluso ante un órgano diferente del que dictó la sentencia, allá donde el CGPJ atribuye a un órgano en concreto la competencia funcional para ejecutar las resoluciones del resto de los de su categoría.

Se ha eliminado la referencia “salvo que el Juez o Tribunal sentenciador declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas“, introduciéndose como novedad por la LO 1/2015 algo de lo que hablaremos con detalle más adelante: el compromiso del reo de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso, con la puntualización de que sea razonable esperar que pueda ser cumplido en un plazo prudencial determinado por el Juez o Tribunal.

Hasta hace poco, con la anterior regulación, había que tener en cuenta el esfuerzo desplegado por el reo para afrontar las mismas, no bastando, como se dirá, la simple manifestación de no poder pagar si no se constata un esfuerzo claro por hacerlo. Sin embargo, la valoración del esfuerzo se hacía para considerar la peligrosidad criminal como voluntad reparadora por parte del reo, pero no implicaba que si la responsabilidad civil se hubiese satisfecho por la vía de apremio –sin mediar la voluntad del condenado- no pudiera entenderse cumplido el requisito (Almenar Berenguer²⁷⁶).

Puntualizando este comentario, veíamos difícil que se produjese el apremio antes de decidir sobre la suspensión pues, como sabemos, se ha de decidir antes de iniciar la ejecución de la pena y cualquier procedimiento de apremio se tomaría en fase de ejecución con la única salvedad de que se hubiese asegurado la responsabilidad civil a lo largo del proceso penal pero,

²⁷⁶ Almenar Berenguer, M. “Apuntes sobre algunos problemas prácticos que suscita la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, con especial referencia a la incidencia de las últimas reformas de la parte general del Código Penal”, Diario de Jurisprudencia El Derecho nº 2.272, año 2006.

en ese caso, no habría una satisfacción efectiva sino una medida cautelar, como por ejemplo el embargo de un bien que hubiera de realizarse para lograr el pago.

De igual modo, el pago hecho incluso por un responsable civil (directo o subsidiario) es pago, en definitiva, y se ha de entender cumplido el requisito (Almenar Berenguer²⁷⁷).

Como ya adelantábamos, había ocasiones en las que, a pesar de declararse la insolvencia formal del reo, hoy desaparecida su mención en el Código, se denegaba la suspensión porque el Juzgado o Tribunal albergaba serias sospechas de que no existía tal insolvencia en la práctica, viniendo a deducirla por el hecho de que el reo confiase su defensa a un abogado de confianza y por otros signos externos de riqueza (ATC de 13 de noviembre de 2000)²⁷⁸.

Como muestra de la jurisprudencia menor favorable a la concesión del beneficio cuando el Juzgado había declarado la insolvencia del reo y este cumplía mínimamente haciendo los pagos que, con esfuerzo, le eran posibles, encontramos la SAP de Las Palmas (Sección 1ª) 330/2015, de 9 de junio.

El problema que representaba en el pasado que se concediese la suspensión con el mero establecimiento de un plan de pagos es que debía ser el Juzgado sentenciador, antes de comenzarse la ejecución, el que concediese o no la misma y, de concederse e incumplirse a posteriori dicho plan de pagos, no existía previsión legal para la revocación del beneficio por dicho motivo, de modo que podría burlarse la pena de prisión de este modo.

²⁷⁷ Almenar Berenguer, M. “Apuntes sobre algunos problemas prácticos que suscita la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, con especial referencia a la incidencia de las últimas reformas de la parte general del Código Penal”, cit.

²⁷⁸ Dice literalmente: “*y cabe entender fundadamente que el dinero ilícitamente incorporado a su patrimonio, lo continúa disfrutando, si bien que sustraído de la posibilidad de localización por el Juzgado*”.

Hoy es cuestión superada al preverse dicho incumplimiento como expresa causa de revocación de la suspensión (art. 86.1.d).

La concurrencia de las anteriores condiciones no es, por sí misma, determinante para que haya de acordarse la suspensión de forma automática puesto que el reo no goza de un derecho en ese sentido y el Juez o Tribunal dispone de esa facultad, debiendo además valorar otras circunstancias como las personales del reo, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en especial el esfuerzo por reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión (antes se valoraba un concepto jurídico indeterminado como era la peligrosidad criminal del sujeto, a que hacía alusión el art. 80.1, párrafo segundo, de la anterior regulación).

Citaremos, por su trascendencia mediática, el AAP de Málaga (Sección 2ª) de 3 de noviembre de 2014, en el famoso asunto que condenó a Isabel Pantoja, junto a otras personas, por un delito de blanqueo. El referido auto denegó la suspensión de la ejecución de la pena a la cantante, a pesar de concurrir los requisitos objetivos para ello, por una razón de ejemplaridad, citando concretamente que las normas jurídicas tienen un *“carácter ejemplar -que no ejemplarizante- en la medida en que suponen un patrón de conducta que todos debemos seguir”*.

Para la Sección de Audiencia, la conducta desplegada por la Sra. Pantoja contuvo un plus de reprochabilidad, por su fama, por el cargo político de su ex-pareja, valiéndose de ambas circunstancias para cometer el delito de blanqueo, de modo que desaconsejaban, por la finalidad de prevención de la pena, optar por la suspensión.

A nuestro juicio, a pesar de que se quiso evitar que se pensase que se trataba de una resolución ejemplarizante, nada hace indicar que no fuese así. Cumpliéndose los requisitos objetivos y no existiendo riesgo de reiteración delictiva, como también se apuntaba en el referido auto, no vemos otro motivo para denegar el beneficio sino el de dar ejemplo, como se indica en

el párrafo extractado, no siendo partidarios de sentencias ejemplarizantes en función del condenado de que se trate.

Acerca de la peligrosidad criminal, de la que ya hemos hablado en otro capítulo, si pensamos que la misma pudiera ser la propensión del condenado a delinquir de nuevo, se hace difícil una valoración que no implique prejuicio alguno, por más que el Juzgador tendría que considerar, qué duda cabe, concretos indicios que pudieran conducirle a la denegación del beneficio con base en que aquellos predisponían al reo a delinquir. Y habría que hacer un estudio detallado de cuáles pudieran ser los datos a considerar en ese sentido.

Navarro Villanueva²⁷⁹ criticaba la imprecisión de la Ley a la hora de fijar el alcance del presupuesto de ausencia de peligrosidad criminal, que debe ser suplida por una suficiente modificación de la resolución judicial sobre la concesión o denegación del beneficio.

Para Muñoz Conde²⁸⁰, ese concepto de “peligrosidad criminal” era hasta hace poco extraño al sistema de penas y más bien relacionado con las medidas de seguridad, puesto que es aplicando estas últimas donde se elimina dicha peligrosidad. Dicho de otro modo, la pena no es el medio para eliminar la peligrosidad; la medida de seguridad, sí.

Partidarios de la opinión de Muñoz Conde, podemos también pensar que haya quien pretenda la eliminación de la peligrosidad por la vía de la pena restrictiva de libertad aunque ello forme parte de la pena y no de la medida de seguridad, destinada a garantizar la misma.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, vino a añadir la valoración de la existencia de otros procedimientos penales contra el sujeto, hoy expresado

²⁷⁹ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, Barcelona, Bosch, 2002, pág. 65.

²⁸⁰ Muñoz Conde, F. *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 558.

de diferente modo en el artículo 80.1 CP. Para Muñoz Conde, a cuya reflexión nos sumamos, si esos procedimientos penales estaban pendientes, todavía no era conocido que el imputado o procesado fuese culpable de los hechos que en ellos se investigasen y, por tanto y por el respeto al derecho a la presunción de inocencia, solo debía desaconsejarse la suspensión si existía riesgo de sustraerse a la acción de la Justicia.

Sobre el concepto de peligrosidad criminal, Almenar Berenguer²⁸¹ apuntaba que, a falta de informes criminológicos previos, había que atender a datos como “las condenas por delitos imprudentes, por faltas o por hechos posteriores, la necesidad de recurrir a la vía de apremio para conseguir el abono de las responsabilidades civiles, el abono por persona distinta al interesado...”.

Hoy ha desaparecido la referencia antes contenida en el art. 80.1 relativa a que, al tiempo de considerar la concesión del beneficio, hubiese de tener en cuenta el Juez si existían otros procedimientos penales contra el reo.

Tal como afirma Hurtado Yelo²⁸², el Juez ha de jugar a ser “futurólogo” tratando de adivinar cuál será el comportamiento futuro del reo y si, dejándolo en libertad, delinquirá de nuevo o no, tarea difícilísima, máxime cuando no se cuenta para dicha labor con pauta alguna, más allá de

²⁸¹ Almenar Berenguer, M. “Apuntes sobre algunos problemas prácticos ...”, cit.: *“por peligrosidad criminal puede entenderse, a la luz del art. 95,1,2ª CP EDL 1995/16398, el pronóstico de comportamiento que revela la probabilidad de comisión de nuevos delitos, lo que exigirá valorar todos aquellos factores a través de los cuales pueda deducirse que en el sujeto no existe una resistencia a la integración social, y entre ellos, su personalidad, su trayectoria vital, su instrucción, su actividad laboral, su situación familiar y social, su estado físico y mental..”*.

²⁸² Hurtado Yelo, J.J. “La peligrosidad criminal como criterio para denegar la suspensión de las penas privativas de libertad”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 5/2009, parte estudio, Aranzadi, Pamplona, 2009.

las que puntualmente han venido estableciendo algunos Tribunales (AAP de La Rioja, Sección 1ª, de 16 de marzo de 2007²⁸³).

Sobre el concepto “delinquir”, a raíz de la desaparición de las faltas en nuestro Código Penal, la cuestión acerca de si la comisión de las mismas podía interpretarse en el sentido de delinquir es ya algo superado. Sin embargo, mientras existieron no era una cuestión pacífica, si bien podemos decir que eran más los autores que las excluían del referido concepto que los que no. Entre los partidarios de la exclusión, citaremos a Mapelli Caffarena²⁸⁴, García San Martín²⁸⁵, García Arán²⁸⁶, Vidal Castañón²⁸⁷, Llorca Ortega²⁸⁸, Berdugo y Gómez de la Torre²⁸⁹, o Almenar Berenguer²⁹⁰. En sentido contrario, Ayo Fernández²⁹¹.

Ello sin perjuicio de que la comisión de una o más faltas pudiera, en su día y cuando existían, evidenciar la peligrosidad criminal del sujeto y, por ende, justificar la denegación del beneficio de la suspensión de la ejecución.

²⁸³ “Las circunstancias del autor, los hechos penales en los que él mismo haya participado, con existencia de procedimientos de esta índole contra él, así como la peligrosidad y características de los hechos que le son imputables”.

²⁸⁴ Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Navarra, 2011, pág. 129.

²⁸⁵ García San Martín, J. *La suspensión de la ejecución y sustitución de las penas*, Dykinson, Madrid, 2012, pág. 27.

²⁸⁶ García Arán, M. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 105.

²⁸⁷ Vidal Castañón, A. *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad: análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor*, Bosch, Barcelona, 2006, págs. 32 y 60.

²⁸⁸ Llorca Ortega, J. “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad”, *Estudios de Derecho Judicial*, Cendoj, 1996.

²⁸⁹ Berdugo y Gómez de la Torre, J.R. “Alternativas a las penas de prisión...”, cit.

²⁹⁰ Almenar Berenguer, M. “Apuntes sobre ...”, cit.:

“la expresión “delinquir” se ha interpretado en sentido literal (etimológico) y restrictivo como “comisión de un delito”, excluyendo por tanto la comisión de infracciones constitutivas de “falta”. Obsérvese que, cuando el legislador ha querido aludir expresamente a las “faltas”, así lo ha hecho (cfr. art. 80,3 CP EDL 1995/16398)”.

²⁹¹ Ayo Fernández, M. *Las Penas, Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 106.

Aunque algún autor también se ha mostrado favorable a que no se entienda que concurre primeridad delictiva cuando se cometen varios delitos en concurso real y se condena por los mismos, lo cierto es que la tesis mayoritaria sí reconoce al reo como delincuente primerizo para todos los delitos cometidos de consuno. En sentido contrario encontramos a Juanes Peces²⁹².

A nuestro juicio, esta última postura –sin perjuicio de que ya es una cuestión clarificada por la reforma del Código producida por la LO 1/2015–quebraba ya antes el principio de legalidad penal puesto que la Ley habla del que hubiere delinquirido por primera vez y, juzgándose en un mismo procedimiento todos los delitos en concurso real, la sentencia se dicta en el mismo acto para todos ellos y para ninguno antes que otro, teniéndose que apreciar que, incluso si se atendiese al orden en que se enumeran las condenas en el fallo, la firmeza alcanza a todas al mismo tiempo, siendo posible su recurso en principio (con la salvedad de los aforados que fueren condenados por el Tribunal Supremo).

Por tanto, considerar que ya se ha delinquirido cuando no existe una sentencia firme por delito al tiempo de producirse la condena por el segundo o ulteriores, es en mi opinión ilógico y contrario al principio de legalidad desde el momento en que el Código Penal no lo establece expresamente y está prohibida la analogía o cualquier interpretación extensiva en contra del reo.

3.2.- Ámbito del juicio rápido.

El artículo 801 LECrim faculta al Juez de Instrucción en funciones de guardia para dictar, dentro del ámbito del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, sentencias de conformidad.

²⁹² Juanes Peces, A. “Suspensión de condena y sustitución de las penas privativas de libertad en el ámbito castrense”, Derecho y Proceso penal nº 19/2008, Aranzadi, Pamplona, 2008.

El reo puede así beneficiarse de la reducción de un tercio de la pena por medio de expresar su conformidad con la calificación efectuada por el Ministerio Fiscal o la más grave de las formuladas si hubiese acusador particular.

Si las partes expresan en ese acto, como suele suceder ya que ha habido conformidad, su voluntad de no recurrir, el Juez declara firme la sentencia de forma oral.

También en ese acto, si la pena es privativa de libertad, se pronunciará sobre su suspensión, si ello es posible. En este concreto ámbito del juicio rápido, ya existía la previsión de que el Juez acordase la referida suspensión bastando el compromiso del reo de satisfacer las responsabilidades civiles, algo que hoy ha sido incorporado al artículo 80 CP por la reforma operada por LO 1/2015, pero que hasta entonces sólo estaba previsto en el artículo 801 LECrim, constituyendo una fuente de problemas al no ser causa de revocación el posterior incumplimiento, como lo es hoy.

De igual modo, se añadía un plus de confianza en el reo al permitirse conceder la suspensión con el compromiso de este de conseguir la certificación de encontrarse deshabitado o en tratamiento, en el caso de haber cometido el delito por adicción a las drogas o el alcohol.

Tras estas resoluciones, el Juzgado de instrucción remite las actuaciones para su ejecución al Juzgado de lo penal correspondiente. La mayoría de suspensiones de ejecución de la pena que se conceden en sentencia, lo son en el seno de un juicio rápido con conformidad, siendo cada vez más raro que se concedan en la sentencia de procedimientos contradictorios (sin conformidad), donde lo habitual es que se deje para resolver posteriormente mediante auto.

Por otra parte, también hay juicios rápidos donde no se concede la suspensión por no cumplirse los requisitos para ello. En esos casos, no es habitual que se le diga al penado en ese momento sino que se resuelva

posteriormente mediante auto y ello tiene un claro elemento de lógica pues, si el reo sabe que no se le concede la suspensión, o bien es conducido ya a prisión o mejor que lo sepa posteriormente y sea conducido entonces, porque en el ínterin puede tener la tentación de huir. De ahí que sea más usual tomar esa decisión en el juzgado de ejecutorias salvo, como decimos, que el penado sea conducido inmediatamente a prisión desde el juicio rápido.

En mi opinión, al tiempo de celebrarse el juicio rápido, es bastante habitual que el Juzgador no disponga de todos los elementos necesarios para pronunciarse sobre la suspensión de la ejecución y también se une a esa dificultad la premura por dictar sentencia oralmente, al tratarse de un procedimiento de conformidad en el que, para poder el acusado beneficiarse de la rebaja del tercio de la pena, debe acceder a dicha conformidad pero, sin duda, tiene interés en que quede claro que también se le va a suspender la ejecución. Si a todo ello sumamos que el Juzgado suele celebrar varios juicios rápidos en la misma mañana, el ambiente en el que el Juez trabaja es de sumo estrés, poco tiempo para reflexionar y falta de medios materiales para adoptar su decisión.

A paliar estas carencias ha venido, sin duda, la nueva regulación de la suspensión ya que, actualmente, se prevé como causa de revocación el incumplimiento de obligaciones vinculadas a la satisfacción de la responsabilidad civil, la cooperación en la identificación de bienes, el decomiso, etc.

Como curiosidad, el AAP de Madrid (Sección 30ª) 736/2012, de 17 de octubre en el que, a pesar de no haber sido satisfecha por el penado la responsabilidad civil, se acuerda la suspensión como consecuencia de la renuncia a la responsabilidad civil, manifestada por los herederos del perjudicado tras el fallecimiento de este.

Claramente, para determinar si el penado ha incumplido su obligación de satisfacer la responsabilidad civil esta habrá de estar perfectamente determinada, siendo improcedente denegar el beneficio en tanto no lo esté,

como se resuelve en el AAP de Madrid (Sección 7ª) 212/2012, de 5 de marzo, salvo –añado– que fuese imputable al propio reo cualquier demora en concretar dicha responsabilidad²⁹³. En un caso así, entendemos que podrían existir indicios de una nula o escasa voluntad del reo por reparar el perjuicio, que debiera ser considerada a la hora de resolver sobre la suspensión.

La SAP de Las Palmas (Sección 1ª) 124/2014, de 6 de junio²⁹⁴ nos deja una buena síntesis doctrinal acerca de la declaración de insolvencia, su

²⁹³ Pensamos en un asunto donde se condenó al acusado a entregar una licencia de actividad o, alternativamente, a pagar 3.000 euros al mes al perjudicado en tanto no fuese entregada. El condenado demoraba la entrega con ardides como entregar una fotocopia y, con ello, la responsabilidad civil no dejaba de aumentar mes a mes, de modo que le era imputable al propio reo la demora en concretarla.

²⁹⁴ *“En ese sentido la doctrina ha afirmado que si el Código Penal concede un cierto ámbito de valoración al Juez, en orden a la concesión de la suspensión, en función de las capacidades económicas de cumplimiento del penado, deberán evitarse presunciones contrarias a reo, y por tanto, denegar el beneficio solo en aquellos casos en los que quede acreditada la no voluntad de cumplimiento de la responsabilidad civil, en caso de poder hacerlo, por parte del penado, criterio este que ha sido empleado en diversas ocasiones por la denominada jurisprudencia menor para resolver sobre la concesión del beneficio de la suspensión, resultando ilustrativo el AAP de Lérida, sección 1ª de fecha 29.6.2011, al exponer en interpretación de dicho requisito ".resulta que el penado no ha satisfecho cantidad alguna de la indemnización a cuyo pago también vino condenado, sin que conste la absoluta imposibilidad de hacer el menor pago y ello con independencia a la declaración formal de insolvencia. Al respecto entiende la Sala que el tenor literal del apartado tercero del artículo 81 del C.P. ("Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas") es más amplio que la mera declaración formal de la situación de insolvencia por cuanto que para que pueda accederse al beneficio es necesario que se aprecie una efectiva imposibilidad, total o parcial, del condenado para hacer frente a la satisfacción de las responsabilidades civiles. Y la razón de aquella exigencia obedece a que lo que se pretende no es tanto la exacción de la responsabilidad civil sino valorar si el condenado es merecedor del beneficio de la suspensión, cuestión que debe ser valorada por el Juez o Tribunal sentenciador atendiendo a los criterios marcados por los artículos 80 y siguientes del Código Penal . Y en este sentido ha de significarse que la norma del artículo 81.3 responde a la creciente importancia político criminal que ha venido adquiriendo en los últimos años la protección de la víctima y que, resulta desalentador a estos efectos que en todo el tiempo transcurrido desde la condena no haya habido ningún gesto por parte del condenado en orden a la satisfacción de tal responsabilidad, cuestión que ha de ser valorada dentro del ámbito de discrecionalidad que le confiere la Ley a la hora de denegar la suspensión interesada. Por ello la Sala ha venido considerando que no basta la mera declaración de insolvencia en la pieza de responsabilidad civil para que pueda apreciarse una imposibilidad de pago, pues si así*

mero carácter formal y la obligación de atender a los esfuerzos desplegados por el reo para cumplir con el pago.

En cambio, el AAP de Madrid (Sección 17ª) 861/2012, de 22 de junio nos parece del todo acertado al denegar el beneficio a un reo que asumió el compromiso de satisfacer una determinada responsabilidad civil en unos plazos también determinados, todo en una sentencia de conformidad, sin que posteriormente hiciese pago alguno. La Audiencia entiende que, si se comprometió a hacer los pagos, es porque en aquel momento podía hacerlos en la forma acordada. Ello evidencia, en mi opinión, una burla a la Administración de Justicia o un menosprecio a la misma y a la víctima, que debe impedir la suspensión pretendida aunque no debe olvidarse que, las más de las veces, el reo se deja aconsejar de su abogado, acepta la conformidad y no recibe –quizá– con carácter previo la información suficiente de modo que no puede valorar sosegadamente si va a poder cumplir o no en los plazos establecidos.

A ello, tristemente, contribuye la carga de trabajo de los Juzgados y Tribunales puesto que, cuando se propone la conformidad y las condiciones, se hace a toda prisa y en idas y venidas del abogado entre la sala de vistas (donde, en posición privilegiada, se encuentra el Fiscal) y el exterior donde aguarda su cliente mientras se ultima el pacto y ya que solo cuando este está concluido entrará para prestar su conformidad. En definitiva, la rapidez y la escasa información hacen, en muchas ocasiones, que el reo acepte unas condiciones que no va a poder cumplir, posponiéndose el problema a la fase de ejecución aunque, eso sí, evitándose la celebración de un juicio que no suele gustar a ninguno de los operadores jurídicos.

Magro Servet²⁹⁵ apunta que, en los delitos patrimoniales, “*resulta inadmisibile que una persona se haya beneficiado económicamente de otro u*

fuera ya no se exigiría por el citado precepto una especial declaración judicial acerca de la imposibilidad del condenado para hacer frente a la responsabilidad civil, de modo que lo que se exige es la acreditación de una efectiva imposibilidad o la existencia de un mínimo esfuerzo encaminado a cumplir con aquella obligación”.

²⁹⁵ Magro Servet, V. “La insolvencia del condenado con relación a las solicitudes de suspensión y sustitución de la pena”, Base de datos de bibliografía El Derecho, marzo 2011.

otros con la comisión de un hecho delictivo, que un Juez o Tribunal penal haya reconocido ese hecho como delito y fijado en la sentencia la existencia de unas responsabilidades civiles que abonar, y que más tarde el penado postule la suspensión de la ejecución de la pena aportando documentación relativa a su situación de insolvencia, lo que, cuanto menos, no deja de ser sorprendente atendido que nos encontramos ante un delito de carácter económico en el que hay un perjuicio cuantificable y evaluable en dinero que no ha sido reintegrado todavía y sobre el que el penado plantea el beneficio pena”.

3.3.- Posibles errores de interpretación.

Creemos que, en ocasiones, Juzgados y Tribunales hacen una interpretación errónea y en contra del reo respecto del juego de condiciones y el pago de la responsabilidad civil.

Por citar un ejemplo, el AAP de Castellón (Sección 2ª) 212/2013, de 20 de mayo, en que se mezclan los conceptos del siguiente modo: por una parte al reo ya le fue concedida la suspensión de la ejecución de la pena tres años antes de la resolución citada, si bien se dice que condicionada “*a que no delinquiera en el plazo de dos años*” (hasta aquí debemos estar de acuerdo) y a que “*abonara la responsabilidad civil de 600 euros en el plazo de un mes*”. Como el reo no abonó la responsabilidad civil, transcurridos tres años, el Juzgado encargado de la ejecución debió resolver su ingreso en prisión y la defensa del reo pidió la sustitución de la pena.

No podemos achacar toda la interpretación incorrecta a la Audiencia Provincial porque entran en juego más autores; en concreto, el Juzgado encargado de la ejecución, el abogado de la defensa y el Fiscal. Pero lo cierto es que ninguno de ellos debió darse cuenta de que el Código Penal, en la versión entonces vigente, no contenía ninguna condición en su artículo 83 que permitiese vincular la suspensión ya concedida al pago de la responsabilidad civil, salvo que se hiciese con la anuencia del penado por la

vía del art. 86.1.6ª CP, cosa que no constaba. Es algo que, desgraciadamente, sucede o sucedía con cierta frecuencia.

Si manejamos el Código vigente, el impago de la responsabilidad civil se configura como causa de revocación (art. 86.1.d) pero no en la versión anterior a la LO 1/2015, donde el pago de la responsabilidad civil era condición previa -para mí, requisito- para la concesión de la suspensión. Por tanto, haber concedido la misma y pretender una vez transcurrido el plazo que no tenga efecto por incumplir una condición, inexistente en el Código Penal, que debió haberse tenido en cuenta con carácter previo a la concesión, entendemos que no encuentra amparo legal y supone una fuente de inseguridad jurídica.

Si se le concedió al penado el beneficio, solo se pudo condicionar a alguna de las condiciones expresamente contenidas en el Código y el incumplimiento de otra no contenida como tal no puede ser considerado sino un error de los operadores jurídicos, comenzando por el Juzgado que la impuso. Y, en modo alguno a nuestro juicio, puede conllevar que, transcurridos tres años sin haber delinquido y no habiéndose incumplido otra condición más que la erróneamente impuesta (por no tener soporte legal), se pretendan retrotraer las actuaciones, por la vía de hecho, al momento en que se debió valorar la falta de pago de la responsabilidad civil para acceder o no a la concesión del beneficio. En ese sentido se manifiesta igualmente Hurtado Yelo²⁹⁶. Entre otras cosas porque la condición, mal impuesta en principio por no contar con la anuencia del penado, se debió cumplir en un mes y, en cambio, el juzgado esperó tres años para resolver sobre la revocación.

A nuestro parecer, con el Código Penal anterior, el Juzgado que resolvió sobre la concesión no debió haberla concedido sin, previamente, pagar la responsabilidad civil²⁹⁷ o declarar la insolvencia del reo, puntualizando que se trataba de 660 euros, cantidad poco significativa. Sin

²⁹⁶ Hurtado Yelo, J.J. “La peligrosidad criminal como criterio para denegar la suspensión de las penas privativas de libertad”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 5/2009, parte estudio, Aranzadi, Pamplona, 2009.

²⁹⁷ en ese sentido, el AAP de Zaragoza (Sección 1ª) 371/2006, de 31 de julio.

embargo, si accedió a suspender, nunca pudo establecer como condición a posteriori la que se erige en la Ley como condición a priori, esto es, el pago de la responsabilidad civil. El posterior impago por el penado, por tanto, supone incumplir una condición que el CP no prevé y, por tal motivo, no susceptible de ser valorada como causa de revocación, a diferencia de lo que sucedería con el incumplimiento de cualquiera de las recogidas en el artículo 83 o, actualmente, en el caso de no pagar habiendo adquirido el compromiso de hacerlo.

Pero, a mayor abundamiento, si es que se hubiese incumplido una verdadera condición, se debiera haber acudido a lo previsto en el anterior artículo 84.2 CP que contemplaba otras medidas menos drásticas como la sustitución de la regla impuesta o la prórroga del plazo, ya que la revocación solo se contemplaba para incumplimientos reiterados (cosa distinta del caso) y, obviamente, dentro del periodo de prueba, nunca transcurrido el mismo (art. 84.2). Por todas estas conclusiones, entendemos que el referido auto – que no es un caso aislado, por desgracia- supone un grave desconocimiento del contenido del Código Penal en contra del reo al que, en ocasiones, tampoco ayudan el resto de operadores jurídicos comenzando por su defensor.

3.4.- El impago de la multa no es causa de denegación de la suspensión.

La multa es una clase de pena que no implica privación de libertad. Sabemos que la suspensión de la ejecución de la pena se refiere únicamente a aquellas privativas de libertad, incluida la que se derivase del impago de una multa, que también es susceptible de ser suspendida.

Sin embargo, dentro de las condiciones que el artículo 80 actual establece y las que establecía el anterior 81, no se encuentra la de que se haya satisfecho la multa sino la responsabilidad civil. Sabemos, además, que antes del pago de la pena de multa, cuando esta se impone, por el orden de prelación que determina el artículo 126 CP, procede destinar los pagos que efectúe el penado o el responsable civil subsidiario, en primer lugar a la

reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios (en definitiva, la responsabilidad civil) y en quinto lugar, después de otros pagos, a la multa.

Con ello, queremos decir que es posible que el penado haya pagado la responsabilidad civil y no la multa pero nunca al contrario puesto que ninguna cantidad se imputará al pago de esta en tanto la primera no se halle totalmente satisfecha.

Así pues, no siendo condición para la suspensión de la ejecución de la pena el hecho de no haber afrontado el pago de la multa, es perfectamente posible conceder el beneficio si se cumplen los demás requisitos (primeridad delictiva, etc.) y bajo la discrecionalidad reglada del Juzgado o Tribunal, que habrá en todo caso de motivar su decisión²⁹⁸.

Cuestión distinta será que el impago de la multa dé lugar a la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 CP que, en la nueva versión tras la modificación operada por LO 1/2015, permite que dicha responsabilidad personal se cumpla por medio de localización permanente o trabajos en beneficio de la comunidad.

Cuando se impone una pena de multa y esta no se satisface, conforme al tenor del art. 53 CP, se transforma en responsabilidad personal de forma subsidiaria²⁹⁹ y, entonces, el reo deberá cumplirla con días de privación de libertad –que, si se trata de un delito leve, puede cumplirse con localización permanente- o trabajos en beneficio de la comunidad.

²⁹⁸ Como exponente de cuanto hemos dicho, encontramos el AAP de Granada (Sección 2ª) 163/2012, de 16 de marzo.

²⁹⁹ Un antecedente lo encontramos en Lardizábal y Uribe, M. de. *Discurso sobre las penas*. Edición de Andrés Moreno Mengíbar, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2002. En su página 123 afirma que “*el que invade los bienes de otro sin perjudicarle en su persona, debería ser castigado con penas pecuniarias; pero si no tiene bienes, como sucede muchas veces, no debe quedar el delito impune. En todos estos casos y otros semejantes es necesario imponer otras penas; pero procurando siempre apartarse lo menos que sea posible de la analogía que debe haber entre la pena y el delito*”.

La satisfacción de la multa es posible que se obtenga tanto de forma voluntaria como por la vía de apremio, sin que el hecho de que tenga que ser cobrada de este último modo pueda implicar consecuencias peyorativas para el reo, es decir, tanto importa que el penado pague voluntariamente como que se le tenga que cobrar por la vía de apremio. A nuestro juicio, la situación no debería tener la misma consideración pero no dejamos por ello de reconocer que existen circunstancias que pueden hacer que se justifique la igualdad de tratamiento y ello porque, en ocasiones, el órgano judicial inicia la vía de apremio con suma rapidez, sin dar tiempo al penado a pronunciarse o aportar bienes, de tal modo que no siempre que se acude a la vía de apremio es porque el reo no ha querido pagar de buen grado. Ahora bien, fuera de esos casos, cuando conste que se ha requerido y dejado transcurrir un tiempo mínimo sin que el condenado se haya manifestado, somos partidarios de que el órgano encargado de la ejecución no tenga la misma consideración con quien pagó voluntariamente que con quien no lo hizo.

Conforme al precepto, para imponer la privación de libertad no se requiere la audiencia al penado, que solo es exigible para imponer los trabajos. A nuestro juicio, la razón de ser es que, en el caso de los trabajos en beneficio de la comunidad, se requiere una actitud colaborativa del reo ya que si se niega a trabajar resultaría absurdo imponerle dicha pena. De cualquier modo, entendemos que, como medida menos gravosa, debería optarse siempre por tratar de imponerla oyendo al reo y, de no aceptar este, imponerse la privación de libertad.

Si la responsabilidad personal que se adopta es, al final, la privación de libertad y no los trabajos en beneficio de la comunidad, hay que plantearse si es posible su suspensión o no, ya que, en principio, no es una pena impuesta como principal sino como derivada del impago de una multa.

En ese sentido, parece no haber duda de que dicha suspensión es posible³⁰⁰ ya que, conforme al artículo 35 CP, se trata de una pena privativa de libertad y el artículo 80.1 CP permite que las mismas se dejen en suspenso cuando se cumplen el resto de requisitos para ello³⁰¹.

Voces críticas³⁰² se alzan contra la imposición de multas a reos con escasos recursos económicos, pues se les está abocando a un cumplimiento de prisión casi seguro si no van a poder satisfacerlas, salvo que se opte por imponerles trabajos cuando no paguen la multa. Una cuestión, desde luego, poco lógica puesto que, si se sabe que el penado carece de recursos, lo más procedente sería imponerle de forma directa una pena que, aun resultándole gravosa porque para eso es una pena y debe ser aflictiva, pueda ser cumplida por el mismo, descartando de este modo tener que llevar a cabo un periplo de resoluciones y recursos, como son los que pueden plantearse en cuanto no satisfaga la multa y el Juzgado o Tribunal pretenda imponerle prisión por la vía del artículo 53, salvo que se opte por los TBC.

La Consulta de la FGE 4/1999, de 17 de setiembre, concluye que sí es posible suspender la pena privativa de libertad que deriva de la responsabilidad personal por impago de multa a tenor de los artículos 80.1 y 35 CP, ya que el primero establece que “los Jueces y Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad” y el segundo que “son penas privativas de libertad (...) la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa”.

Ahora bien, si se sustituye la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa por trabajos en beneficio de la comunidad (art. 53.1 CP), no puede suspenderse esta pena al no ser privativa de libertad.

³⁰⁰ Llorca Ortega, J. “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad”, Estudios de Derecho Judicial, Cendoj, 1996.; De Sola Dueñas, A. “Penas alternativas, formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal”. Revista de Derecho Penal y Criminología nº 6, 1996, págs. 1.201-1.225; Sierra López, M.d.V. “Algunas cuestiones ...”, cit., pág. 153.

³⁰¹ STC 209/1993, de 2 de agosto.

³⁰² González Zorrilla, C. en *Penas alternativas a la prisión*. Cid Moliné, J., Larrauri Pijoan, E. y otros, Bosch, Barcelona, 1997.

También se plantea en dicha consulta si el impago de multa, transformado en días de privación de libertad, ha de sumarse a otra pena privativa de libertad acordada de tal modo que pudiera dar lugar a engrosar la misma llegando a impedir que se acordase la suspensión por exceder del límite de dos años. La respuesta es negativa, porque además de aclararlo el artículo 80.2.2ª CP, porque la mejor o peor situación económica no debe ser condicionante para poder eludir la prisión, teniendo en cuenta el caso en que alguien hubiese sido condenado a pena privativa de libertad de dos años y multa y no pagase la segunda.

En apoyo de esta consideración se alzaba, con la anterior regulación, el hecho de que la responsabilidad civil, cuyo pago era necesario para acordar la suspensión, podía ser eludida por medio de la declaración de insolvencia cuando procedía y no sería equitativo que, acordándose dicha insolvencia, se incurriese en el absurdo de computar la responsabilidad personal para impedirlo.

CAPÍTULO III.- SUSPENSIÓN POR DROGODEPENDENCIA.

1.- INTRODUCCIÓN. RAZÓN DE SER Y ORIGEN.

Aunque el encabezamiento de este capítulo se titule suspensión por drogodependencia, en realidad, el actual artículo 80.5 CP (antes 87) lo que hace es facultar al Juez o Tribunal para, aun cuando no concurren todas las circunstancias que se exigen en la suspensión ordinaria, otorgar el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena si el reo cometió el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias que señala el artículo 20.2º CP. Es decir, se hace un reenvío para completar la norma.

La norma a la que se nos reenvía no solo habla de drogodependientes, de modo que aunque, muy frecuentemente, se suele tratar la cuestión de una forma simplificada, también se incluyen los que cometieron los hechos en estado de intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas. Las demás referencias, podemos entenderlas comprendidas dentro del término drogadicción (drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos). Algunos autores hablan de delincuencia funcional al consumo (Sánchez Yllera³⁰³).

Sin embargo, si se usa con frecuencia el término drogodependencia es porque la inmensa mayoría de supuestos de suspensión del artículo 80.5 se refiere a drogodependientes, siendo los menos el resto.

El fundamento de esta causa de suspensión tiene una doble vertiente: por un lado, el común a la suspensión ordinaria en cuanto que evitar el efecto corruptor de la vida carcelaria y el escaso efecto resocializador que tienen las penas privativas de libertad de corta duración, aunque a veces se trate de individuos reincidentes; por otro, evitar que el ingreso en prisión

³⁰³ Sánchez Yllera, I. *Comentarios al Código penal de 1995*, Dir. Tomás Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 492.

frustre la deshabitación del reo respecto de las drogas o el alcohol. De entre ambos, el que prima es sin duda el segundo ya que la inclusión de esta causa de suspensión en el Código penal obedeció más bien a razones humanitarias, muestra de lo cual es que se pueda acordar para penas de hasta cinco años y en sujetos reincidentes.

Sin embargo, hay en esta modalidad de suspensión un interés por incentivar la deshabitación a las drogas, pero no solo en aquellos supuestos en que el penado sigue siendo toxicómano sino también en aquellos en que, al tiempo de decidir sobre la suspensión, este ya se ha deshabitado. Si el fin perseguido fuese evitar que la cárcel frustrase el tratamiento, nada impediría que aquellos reos ya rehabilitados ingresasen en prisión. Sin embargo, creemos que, para los que todavía no se han rehabilitado, la consigna es evitar la prisión porque frustraría el tratamiento y, para los ya rehabilitados, se trata de que el contacto con el ambiente carcelario no les lleve de nuevo a las drogas y de que se sientan premiados por haber alcanzado tan difícil meta como es la de abandonar el consumo.

Como dice Sáez Malceño³⁰⁴, estadísticamente la delincuencia patrimonial es la más común de todas y no suele tener su origen en el ánimo de lucro sino en la dependencia de las drogas y la necesidad de sufragar dicha adicción, de ahí que el Estado dedique abundantes medios para erradicar la drogodependencia, consciente de que, de este modo, lucha contra un tipo de criminalidad profundamente arraigada.

Como novedad, en la vigente versión del Código Penal, se elimina la audiencia a las partes que antes era prevista de forma preceptiva antes de resolver sobre esta modalidad de suspensión.

Resulta una realidad innegable que la prisión es un lugar donde la droga existe, por más esfuerzos que haga la Administración penitenciaria

³⁰⁴ Sáez Malceño, E. “Reforma penal del beneficio de la suspensión de la pena”, Diario La Ley, n° 8.583, 2015.

para erradicarla. Existe la droga porque existe su consumo, pues hay una parte de presidiarios que son consumidores y no gozan del beneficio de la suspensión por motivos varios: a) porque son preventivos y, curiosamente, no existe una alternativa a la prisión preventiva que pudiera operar como lo hará después la suspensión, en su caso; b) porque, estando cumpliendo ya condena, la duración de la pena les impidió beneficiarse de la suspensión por drogadicción; c) porque, quizá sí cumplían el requisito de la duración de la pena pero el reo no estaba ni deshabitado ni sometido a tratamiento o no lo acreditó de forma suficiente; d) porque el delito por el que están cumpliendo condena no fue cometido por causa de su adicción.

Tratándose de esta última circunstancia, somos partidarios de que se conceda la suspensión solo por favorecer la deshabitación del reo y alejarle del ambiente criminal, siempre y cuando se acredite que se está en tratamiento y se esté dentro de los cinco años como margen máximo de duración de la pena impuesta a suspender. Para su concesión en estas circunstancias, creemos que es más importante atender al bien jurídico lesionado o puesto en peligro ya que no será igual que el reo haya sido castigado por un delito patrimonial que por uno contra las personas pero, de entrada, somos partidarios de la concesión.

Colmenero señala la mayor conveniencia de la deshabitación del toxicómano, ya que su enfermedad es un factor criminógeno importantísimo, frente al escaso aporte a la sociedad que conlleva el ingreso en prisión.

Alcácer Guirao³⁰⁵ escribió sobre la cuestión recién promulgado el Código penal de 1995, en un momento, por tanto, muy candente. Aunque sus reflexiones nos parecen bastante acertadas, debemos discrepar sin embargo en el enfoque siguiente: el autor es partidario de no criminalizar en exceso las drogas, creyendo excesivas las penas que se establecen en relación a las mismas. Sin embargo, hemos de recordar que lo que se castiga no es el consumo de drogas sino el tráfico y aquellos actos de cultivo y

³⁰⁵ Alcácer Guirao, R. "La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes en el nuevo Código Penal", en Anuario de Derecho penal y Ciencias sociales, XL-VIII, fasc. II, septiembre-diciembre 1995, pág. 888.

fomento del consumo por terceros, de tal modo que, en principio, que las penas sean altas nos parece adecuado siempre que quien recibe el castigo sea un verdadero responsable del daño que las drogas causan en la sociedad ya que, desgraciadamente, muchas veces, pagan con prisión, por ejemplo, las conocidas “mulas”, personas que aceptan el encargo de transportar drogas por situaciones dramáticas de necesidad, siendo mayormente no consumidores -porque estos no convienen como correos a los grandes narcotraficantes- y, en muchas ocasiones, mujeres que tienen detrás familias que sostener.

El tratamiento de los dependientes dentro de prisión no sería efectivo y, como refiere Cano Paños³⁰⁶, la reforma del Código Penal en 1988 supuso un endurecimiento de la respuesta penal ante los delitos relacionados con el tráfico de drogas de modo que, al mismo tiempo, el legislador optó por comenzar a considerar a los toxicómanos como una víctima más de ese sórdido mundo y a implementar medidas para ayudarles, con la seguridad de que un drogadicto rehabilitado era un delincuente erradicado, en contra del anterior sistema basado únicamente en la represión y el castigo, con nulos efectos preventivos desde el momento en que el delito se comete para financiar la adicción, las más de las veces.

Como dice Muñoz Conde³⁰⁷, el artículo 80.5 relaja los requisitos para la suspensión en casos de drogodependencia, favoreciendo el tratamiento de deshabituación frente a la prisión, evitando a su vez que se frustre dicho tratamiento o la reinserción que se hallare en marcha en aquellos casos en que, quien cometió el delito por causa de su dependencia de las drogas, ya está poniendo los medios para reinsertarse abandonando las mismas.

Es, en definitiva, mucho más conveniente ir a combatir la causa de la delincuencia, en este caso concreto en que se puede³⁰⁸.

³⁰⁶ Cano Paños, M.A. “La suspensión de la ejecución de la pena a drogodependientes y los silencios del legislador del año 2010”, Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXXI, Santiago de Compostela, 2011.

³⁰⁷ Muñoz Conde, F. *Derecho Penal. Parte general*, cit., pág. 563.

³⁰⁸ Giménez García, J. “La sustitución de las penas de prisión. Especial referencia a la expulsión de extranjeros”, Cuadernos de Derecho Judicial, Cendoj, 2005:

Ese es el motivo o razón de ser de esta modalidad de suspensión extraordinaria, precisamente tratar de reinsertar a quien delinquiró por su adicción a las drogas, para que no vuelva a delinquir. Alejado de la causa que le empujó a hacerlo, se impide (o, al menos, ese es el fin) que vuelva a delinquir. Si, en cambio, se opta por su ingreso en prisión atendiendo fundamentalmente al fin retributivo de la pena, lo más probable es que la vida carcelaria no le ayude nada a dejar su adicción y, por tanto, estaríamos alimentando la reiteración delictiva por un empecinamiento en cobrar su deuda con la sociedad que, recordemos, no es el fin principal de la pena. En definitiva, no se trata de hacer pagar, sino de favorecer a la sociedad por la vía de evitar un alto índice de criminalidad que altere la vida en paz. Además de ello, hay un pequeño índice de presos que ingresan en prisión sin adicción a las drogas y la adquieren dentro, sin dejar de lado la dificultad de llevar a cabo de manera satisfactoria el tratamiento deshabitador dentro del centro penitenciario, que solo tiene efectividad en módulos especializados cuyas plazas son reducidas (Chaves Pedrón³⁰⁹).

La situación, cuando se introdujeron los primeros beneficios para los que habían cometido el delito por su adicción a las drogas, era terrible. Las cárceles estaban saturadas de drogadictos y convertidas en auténticos

“Resulta más justo y más eficaz atajar la causa profunda (la toxicomanía) que provoca el efecto de la comisión del delito pues de esta manera se puede conseguir la efectiva reinserción del toxicómano y el cese de su actividad delictiva. Por el contrario si se limita la respuesta penal a acordar la pena de prisión todo lo más que se conseguiría sería un cese momentáneo de su actividad delictiva coincidente con su estancia en la cárcel que se reemprendería tan pronto fuese puesto en libertad...”

STC 110/2003, de 16 de junio:

“El art. 87.1 CP se presenta, así, como una excepción al régimen común de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (contenido en los arts. 80 y siguientes de ese mismo texto legal) para la suspensión de la ejecución de las penas inferiores a dos años, cuya existencia está justificada por las especiales características personales de los autores de ciertos tipos de delitos. A la finalidad genérica de rehabilitación que persigue la institución del beneficio de suspensión de la ejecución de las penas, destinado a evitar el cumplimiento en prisión de determinadas penas privativas de libertad en quienes concurren los requisitos previstos legalmente, 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”.

³⁰⁹ Chaves Pedrón, C. “La suspensión de la pena de prisión para drogodependientes”, Revista española de drogodependencias, nº 1, 2014.

mercados de la droga, a pesar de la implacable lucha de las autoridades contra ello. La alta dependencia física y psíquica hacía desarrollar, cada vez, nuevas argucias para poder introducir la droga en prisión y comerciar con ella, de tal modo que el hecho de estar preso no ayudaba en nada para la deshabitación al reo sino, más bien al contrario, por estar confinado veinticuatro horas al día sin nada que hacer y rodeado de personas con el mismo vicio.

Esta circunstancia fomentó la propagación de enfermedades como el SIDA y la Hepatitis, al compartir varios presos la misma jeringuilla y llevó a que muchos adictos terminasen muriendo en prisión mientras cumplían penas directamente impuestas por la comisión de delitos, cuando trataban de financiarse su adicción y/o bajo los efectos de la misma.

Era obvio que tener a dichas personas dentro de prisión, sin más, no era la solución al problema y que, por razones humanitarias y de prevención incluso, procedía buscar alternativas. Tratar de combatir un problema de esta gravedad con más represión (mayores penas, mayor amplitud de tipos penales) solo dio lugar a la multiplicación de la delincuencia por dicha causa y a la propagación de enfermedades mortales derivadas del consumo y las condiciones carcelarias, chocantes con las necesidades de un tratamiento adecuado que solo comenzarían a cambiar cuando se reconociese que el drogadicto no era un delincuente sino un enfermo.

Fue la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, la que introdujo por vez primera en nuestro Código Penal (vigente el de 1973), en su entonces artículo 93 bis), la posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes, aunque en aquel entonces su contenido era más restrictivo, ya que solo preveía la suspensión de penas hasta dos años y para aquellos que hubieren llevado a cabo el delito por motivo de su dependencia a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, que hoy se ve ampliado a cinco años y abarca otras sustancias señaladas en el artículo 20.2º CP, sin contar también que hoy no se valora la reincidencia y no es obstáculo para la concesión el haber disfrutado de otra por el mismo motivo.

La introducción tuvo lugar tras el nacimiento del Plan Nacional Sobre Drogas que fue aprobado por el Congreso de los Diputados en julio de 1985 y supuso tomar consciencia de que había un tipo de delincuencia que tenía su génesis en la adicción a las drogas. De dicho cambio fueron protagonistas algunos autores de la doctrina y el propio Tribunal Supremo, que pasó de no tener en cuenta la drogadicción, ni como atenuante siquiera, a ver al drogadicto como un enfermo.

Sin embargo, la regulación primera de esta causa de suspensión fue duramente criticada por varios motivos:

En primer lugar, porque solo se podía aplicar a penas no superiores a dos años, cuando los delitos que más habitualmente se cometían por causa de la adicción a las sustancias reflejadas en el artículo 20.2º CP solían exceder dicho límite punitivo (los robos y el tráfico de drogas). Hay que tener en cuenta, no obstante, que la suspensión ordinaria se aplicaba solo a penas no superiores a un año.

En segundo lugar, porque solo pudiese concederse a delincuentes primerizos y que no hubiesen sido beneficiarios con anterioridad. Junto con el anterior requisito, hacía ilusoria la aplicación del artículo 93 bis) CP de 1973 pues, como hemos dicho, los drogodependientes que delinquen por su adicción, lo hacen habitualmente, cometiendo delitos con penas superiores a esos dos años y, frecuentemente, son reincidentes.

En tercer lugar, se exigía al reo, como condición para mantener la suspensión, que no abandonase el tratamiento, cuando es muy habitual que existan recaídas e incluso es difícil determinar en qué momento se encuentra el dependiente totalmente recuperado, si es que se puede llegar a decir alguna vez que lo está psíquicamente.

En cuarto lugar, el plazo de prueba impuesto a los toxicómanos era indeterminado, frente al ordinario que sí lo era y oscilaba entre dos y cinco años.

Y, en quinto y último lugar, en la suspensión ordinaria, solo se producía la revocación por volver a delinquir durante el plazo de prueba. Sin embargo, en la suspensión por drogodependencia, se podía perder además por abandonar el tratamiento.

Otra de las cuestiones, en absoluto baladí, fuertemente criticada en su momento, era el hecho de que no hubiese apenas plazas para acoger a los drogodependientes, tal como apuntaba en su día García-Andrade³¹⁰ al referirse a la situación insoportable que debían sostener los familiares de los adictos, teniéndolos en su casa dada la escasez de plazas que implicaba la posibilidad de estar una media de ocho días de ingreso por enfermo, algo claramente irrisorio cuando de desintoxicar a un drogadicto se refiere. A ello se sumó la aparición de altos índices de contagio por VIH entre toxicómanos, que dio lugar a que se les rechazase en los centros establecidos para su tratamiento deshabitador.

Es interesante, en esta materia, el trabajo llevado a cabo por la UNAT³¹¹, donde se aportaron importantes conclusiones y propuestas relativas a la situación de los drogodependientes cuando estaba naciendo el Código Penal de 1995.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2004 sobre régimen transitorio aplicable a la reforma 15/2003 tuvo también gran importancia en la materia al tratar la modificación que, con la Ley 15/2003, se introdujo en el artículo 87 CP.

Su versión anterior, vigente desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004, preveía la suspensión por esta causa cuando la pena privativa de libertad no superase los tres años. Desde el 1 de octubre de 2004 en que entró en vigor la reforma, la suspensión alcanzó a los 5 años de privación de libertad.

³¹⁰ García Andrade, J.A. “Existen alternativas a la prisión”, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Número extraordinario 2, octubre de 1989, págs. 29-34.

³¹¹ UNAT (Unión Española de Asistencia al Toxicómano). *Tratamiento jurídico-penal de las drogodependencias*, Madrid, 1995.

A los delitos cometidos antes de la vigencia de la reforma pero juzgados después, se les debía aplicar la nueva versión aunque la pena pudiese ser superior, por primar la suspensión sobre la pena a imponer.

Piénsese que podría darse el caso de que a un toxicómano le hubiesen aplicado una pena de 4 años, conforme a la versión del CP anterior al 1 de octubre de 2004, que no se podría suspender. Si aplicándole la nueva versión, para el mismo delito, le correspondiese una pena superior a los cuatro años pero no a los cinco, habría de aplicársele la versión modificada pues, aunque la condena fuese superior, lo cierto es que podría suspendersele.

Obviamente, esto entrañaba un problema, como lo era el de la posible comisión de un nuevo delito, en cuyo caso la pena que habría de cumplir sería superior a la que le hubiese correspondido con la versión del código anterior.

También podía ser de aplicación a las sentencias firmes al tiempo de entrar en vigor la modificación aunque, en este caso, debía ser el reo quien lo solicitase. Al respecto, véase el AAP de Valencia (Sección 5ª), de 4 de noviembre de 1998.

La citada Circular 1/2004 de la FGE planteaba, en su día, la cuestión de la importancia de la opinión del reo en estos casos, tanto para la aplicación de la ley más favorable con que ser Juzgado como para la revisión de la sentencia firme y se concluye que, si el Juez albergaba dudas sobre cuál pudiera serlo, sería determinante la opinión del penado, pero cuando la benevolencia de la ley penal fuese objetiva, sería irrelevante la misma.

La Circular consideraba que debía extremarse la pertinencia de la audiencia al reo cuando, de elegir la ley aplicable para el enjuiciamiento se tratase, quizá pudiéndolo relacionar con lo que decíamos, ya que nadie mejor que el reo sabe del riesgo de delinquir de nuevo, aunque sería extraño

ver algún caso en que no se optase por la suspensión por pensar en la posibilidad de delinquir de nuevo y la mayor pena suspendida.

La regulación actual ya no exige la primeridad delictiva y es aplicable a reos condenados a penas de prisión de hasta cinco años, estableciéndose un plazo de prueba entre tres y cinco años y la remisión definitiva no requiere la total deshabitación sino que es posible también que sea acordada si se mantiene el tratamiento.

Pérez Ureña³¹² nos recuerda el origen de la incorporación al Código Penal de la atenuante analógica y las eximentes completa e incompleta por toxicomanía, antesala de la suspensión de la ejecución específica por la misma causa que hoy se regula en el artículo 80.5 CP.

A la hora de determinar el plazo, creemos de interés que –dentro del margen de 3 a 5 años previsto- se valore si el reo ya está deshabitado para ajustar dicho plazo a su límite inferior o no lo está, sino que se encuentra en tratamiento, para ajustarlo al superior.

Como otra novedad introducida por la LO 1/2015, ya no se producirá la revocación por el simple hecho de tener una recaída o abandonar el tratamiento de forma puntual sino que se tendrá que constatar que,

³¹² Pérez Ureña, A.A. “Aspectos prácticos de la atenuante analógica de drogodependencia”. Diario de Jurisprudencia El Derecho núm. 1.187, enero 1998:

“Como pone de manifiesto la STS 2ª de 25 noviembre 1998 EDJ 1998/33188 objeto de este comentario (con ponencia del Excmo. Sr. Giménez García), en su fundamento de derecho segundo, el consumo de drogas es un factor criminógeno de la máxima importancia y que da lugar a una específica delincuencia –delincuencia funcional- generalmente situado alrededor de los delitos contra el patrimonio por la necesidad del sujeto de seguir financiándose su adicción a las drogas. Sigue diciendo esta sentencia que la jurisprudencia con prontitud se apercibió del entorno criminógeno que acompañaba al consumo de drogas y ante la orfandad del CP EDL 1995/16398 aceptó la situación del toxicómano que comete un delito impulsado por la necesidad de obtener droga como constitutiva, primero de una atenuante analógica, para luego diversificar y graduar la respuesta a través de los expedientes de la eximente completa o incompleta en atención a la intensidad o anulación en su caso de las facultades intelecto-volitivas”.

efectivamente, se trata de un abandono de suficiente entidad. Autores como González Zorrilla³¹³ ya apuntaban a esta carencia en la Ley hace años, habiendo sido finalmente acogida por el legislador.

La Circular de la FGE 3/2015, de 22 de junio, sobre el régimen transitorio, tras la reforma operada por LO 1/2015, indica a los Fiscales la necesidad de que se constate un abandono definitivo del tratamiento para considerar la revocación, no bastando para ello las simples recaídas.

2.- REQUISITOS.

Nos parece más conveniente, como ya hemos indicado antes en este trabajo, diferenciar lo que son los requisitos, a cumplir con carácter previo para la concesión de la suspensión, de las condiciones que pueden ser impuestas para ser cumplidas durante el periodo de prueba. Así, entre los primeros, se encuentra que la pena no supere los cinco años de privación de libertad que, como adelantábamos, fue ampliado ya que no siempre tuvo ese límite y era, a todas luces, demasiado bajo pues quedaban excluidos los delitos cometidos con más frecuencia por los drogadictos, como son los robos o el tráfico de drogas.

El segundo de los requisitos es que se hubieren cometido los hechos como consecuencia de la dependencia a las sustancias señaladas en el art. 20.2º CP (bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos). En estos casos, un centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado deberá certificar que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. No es necesario que el tratamiento se haga en régimen de internamiento sino que

³¹³ González Zorrilla, C. *Suspensión de la pena y probation*, en Cid Moliné, J., Larrauri Pijoan, E. y otros, *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 86.

puede ser ambulatorio ya que la finalidad es la rehabilitación y no el encierro³¹⁴.

Para algunos autores³¹⁵, aunque el Código no lo diga expresamente, la sentencia condenatoria debe recoger la relación directa entre la dependencia y el delito cometido, de tal forma que, cuando el Juez o Tribunal no hayan constatado que el delito fue cometido por dicha adicción, no podrá suspenderse la ejecución de la pena por dicho motivo. En sentido contrario, Chaves Pedrón³¹⁶, entre otros. A nuestro juicio, creemos que es añadir a la Ley algo que la misma no dice y que, claramente, perjudica al reo y, por ese motivo, no lo compartimos. Apostar por lo contrario implicaría un plus de diligencia por parte del abogado defensor del penado ya que, si la sentencia olvidase recoger dicha circunstancia, tan solo se dispone de los brevísimos plazos de complemento y aclaración de sentencias (artículos 161 LECrim y 215 LEC).

Para Llorca Ortega³¹⁷ o Vidal Castañón³¹⁸, en cambio, no es forzoso que la sentencia recoja dicha relación siempre que pueda ser acreditada fehacientemente por el reo, por ejemplo, por tratarse de un delito patrimonial cometido por su situación de insolvencia, que sería para Vidal indicativo de la necesidad de delinquir para sufragar su adicción.

Respecto de la acreditación de la condición de toxicómano o alcohólico, el AAP de Cantabria (Sección 3ª) 241/2012, de 30 de abril estima un recurso contra la denegación del beneficio en un supuesto en que el Juzgado de lo Penal encargado de la ejecución se limitó a valorar la falta de aportación por parte del penado del certificado de hallarse en tratamiento

³¹⁴ Ríos Martín, J. “Las alternativas a la prisión”, Cuadernos de Derecho Judicial, Cendoj, 2006.

³¹⁵ Alcácer Guirao, R. “La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes en el nuevo Código Penal”, cit., pág. 892.

³¹⁶ Chaves Pedrón, C. “La suspensión de la pena de prisión para drogodependientes”, Revista española de drogodependencias, nº 1, 2014.

³¹⁷ Llorca Ortega, J. “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad”, Estudios de Derecho Judicial, Cendoj, 1996.

³¹⁸ Vidal Castañón, A. *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad: análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor*, cit., pág. 55.

o deshabitado, omitiendo en cambio el informe del Médico Forense, que debió recabar el propio órgano en virtud del mandato que establecía el artículo 87.1 del Código Penal en su versión vigente hasta el 30 de junio de 2015. Este requisito ha sido eliminado, de tal forma que ahora solo se exige el certificado (artículo 80.5), quedando como potestativo para el Juez o Tribunal poder ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar que se cumplen los requisitos.

En opinión de Berdugo y Gómez de la Torre³¹⁹, la sentencia debería recogerlo pero, cuando no lo hiciese, debería convocarse una audiencia a las partes para tratar de acreditar *post sententiam* que concurría dicha adicción al tiempo de cometerse el delito y que este tuvo su causa en aquella, llegando a proponer el autor la práctica de prueba, en especial de pericial médica, sin que pueda esta contradecir los hechos declarados probados.

El tercero de los requisitos es el ya mencionado relativo a que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento, para tal fin, en el momento de decidir sobre la suspensión.

En algunos casos, al tiempo de dictarse sentencia no se ha acreditado el sometimiento a tratamiento y, por ello, se pospone la decisión sobre la suspensión a la acreditación posterior (SAP de Madrid de 18 de febrero de 2016).

Entendemos que el hecho de que no existiesen plazas en un centro público, unido a la falta de medios en el penado para sufragar su ingreso en un centro privado, no debería ser causa de denegación, circunstancia que fue apuntada como problemática en el pasado³²⁰. Si ello sucediera, no vemos problema en que el compromiso de ingresar voluntariamente en cuanto haya

³¹⁹ Berdugo y Gómez de la Torre, J.R. “Alternativas a las penas de prisión. La libertad Condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 63 CP”, cit.

³²⁰ Alcácer Guirao, R. “La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes en el nuevo Código Penal”, cit., pág. 906.

una vacante, manifestado por el reo, pudiera ser suficiente, a modo de lo que ahora ha quedado establecido para el pago (o compromiso del mismo) de la responsabilidad civil derivada del delito, en los casos de suspensión ordinaria.

A raíz de la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, como ya apuntábamos antes, se elimina el otrora preceptivo informe del médico forense, que fue introducido de forma obligatoria por la LO 15/2003.

La finalidad de dicho informe forense era la de evitar el fraude a la hora de emitir los certificados de estar el reo deshabitado o sometido a tratamiento. Desaparecido ahora el referido informe se deja en manos de los centros públicos y privados a que se refiere la Ley la certificación de concurrir dicho requisito, sin perjuicio de que el Juzgado o Tribunal pueda pedir las comprobaciones necesarias que, entendemos, podrán incluir el informe forense.

Nos parece que eliminar el informe del forense como obligatorio y la necesidad de rendir informes de forma puntual (como máximo anual) que venía siendo también exigida y ahora desaparece, suponen confiar en exceso esta modalidad de cumplimiento de la pena, que es la suspensión de su ejecución, a órganos no jurisdiccionales.

Por otro lado, desconocemos el alcance de la consecuencia de no rendir cuentas con periodicidad máxima anual que se elimina pues, ¿en qué podía afectar al reo el hecho de que el centro no informase en dicho plazo al órgano judicial? ¿Acaso podía haberle repercutido negativamente la dejación de una obligación de terceros? Obviamente, la respuesta había de ser negativa.

Una cuestión que puede ser importante es la de diferenciar cuándo el reo ha cometido el delito por su dependencia a las sustancias del art. 20.2º CP y cuándo no, en aquellos casos en que el sujeto efectivamente tiene

dicha dependencia pero no es esta la que le llevó a delinquir. En efecto, es posible que el adicto a las drogas no cometa el delito por consecuencia de ello o en un momento en que esté perfectamente. En ese caso, ¿dejaría de poderse aplicar la suspensión? Nuestra opinión es que no porque, si bien el tenor literal del artículo 80.5 CP establece que el delito se haya cometido por causa de la dependencia a las sustancias que se describen en el mismo, lo cierto es que el legislador lo que pretende con la suspensión es no enviar a prisión al drogodependiente que acredite “que se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión”, para evitar frustrarlos, máxime cuando con la suspensión le puede imponer alguna o algunas de las condiciones del artículo 83 CP.

Si, para el caso de que el sujeto haya cometido el delito en estado de intoxicación plena, existe la eximente completa del artículo 20.2º CP y existe además la atenuante cuando se actúa a causa de la grave adicción a las mismas sustancias del 20.2º CP, entenderíamos un error que debiera dispensarse un trato desigual en la aplicación de la suspensión del artículo 80.5 que tenga como matiz diferenciador el hecho de que el sujeto fuese adicto a las sustancias en el momento de cometer el delito –como se desprende del propio artículo 80.5- o lo sea en el momento de acordar la suspensión. Ello porque el fundamento principal de esta causa de suspensión es evitar el perjuicio que la vida carcelaria puede ocasionar en quien está deshabitado o tratando de estarlo, con un fin último en la reincidencia delictiva por esta causa.

Piénsese que es perfectamente posible que el sujeto no actuase por causa de su dependencia en el momento de cometerse el delito (porque no fuese siquiera consumidor) pero, a posteriori, haya caído en dicha dependencia y ya esté deshabitado o en tratamiento en el momento del juicio. Por ese motivo, no compartimos opiniones como la de Cano Paños³²¹, que afirma que es necesaria una relación causa-efecto entre la adicción a las sustancias del artículo 20.2º CP y el delito cometido.

³²¹ Cano Paños, M.A. “La suspensión de la ejecución de la pena a drogodependientes y los silencios del legislador del año 2010”, Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXXI, Santiago de Compostela, 2011, pág.109.

Somos conscientes de que nuestra postura será criticada por quienes sostengan que existe una diferencia entre la aplicación de la atenuante del artículo 21 y la suspensión del artículo 80.5, pero no alcanzamos a verla. El artículo 21.2ª CP habla de “actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º del artículo anterior” y el 87.1 CP de que “hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20”. Por tanto, no vemos diferencia entre grave adicción y dependencia, debiendo entenderse que son diferentes formas de referirse a un mismo concepto.

En efecto, si el hecho se cometió por consecuencia de la adicción, ya debió aplicarse la atenuante. Acordar la suspensión por el mismo motivo es perfectamente posible y compatible con la apreciación de la atenuante pero, del mismo modo, somos partidarios de la suspensión sin que deba denegarse por el hecho de que la dependencia no existiese todavía en el momento de cometer el hecho. Restringirla únicamente a aquellos que eran dependientes en el momento de la comisión del delito, sin perjuicio de reconocer que cumple con lo previsto en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1988, no ayuda a erradicar la criminalidad a que induce la drogodependencia y el efecto corruptor de la vida carcelaria en el dependiente. A avalar nuestra tesis contribuye el AAP de Huelva (Sección 1ª) 68/2012, de 19 de abril³²².

³²² “El precepto exige expresamente que los penados hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del art. 20, pero no, en cambio, que esa conexión entre la comisión del delito y la grave adicción del culpable haya sido declarada en la sentencia que se ejecuta.

Esta sola omisión pudiera parecer escasamente convincente para justificar la posibilidad de una suspensión dispuesta después de probar durante el período de ejecución de la condena la dependencia aludida; pero gana fuerza argumentativa al recordar que el artículo 93 bis del anterior Código Penal (RCL 1973, 2255), por el contrario, requería expresamente que «... se ... [hubiese declarado] probada en la sentencia la situación de drogodependencia del sujeto, así como que la conducta delictiva fue realizada por motivo de tal situación. ...» . La ausencia actual de esta condición puede interpretarse como indicio concluyente de no ser exigible en el futuro”.

Sin embargo, autores como Vidal Castañón³²³ entienden que para que pueda concederse la suspensión por este motivo, es necesario que en la sentencia conste claramente que el autor cometió el delito por consecuencia de su adicción y, de igual modo, cree también el autor que no supone una dispensa del requisito de control de la peligrosidad criminal del sujeto³²⁴.

Como bien apunta Cano Paños³²⁵, a la hora de conceder la suspensión ex art.80.5, quizá lo más importante sea determinar con carácter previo si la dependencia al alcohol o las drogas es en el sujeto un factor criminógeno, de tal suerte que favorecer su rehabilitación vaya a implicar también eliminar toda posibilidad de reiteración delictiva. De no ser así, poco sentido tendría como criterio preventivo que se concediese el beneficio, si es que el sujeto, aún habiéndose deshabitado, persiste en la comisión del delito, pudiendo decirse que el único motivo de suspensión en ese caso sería humanitario.

Se guarda silencio sobre la responsabilidad civil y la conclusión ha de ser la necesidad de que haya sido satisfecha o se haya asumido un compromiso de pago, como se exige de forma ordinaria y ello a la vista de que el artículo 80.5 solo relaja de forma expresa la concurrencia de las condiciones 1ª y 2ª del mismo 80.2, mas no la 3ª, que es la que se refiere a la satisfacción de las responsabilidades civiles.

Lo más normal en quien comete un delito por su dependencia a las sustancias del art. 20.2º CP no es la prosperidad económica sino más bien lo contrario, de modo que lo común será que, como apunta también Cano Paños, se concluya por el Juez o Tribunal la imposibilidad de hacer frente a la responsabilidad civil, aunque sin duda existan excepciones y ello vaya muy ligado al tipo de delito y sustancia de la que se depende. Por ejemplo, es común en consumidores de heroína la comisión de delitos patrimoniales (robo o hurto, principalmente) o contra la salud pública, mientras que un

³²³ Vidal Castañón, A. *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad: análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor*, Bosch, Barcelona, 2006, pág. 51.

³²⁴ Vidal Castañón. *Los institutos ...*, cit., pág.54.

³²⁵ Cano Paños, M.A. “La suspensión de la ejecución de la pena a drogodependientes y los silencios del legislador del año 2010”, cit., pág. 94.

adicto al alcohol o a la cocaína suele tener un nivel adquisitivo mayor que no excluiría, tal vez, su posibilidad de satisfacer la responsabilidad civil y se alejaría más fácilmente de los delitos patrimoniales para incurrir en aquellos puramente inducidos por su falta de aptitudes o de consciencia (delitos contra la seguridad vial entre otros).

Vidal Castañón³²⁶ destaca la imposibilidad de atender al pago de la responsabilidad civil, como regla general, dado que este tipo de suspensión se concede a aquellos que han cometido el hecho delictivo como consecuencia de su adicción a las drogas o al alcohol, normalmente para subvenir dicha adicción, signo de su insolvencia.

A los que hayan cometido el ilícito por su dependencia a las sustancias enumeradas en el art. 20.2º se les favorece al aumentar la entidad de la pena que puede ser suspendida del máximo general de dos a este especial de cinco y, de igual modo, por el hecho de permitirse posibles reincidencias.

3.- CONDICIONES.

Al margen de los requisitos, los Jueces y Tribunales podrán imponer al reo beneficiado por esta suspensión una o varias condiciones, que deberá cumplir si quiere que se le remita definitivamente la pena transcurrido el periodo de prueba de forma satisfactoria, pudiendo ser, en caso contrario, revocado el beneficio como consecuencia del incumplimiento de aquellas.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabituación, el Código Penal establece como condición de obligada imposición que el reo no abandone el tratamiento hasta su finalización, sin que se entiendan como abandono las simples recaídas (SAP de Soria de 26 de febrero de 2016). En la práctica, el control y seguimiento del tratamiento se realiza por los Servicios de Gestión de Penas y Medidas de Seguridad,

³²⁶ Vidal Castañón, A. *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad...*, cit., pág. 55.

que disponen de un testimonio de la sentencia o auto que les es remitido y deben informar con la periodicidad que les imponga el Juzgado o Tribunal.

El actual artículo 80.5 CP cae en la misma falta de definición o claridad que, antes, el 87.4 CP y es la siguiente: en los casos en que el condenado se halle sometido a tratamiento, se condicionará la suspensión a que no abandone el mismo hasta su finalización, considerándose abandono también el hecho de que el reo comunique que cesa en el centro al que acude, si no consta su ingreso en otro distinto.

Puede plantearse la duda de establecer una condición sin plazo, algo que entendemos vetado. En efecto, pensemos que el plazo de la suspensión en esta modalidad suspensiva oscila entre 3 y 5 años, conforme al inciso último del artículo 81 vigente pero, a la vez, se está diciendo que se condiciona la suspensión a que no se abandone el tratamiento “hasta su finalización”, lo que puede llevar a la indefinición y algún Juzgado o Tribunal podría interpretar que, aunque haya pasado el plazo impuesto (de 3 a 5 años), si no se ha culminado el tratamiento no se debe conceder la remisión condicional.

En nuestra opinión, el plazo ha de ser uno en todo caso, el que se fije como periodo de prueba. Si terminado el mismo el reo todavía no se ha rehabilitado pero sigue en tratamiento, debe concederse la remisión de la pena, si no se ha recaído de forma definitiva ni se ha cometido nuevo delito, en cuyo caso lo que procederá –en principio- es la revocación.

Sin perjuicio de que pueda imponerse alguna de las condiciones del artículo 83, como pudiera ser, por ejemplo, la de su epígrafe 1.7ª de participar en programas de deshabitación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos. O, también, la prohibición de acudir a determinados lugares, pensando en aquellos que pueden hacer revivir en el reo su dependencia de las sustancias del artículo 20.2º CP.

Algún autor³²⁷ apunta la necesidad de que se impongan las prohibiciones, deberes o condiciones del art. 83.1.1^a, 4^a y 6^a en aquellos casos en que el drogodependiente cometió un delito relacionado con la violencia de género, conforme lo ordena el artículo 83.2 CP. En cualquier caso, no son condiciones ad hoc para este tipo de suspensión extraordinaria sino las generales del artículo 83 CP.

El límite de cinco años opera como máximo y es independiente del tiempo que pueda tardar el reo en deshabituarse. De hecho, es posible que ya lo esté cuando sea condenado y se acuerde la suspensión por vía del artículo 80.5 CP. Por tanto, una cosa será que esté deshabituado o en fase de estarlo y otra el periodo de prueba que se le imponga entre los dos y los cinco años durante el cual no debe delinquir y que no podrá ser rebajado por el hecho de acreditar que antes se ha alcanzado la deshabituación.

4.- LA DESHABITUACIÓN Y EL TRATAMIENTO.

El artículo 87 CP prevé que, cuando haya finalizado el plazo impuesto por el Juez o Tribunal, se acordará la remisión de la pena aunque establece una salvedad: que no se haya acreditado la deshabituación del sujeto o la continuidad del tratamiento. En ese caso, la nueva redacción del precepto establece como primera consecuencia que el Juzgado o Tribunal ordene el cumplimiento (curiosamente no se habla de previa revocación, cuestión que tendría su punto de discusión), salvo que, oídos los informes correspondientes (no se dice de quién o quiénes), estime necesaria la continuación del tratamiento, concediéndose en ese caso una prórroga por un máximo de dos años.

A nuestro juicio ello representa un problema de indefinición para el reo puesto que se ve peor tratado que aquellos a quienes se les suspende la pena por causas distintas a las del artículo 80.5 CP y ello porque:

³²⁷ Cano Paños, M.A. “La suspensión de la ejecución de la pena a drogodependientes y los silencios del legislador del año 2010”, cit., pág. 116.

a) En la suspensión ordinaria, llegado el plazo fijado sin haber delinquido, se produce la remisión definitiva. En la del artículo 80.5 a pesar de no haber delinquido nuevamente, es posible que se amplíe el plazo de prueba si no se ha producido la deshabitación y ello implica alargar el plazo en que puede revocarse la suspensión y, por tanto, en que puede ingresar en prisión para el cumplimiento de la pena.

b) Que se tenga que “acreditar” la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo implica la intervención de órganos no judiciales y ajenos a la voluntad del reo. Nada garantiza que la pasividad o la dejadez de terceros constituya, en perjuicio del reo, un obstáculo añadido. O, visto desde un punto de vista meramente económico y, dado que el tratamiento representa un ingreso de dinero importante para el centro por lo caro del mismo, nadie puede garantizar que no exista puntualmente algún interés por mantener al reo durante un periodo de tiempo mayor.

c) Podríamos pensar que este es el precio a pagar por una suspensión que alcanza a penas mayores que la ordinaria, en este caso de hasta cinco años de privación de libertad. Pero no hay que olvidar que, en el mismo supuesto, se encuentran también quienes -en aplicación del mismo artículo 80.5 CP- se benefician de la suspensión de penas privativas de libertad que no superan los dos años. Es decir, no todos van a beneficiarse de forma extraordinaria (a más de dos años) sino que podrá haber quienes se beneficien de suspensiones inferiores a los dos años y se les exija igualmente el gravamen de la necesidad de acreditar la deshabitación o continuidad del tratamiento.

Desde esta perspectiva, si la no acreditación de deshabitación o continuidad del tratamiento ha de conllevar para el reo una ampliación del plazo a la que no se plantea alternativa, debiera también establecerse un adecuado mecanismo de control del referido tratamiento de modo que, si el reo abandona el mismo, no se espere al cumplimiento del plazo para actuar ampliándolo sino que se busque desde que sea conocido dicho abandono una alternativa eficaz, máxime cuando no se cometa un nuevo delito por parte del penado. Dejar estas cuestiones en manos de los centros de

tratamiento no es la mejor de las garantías para el condenado ya que, como decía, puede llegarse al final del periodo de prueba sin haber delinquido y alargarse este de forma innecesaria cuando, de tener un seguimiento impecable, no debería haber lugar a prórroga alguna.

Una cuestión que podría suscitar algún debate es precisamente el reenvío del artículo 80.5 al artículo 20.2º, ambos del Código Penal y ello por el hecho de que el contenido de este último supera el ámbito delimitado por el primero. Fijémonos en que el artículo 80.5 habla de “hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2º del artículo 20”, mientras que el 20.2º no solo prevé una eximente (completa además) para los dependientes sino para cualquiera que se halle en estado de intoxicación plena, aunque fuese la primera vez en su vida que se encontrase en ese estado.

La pregunta sería por qué no podría beneficiarse de una suspensión un no dependiente, máxime cuando pueda demostrar que es un delincuente primerizo y que se trata de una situación excepcional. Tanto un dependiente como alguien que ocasionalmente se encontrase en ese estado, si logra acreditar que lo hizo bajo una intoxicación plena, ya puede beneficiarse de la eximente y, por tanto, no habría pena cuya ejecución suspender. Por ese motivo, nos parece que el artículo 80.5 debe tener una aplicación subsidiaria o residual, para aquellos casos en que el Juez o Tribunal no llega a aplicar la eximente del artículo 20.2º CP, teniendo una segunda oportunidad. Pero es una segunda oportunidad que solo tendrá quien sea dependiente de esas sustancias y no quien se hallase accidentalmente en ese estado.

Salvo que se pueda dar otra explicación, parece que se primase la situación del dependiente sobre la del que no lo es a la hora de conceder la suspensión y ello podría dar lugar a la siguiente picaresca: que alguien que cometió el hecho en un estado de plena intoxicación por drogas pero que no fuese dependiente a las mismas, fingiese serlo y acudir a una UCA a seguir un pequeño tratamiento que, imaginamos, superará sin esfuerzo dado que no tiene verdadera dependencia. Y esto es posible porque el certificado que se

requiere no es sobre la dependencia o no de las sustancias, sino de la deshabitación o tratamiento.

La respuesta más ecuánime que encontramos es que la suspensión por la vía del artículo 80.5 se aplica a los dependientes a las sustancias del artículo 20.2º CP en aquellos casos en que no es de aplicación la eximente porque el hecho no lo realizaron bajo los efectos de aquellas sustancias pero sí tienen dependencia de las mismas. Pero, como decimos, nada impide la argucia referida para buscar este trato por un no dependiente.

Ayo Fernández³²⁸ considera un requisito que se demuestre la condición de toxicómano o alcohólico y por eso dice que es fácilmente constatable la dependencia del sujeto a este tipo de sustancias, puesto que es común que los médicos tengan sus historiales clínicos, sobre todo cuando se trata de toxicómanos con antecedentes penales o es también constatable por el análisis de muestras de cabello. Pero la ley no establece que se deba acreditar la dependencia por ningún medio sino la deshabitación o la existencia de tratamiento para ello.

El Ministerio de Sanidad acometió en 1985 una iniciativa gubernamental destinada a coordinar y potenciar las políticas que, en materia de drogas, se llevan a cabo desde las distintas Administraciones públicas y entidades sociales en España. Dicha iniciativa se denomina Plan Nacional Sobre Drogas (PNSD). Su estructura se regula actualmente por medio del RD 200/2012, de 23 de enero.

Dentro de la página web del PNSD³²⁹ existe un directorio de distintas entidades que ayudan a drogodependientes. En realidad, la web es de información y coordinación de las distintas entidades, no de apoyo en sí misma pues quienes realizan las actividades son cada una de las entidades ubicadas por toda la geografía española, limitándose la web del PNSD a facilitar el enlace con cada una de ellas. Cualquiera de estas entidades,

³²⁸ Ayo Fernández, M. *Las Penas, Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 116.

³²⁹ www.pnsd.msssi.gob.es

públicas o privadas, es apta en principio para la certificación a que se refiere el artículo 87 CP.

En la Comunidad Valenciana, la Agencia Valenciana de Salud de la Consellería de Sanidad dispone de las llamadas UCA's o Unidades de Conductas Adictivas, que tiene carácter público-oficial³³⁰.

Si a datos nos remitimos, el trabajo de los forenses Adam Morell y Francés Bozal³³¹ indica que uno de cada cuatro presos ha recibido tratamiento deshabitador dentro o fuera de prisión; un 16% de los presos se encuentra recibéndolo (el 49% deshabitador y el 51% sustitutivo por metadona) y, de estos, el 54% finaliza el tratamiento por abandono, mientras que el 31% recibe el alta. Y, esto es muy importante, el índice de éxito en deshabitación de drogodependientes delincuentes está en los que son beneficiarios de la suspensión, sobre el que los que obtienen el tercer grado o la libertad condicional, detalle que nos hace pensar en el efecto perverso que tiene la prisión en el consumo-deshabitación de drogas.

5.- REVOCACIÓN.

Si, transcurrido el plazo fijado, el Juez o Tribunal comprueba que el reo no ha delinquido y que, o bien se ha deshabitado o bien mantiene el tratamiento, acordará la remisión definitiva. Sin embargo, si en ese plazo delinquirió o incumplió de forma grave o reiterada las prohibiciones o deberes (art. 83) o las condiciones (art. 84) que le hubieren sido impuestas, revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena, mientras que si el incumplimiento no fue grave o reiterado pueden imponerse nuevas condiciones, prohibiciones o deberes, o modificarse los ya impuestos o, de forma alternativa, prorrogar el plazo de suspensión sin que pueda la prórroga exceder de la mitad del inicialmente impuesto (por tanto, podría

³³⁰ Pueden ser consultadas en:

<http://www.san.gva.es/documents/156344/158646/TablaUCAcast.pdf>

³³¹ Adam Morell, A; Francés Bozal, F. "La eficacia de la suspensión de la pena en drogodependientes", Gaceta Internacional de Ciencias Forenses, nº 11, 2014.

alcanzar los siete años y medio), al igual que establece el Código Penal Alemán (art. 56f).

Para Ayo Fernández³³² la prórroga de la suspensión es excesiva pero, particularmente, pensamos que si la misma llega a acordarse es porque el sujeto ha incumplido las prohibiciones, deberes o condiciones impuestas durante el plazo de prueba y peor alternativa sería que se le obligase a cumplir la condena, cosa que se reserva a los incumplimientos graves o la reiteración delictiva. Una de las razones de la prórroga se ha de buscar en la peculiar situación de un adicto al alcohol o a las drogas, de quien difícilmente puede esperarse una total y definitiva rehabilitación de modo que los periodos de tratamiento suelen ser largos y las recaídas frecuentes.

Sí que somos partidarios de lo que el mismo autor (Ayo Fernández) apunta en relación al cómputo del plazo en que el penado haya estado sujeto a buen comportamiento (sin delinquir) para que fuese abonado de la pena, de modo que solo se le hiciese cumplir el resto aunque reconocemos que debería matizarse. En este sentido se manifiesta también Cano Paños³³³.

Las causas de revocación son las genéricas que regula el actual artículo 86 CP, a las que se añaden el abandono del tratamiento por parte del reo, con la matización que introduce la LO 1/2015, que hace necesario constatar un abandono de suficiente entidad, que verdaderamente implique el fracaso de la condición, que ya venía siendo defendida por autores como Cano Paños³³⁴ o Alcácer Guirao³³⁵.

³³² Ayo Fernández, M. *Las Penas, Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 118.

³³³ Cano Paños, M.A. “La suspensión de la ejecución de la pena a drogodependientes y los silencios del legislador del año 2010”, cit., pág. 119.

³³⁴ *Ibidem*, pág. 120.

³³⁵ Alcácer Guirao, R. “La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes en el nuevo Código Penal”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias sociales*, XL-VIII, fasc. II, septiembre-diciembre 1995, pág. 904.

También debe considerarse causa de revocación no solo el abandono sino también la negativa a seguir las directrices del centro que impidan la buena marcha del tratamiento³³⁶.

Nada se dice del tiempo pasado como plazo de prueba en centro de desintoxicación, quedando por tanto descartada cualquier reducción de la pena inicialmente impuesta.

6.- REMISIÓN DEFINITIVA.

El artículo 87 actual es el que establece las condiciones en que procede acordar la remisión y que, para los casos en que la suspensión fue adoptada por causa de drogodependencia, serán no haber delinquido durante el periodo de prueba, haber cumplido las reglas de conducta fijadas y que se acredite la deshabitación o la continuidad del tratamiento.

Sin perjuicio de que será tratada después, adelantamos el significado de remisión definitiva de la pena que no es más que la resolución judicial por medio de la cual se declara que la pena queda extinguida para el reo. Para alcanzarla, es necesario el transcurso del periodo de prueba durante el cual se hayan observado las condiciones impuestas y, en todo caso, la de no delinquir de nuevo.

Sobre la expresión “reglas de conducta“, sin perjuicio de su posterior tratamiento, hemos de decir que hace referencia a las prohibiciones, deberes o condiciones que pueden o han de ser impuestas (en función de si se dejan a la discrecionalidad del órgano judicial o no, como veremos) para ser

³³⁶ González Casso, J. “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”, La Ley, 26 de noviembre de 1996.

observadas por el penado si quiere mantener la suspensión de la ejecución y alcanzar la remisión definitiva de la pena llegado el momento³³⁷.

Los términos del precepto no son tan claros como podrían serlo e inducen a una importante duda: ¿es suficiente, pues, con la continuidad del tratamiento, llegado el fin del periodo de prueba, para acordar la remisión? O, por el contrario, ¿si no se ha llegado a la deshabitación lo procedente es prorrogar el plazo, a la vista de los informes que estiman necesaria la continuación del tratamiento?

Particularmente, nos decantaríamos por la primera tesis, reservando la segunda para el caso en que haya habido un abandono claro del tratamiento que es el que se exige en la actualidad para la revocación de la suspensión. Como apunte histórico, el Código Penal de 1973 preveía la revocación si la deshabitación no tenía lugar, aún a pesar de que el penado siguiese en tratamiento, cuestión que fue enormemente criticada y dio lugar a que se modificase en el Código Penal de 1995.

Como refiere Cano Paños³³⁸, considero muy interesante que se arbitrasen mecanismos que ayudasen al que comete su delito por causa de la drogodependencia o el alcoholismo que supusieran una alternativa a la prisión provisional, porque carece de sentido que se pueda conceder la suspensión de la ejecución de una pena de hasta cinco años por dicha adicción y, en cambio, se acuerde la prisión provisional en la fase preliminar.

Es posible aplicar la suspensión por vía del artículo 80.5 CP (antes 87) en la ejecución de una pena por delito de conducción bajo los efectos del alcohol [AAP de Murcia (Sección 5ª) 146/2012, de 8 de mayo] cuando se acredite que el consumo de alcohol no es algo puntual sino habitual.

³³⁷ Moreno Catena, V.; Coquillat Vicente, A.; Juanes Peces, A.; e.a. *El Proceso Penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios, Vol.V, Recursos y Ejecución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 3.736.

³³⁸ Cano Paños, M.A. "La suspensión de la ejecución de la pena a drogodependientes y los silencios del legislador del año 2010", cit., pág. 122.

Alcácer Guirao³³⁹ plantea también qué debe suceder cuando ha existido un abandono del tratamiento pero transcurre el plazo de prueba íntegramente sin revocarse la suspensión y, llegado el fin del mismo, se pretendiese revocar. En ese caso, parecería injusto que una falta de control por parte del Juez o Tribunal tuviese tan funesta consecuencia para el penado y el autor se muestra partidario de que, entonces, se prorrogue el periodo de prueba dentro de la previsión legal pero no se produzca la revocación.

³³⁹ Alcácer Guirao, R. “La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes en el nuevo Código Penal”, cit., pág. 905.

CAPÍTULO IV.- LA SUSPENSIÓN POR ENFERMEDAD MUY GRAVE CON PADECIMIENTOS INCURABLES.

El art. 80.4 CP recoge un caso de suspensión extraordinaria introducida por primera vez en el Código Penal de 1995 -para Llorca Ortega³⁴⁰ con antecedentes en los artículos 991 y ss LECrim, relativos a los confinados en estado de demencia y en el artículo 60 del Reglamento Penitenciario de 1981, dedicado a la concesión de la libertad condicional por razón de enfermedad- que se sujeta a dos requisitos, aunque el Código afirme "sin sujeción a requisito alguno". Se trata de los casos en que el reo esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. Este es, obviamente, el requisito principal para su concesión, pero lo es también el que no tenga ya una pena suspendida por el mismo motivo en el momento de la comisión del delito. Con este segundo requisito se trata de evitar la posibilidad de suspensiones sucesivas por esta causa³⁴¹.

Su fundamento lo encontramos en razones básicamente humanitarias, al estar prohibido el trato degradante e inhumano, aunque Vidal Castañón³⁴² apunte también a un motivo puramente jurídico, como el hecho de que el reo no pueda ya apercibirse del sentido de la pena³⁴³. Llorca Ortega³⁴⁴ señala también razones de justicia material como la dificultad para delinquir y la

³⁴⁰ Llorca Ortega, J. "Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad", Estudios de Derecho Judicial, Cendoj, 1996.

³⁴¹ Sánchez Yllera, I. *Comentarios al Código penal de 1995*, Dir. Tomás Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 469.

³⁴² Vidal Castañón, A. *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad: análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor*, Bosch, Barcelona, 2006, pág. 52.

³⁴³ Aunque no nos parece desacertada la idea de Vidal, hay que recordar que no todas las enfermedades graves con padecimientos incurables son susceptibles de hacer perder al reo dicha capacidad de comprensión.

³⁴⁴ Llorca Ortega, J. "Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad", Estudios de Derecho Judicial, Cendoj, 1996.

escasa peligrosidad del reo en estos casos, circunstancia esta última que es igualmente compartida por Sánchez Yllera³⁴⁵.

En mi opinión, si se optase por hacer cumplir la pena aún en casos de enfermedad muy grave, se estarían conculcando derechos como los que se contienen en el artículo 15 de la Constitución, en concreto el derecho a “la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” y se estarían inaplicando artículos como el 3 de la LGP, que establece que “la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena...” o el 6, que prohíbe los malos tratos de palabra u obra a los reclusos.

No obstante lo antedicho, que la suspensión alcance a “cualquier pena impuesta” puede ser excesivo y debería limitarse a aquellas penas privativas de libertad o que supongan imposibilidad de cumplimiento para el penado aquejado de enfermedad ya que, por ejemplo, una multa puede ser perfectamente afrontada en aquellos reos con una capacidad económica mínima.

Si cabe acordar la libertad condicional del preso en casos de enfermedad grave (arts. 90 a 93 CP), no tenía sentido que se estuviese obligando al anacronismo de ingresar en prisión para luego acordar la libertad por este motivo, siendo lo verdaderamente procedente que se evitase dicho ingreso acordándose la suspensión por el mismo motivo de salud (Prats Canut y Tamarit Sumalla³⁴⁶).

González Casso³⁴⁷ critica la concesión de la suspensión por este motivo y con el único requisito de no tener una pena suspendida ya que

³⁴⁵ Sánchez Yllera, I. *Comentarios al Código penal de 1995*, cit., pág. 468.

³⁴⁶ Prats Canut, J.M.; Tamarit Sumalla, J.M. En *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, (Dir. Quintero Olivares), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 628.

³⁴⁷ González Casso, J. “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”, *La Ley*, 26 de noviembre de 1996.

entiende que es un indulto sin más y que, para dicho motivo, debería acudir a la libertad condicional.

Como dice el AAP de Guipuzcoa (Sección 1ª) 30/2006, de 23 de febrero, “*las SSTC 48/1996, de 25 de marzo (RTC 1996, 48) y 25/2000, de 31- (RTC 2000, 25) establecen que tanto la posibilidad de otorgar la libertad condicional en casos de enfermedades graves, como la suspensión de la ejecución de la pena en los mismos casos, pretende un equilibrio entre el derecho a la vida del penado y el derecho de la sociedad a su seguridad, por lo que una motivación fundada en derecho requiere la ponderación de los bienes y derechos en conflicto: de un lado la seguridad colectiva que podría verse afectada por el no ingreso en prisión de un penado con un eventual pronóstico negativo de reincidencia, dadas sus circunstancias personales y, sobre todo, en atención a la incidencia en dicho pronóstico de la enfermedad padecida por el mismo; y, de otro, el grado de afcción del derecho a la vida e integridad física del condenado teniendo en cuenta el tipo de enfermedad y la mayor o menor incidencia que el ingreso en prisión de quien la padece tendría en ella*”.

Hay quienes afirman que el legislador, al decir “sin sujeción a requisito alguno”, está diciendo a Jueces y Tribunales que pueden dispensar los requisitos objetivos del artículo 80.2 CP (antes 81) pero no el de analizar la “peligrosidad criminal” del reo³⁴⁸. De esa opinión es también Vidal Castañón³⁴⁹. En sentido denegatorio, al no llegarse a considerar que la enfermedad empeoraría tras el ingreso en prisión, el AAP de Sevilla (Sección 1ª) 482/2006, de 30 de octubre.

³⁴⁸ AAP de Guipúzcoa (Sección 1ª) 30/2006 de 23 de febrero: “*No debe obviarse el de la peligrosidad del sujeto, exigido en la suspensión ordinaria del artículo 80 CP, aunque, en algunos casos no podría deducirse la misma, dada su capacidad física disminuida. Será el examen concreto del condenado por expertos en la materia el que determine si la enfermedad es causa suficiente para disminuir su peligrosidad. Deberá atenderse también a la mayor o menor posibilidad de asistencia médica en prisión y en libertad. Y deberán argumentarse, de manera reforzada, los motivos y circunstancias que podían respaldar la negativa a la suspensión instada, con los perjudiciales efectos que en la salud del penado podría tener su ingreso en prisión, bien en base a las circunstancias individuales del penado, bien en base a otros valores o bienes jurídicos comprometidos en la decisión (STC 25/2000, de 31-1)*”.

³⁴⁹ Vidal Castañón, A. *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad: análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor*, cit., pág. 52.

Para Ayo Fernández³⁵⁰ la referencia a “sin sujeción a requisito alguno” del artículo 80.4 CP comprende también la audiencia previa a las partes exigida en el 80.2, puesto que lo que prima es evitar el ingreso en prisión de quien no está en condiciones de soportar la vida carcelaria porque tiene una enfermedad que le va a conllevar la muerte o padecimientos inhumanos o degradantes, más allá de consideraciones a la duración de la pena, el tipo de delito cometido u otros.

Sin embargo y a pesar de la referencia citada, sí se establece una condición, que es la de que el reo no esté disfrutando ya de una suspensión de ejecución de pena por el mismo motivo de enfermedad. La salvedad establecida, sin dejar de reconocer la necesidad de impedir que el precepto se convierta en una bula para delinquir cuando se padece una enfermedad grave con padecimientos incurables, tiene difícil encaje en el espíritu de la Ley que, como decíamos, solo atiende a la enfermedad, sin fijarse en el tipo de delito cometido, los antecedentes penales del reo u otras consideraciones.

Dicho de forma más llana, si el reo está enfermo y moribundo, tan humanitario es concederle la suspensión habiendo cometido un delito o un centenar de ellos. Piénsese además en lo difícil que ha de ser sostener en prisión a una persona que, posiblemente, requiere tratamientos y cuidados específicos por su enfermedad o el concurso de terceras personas para que le asistan y, sobre todo, en que sería poco justo que al reo se le hubiese suspendido una pena por un delito de hurto por motivo de su enfermedad y no se le concediese una segunda suspensión por otro de estafa, por ejemplo, y sí se concediese a un enfermo condenado por asesinato cuando la alarma social y la peligrosidad de uno u otro sujeto no guarda parangón. Es por situaciones como estas que somos partidarios de que, salvo que se modificase la Ley en el sentido de facultar al Juez o Tribunal para acordar la suspensión, inclusive cuando ya existiese una suspensión por este mismo motivo de enfermedad, teniendo en consideración otras circunstancias concurrentes, la suspensión se otorgue –de verdad- sin sujeción a requisito alguno, puramente por motivos de humanidad, cuando se constate la inminencia de la muerte.

³⁵⁰ Ayo Fernández, M. *Las Penas, Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 112.

Sánchez Yllera³⁵¹ interpreta que el término “sin sujeción a requisito alguno” alcanza a los requisitos generales para la concesión (art. 80), pero no a las condiciones que el Juzgado o Tribunal pueda imponer (art. 83) para su mantenimiento, que deberán ser cumplidas.

Por otro lado, si el reo ya tuviese una suspensión de la ejecución de la pena concedida por este motivo y volviese a delinquir, prevé el mismo artículo 80.4 CP que no se pueda suspender la nueva.

Eso nos ha de hacer pensar cómo es posible que el Código plantee siquiera la posibilidad de una nueva suspensión en un segundo delito pues, de cometerse este, en lo que debería pensarse es en la revocación de la primera suspensión acordada y no en si cabe una segunda.

Claramente, el padecimiento de una enfermedad grave no puede suponer inmunidad alguna para delinquir, pero habrá que debatir sobre los medios de que la ley dispone para conjugar el derecho del reo a recibir los tratamientos adecuados y a la dignidad de la persona con el del Estado a impedir que delinca libremente, si es que no hubiese prevista alguna respuesta. En ese sentido se manifiesta Navarro Villanueva³⁵².

Si el Código Penal dice que no se suspenderá por este motivo la ejecución de la pena si preexistiere otra idéntica suspensión, habrá que pensar si lo que quiere decir es que el reo haya de ingresar en prisión a pesar de padecer una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, pues no es suficientemente explícito, sobre todo teniendo en cuenta de lo que estamos hablando.

³⁵¹ Sánchez Yllera, I. *Comentarios al Código penal de 1995*, cit., pág. 468.

³⁵² Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 97.

Navarro Villanueva³⁵³ plantea la duda acerca de si es posible la suspensión de cualquier pena por este motivo, ya no solo de las privativas de libertad, apoyándose en el tenor literal del artículo 80.4 CP que menciona “cualquier clase de pena”, aunque concluye negativamente por la especial ubicación del precepto dentro de un Capítulo y Sección del Código Penal dedicados a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

La suspensión por motivo de enfermedad es posible para penas de cualquier duración puesto que no rigen las condiciones del artículo 81 CP, esto es, ni que el sujeto no sea reincidente ni que la pena no supere los dos años. Es claro que se contemplan únicamente motivos humanitarios³⁵⁴ dejándose de lado la necesidad de resocialización, el pago de la responsabilidad civil, el fin retributivo o la posible alarma social.

En 2012 el preso perteneciente a la banda terrorista ETA Josu Uribetxeberria Bolinaga, condenado por el asesinato de varios agentes de la Guardia Civil y por el secuestro del funcionario de Prisiones José Antonio Ortega Lara, fue excarcelado por la Audiencia Nacional, que apreció todos los informes médicos que obran en la causa y que coincidían en que existía un "peligro patente" para su vida, lo que amparaba su salida de la cárcel en virtud del "principio de humanidad". En este caso, sin embargo, aunque con iguales motivos que la suspensión de la condena del artículo 80.4 CP el precepto que se aplicó era el 92 del mismo texto, regulador de la libertad condicional, ya que la suspensión solo es posible, como sabemos, antes de comenzarse a ejecutar la pena y, cuando esta ya está extinguiéndose por su cumplimiento, lo procedente es la libertad condicional cuando se cumplan los requisitos que para esta se determinan.

Hemos de decir que no nos parece, una vez más, ni suficiente ni claramente regulada la libertad condicional de los artículos 90 a 93 CP. Tratando este concreto caso “Bolinaga”, lo que dice el artículo 92 es que se habrán de cumplir los requisitos establecidos (aunque no dice cuáles y, por

³⁵³ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación...*, cit., pág. 97.

³⁵⁴ En ese sentido, Dolz Lago, M.J. “De la vida y la muerte: privación de libertad de los enfermos muy graves incurables y algunas patologías jurídicas”, Diario La Ley núm. 8280, 27 de marzo de 2014.

ese motivo, hemos de deducir que se trata de los que establece el artículo 90), entre los que se cuenta haber satisfecho la responsabilidad civil que el etarra no satisfizo. Además de ello, también son requisitos recogidos en los artículos 90 y 91 que no se trate de un delito de terrorismo como el llevado a cabo por el beneficiario de la libertad condicional. Atendiendo al tenor del artículo 92.1, la única dispensa que se concede a los mayores de 70 años o los enfermos muy graves con padecimientos incurables es que “no se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena”. Sin embargo, la concesión de libertad condicional a Bolinaga se hizo por la vía del artículo 92.3 CP, prevista para situaciones en que pelagra la vida del preso, cuestión que fue puesta de manifiesto por los informes forenses que situaron su esperanza de vida –dada la enfermedad que padecía- entre siete meses y veintinueve días y 11 meses y tres días.

El Auto que acordó la libertad condicional dejaba claro que "el principio de humanidad tiene carácter incondicionado, no pudiendo depender la gravedad de las conductas sancionadas, ni de la entidad de los daños causados por el delito, ni de los fines que se persiguen con la imposición de la pena". En contra de su concesión se mostró el Fiscal por entender que, pese a la enfermedad, no existía riesgo de muerte inminente y que su precario estado de salud se debía a una previa huelga de hambre que había llevado a cabo el preso, sumada a la radioterapia que le había sido administrada para el tratamiento del cáncer.

En sentido estimatorio, citamos el AAP de Castellón (Sección 1ª) 185/2012, de 27 de marzo³⁵⁵, en el cual se introduce importante doctrina

³⁵⁵ “En relación con el primer requisito -padecimiento de una "enfermedad grave con padecimientos incurables"-, único que plantea dudas interpretativas pues no las tiene el que el penado tuviera otra condena suspendida, sí debemos precisar que no es imprescindible que exista un peligro de muerte inminente e inmediato, tampoco que sea bastante cualquier dolencia irreversible. En este sentido, no podrá cuestionarse la gravedad de la enfermedad si la permanencia en prisión implica un riesgo real y efectivo para la vida e integridad física del penado, es decir, si la privación de libertad incide desfavorablemente en la evolución de la enfermedad. El Tribunal Constitucional (SSTC Núm. 48/1996, de 25 Mar (RTC 1996, 48) y Núm. 25/2000, de 31 Ene (RTC 2000, 25) ha precisado, rompiendo con el criterio anterior que exigía que la enfermedad se encontrara en fase terminal, que la misma sea grave e incurable "con evolución desfavorable por la estancia en la cárcel, con empeoramiento de salud, acortando su vida, aún sin riesgo inminente de su pérdida" (no exige peligro de muerte inminente ni inmediato). En estrecha relación se encuentra la dificultad para recibir el tratamiento

jurisprudencial del TC de la que se desprende que no solo la situación de enfermedad mortal o terminal es causa de suspensión por la vía del artículo 80.4 CP sino que basta que sea grave e incurable y que la estancia en prisión pueda empeorarla con riesgo de acortar la vida. En sentido idéntico el AAP de Madrid (Sección 27ª) 235/2012, de 23 de febrero.

El concepto de enfermo grave no puede confundirse con moribundo (STC 48/1996, de 25 de marzo, STS de 12 de septiembre de 1991³⁵⁶ o Nistal Burón³⁵⁷), pues la ley no busca la libertad de los agonizantes sino el respeto, en todo caso, a la dignidad de la persona (art. 10 CE).

médico apropiado en el ámbito penitenciario (ATC de 18 Dic. 1.996). Debe tratarse, en definitiva, de una enfermedad incurable que suponga una disminución importante de las facultades físicas del sujeto (a modo de ejemplo, quedarían excluidos los portadores asintomáticos del VIH, sin perjuicio de que si el Centro Penitenciario tiene conocimiento de los internos infectados tome medidas higiénicas y terapéuticas para evitar el contagio y retrasar el desarrollo de la enfermedad). Por otro lado, constituye un elemento a tener en cuenta si, como consecuencia de la enfermedad, el sujeto tiene disminuida su capacidad para delinquir y, en consecuencia, su peligrosidad criminal, como expresamente exige el art. 104.4 RP (RCL 1996, 521 y 1522). La importancia de este factor se deriva de los bienes jurídicos en conflicto: por un lado, la seguridad colectiva y, por otro, el derecho a la vida e integridad física, resultando obligado buscar un equilibrio entre ellos. Finalmente, se erige como criterio a favor de la concesión de este beneficio que el estado de salud del penado no le permita participar en las distintas actividades de tratamiento programadas por el Centro Penitenciario para alcanzar el objetivo de reeducación y reinserción social”.

³⁵⁶“En todo caso, la postura que adoptó el Magistrado Juez de Vigilancia Penitenciaria aparece conforme con el tenor literal del precepto (el SIDA ya desarrollado con pronóstico de fallecimiento a corto plazo cumple, sin duda, los dos requisitos exigidos, pues se trata de una enfermedad que es, al tiempo muy grave e incurable) y también parece acorde con la finalidad humanitaria de tal forma que permitiría adelantar la excarcelación a algún momento anterior al de la muerte inminente, pues quizás debiera entenderse que no es el propósito de este artículo del Reglamento al que puedan sacarse de la prisión a los enfermos solo para que mueran fuera de la cárcel, pareciendo, por el contrario, lo más adecuado al espíritu de esta disposición el que pudieran permanecer en libertad alguna temporada anterior al momento del fallecimiento”.

³⁵⁷ Nistal Burón, J. “La libertad condicional anticipada por enfermedad grave. Su necesaria consideración como una modalidad de suspensión de la pena en fase de ejecución”, Diario La Ley núm. 7.930, 25 de septiembre de 2012.

El mismo Nistal Burón³⁵⁸ es partidario de añadir seguridad jurídica por la vía de que se configurase legalmente la libertad condicional como una modalidad de suspensión de la ejecución de la pena en aquellos casos en que existe una enfermedad grave con padecimientos incurables. Es decir, dar el mismo tratamiento a esta situación de enfermedad una vez producido el ingreso en prisión que en el momento de resolver sobre la suspensión, evitando así que sean la normativa y administración penitenciarias las que se pronuncien, ofreciendo mayor seguridad para el autor si fuese el Código Penal y el Juez sentenciador.

El actual artículo 91 del Código Penal vigente equivale al 92 del anterior texto. En él se establece la libertad condicional para el preso que esté enfermo muy grave con padecimientos incurables, exigiéndose que se recaben por el JVP los informes médicos que se estimen necesarios (antes se hacía referencia a informe médico, sin más añadiduras).

En cambio, en el caso del actual artículo 80.4, en lo relativo a la concesión de la suspensión de la ejecución, no se hace referencia alguna a informe médico, por lo que queda en el aire si se han de recabar o no, entendiendo que será una facultad del Juez o Tribunal solicitarlo, sin que venga obligado aunque, como es obvio, el órgano judicial que carece de conocimientos médicos deberá apoyarse en el que le proporcionen los médicos.

Para Vidal Castañón³⁵⁹ o González Zorrilla³⁶⁰, la suspensión por este motivo extraordinario alcanza solo a penas privativas de libertad y no a las de diferente naturaleza, al hallarse el artículo 80.4 dentro de la Sección 1ª del Capítulo III, dedicados ambos a las penas privativas de libertad. Por ese motivo, piensa también Vidal que el Juez o Tribunal puede imponer alguna de las prohibiciones, deberes, prestaciones o medidas de los artículos 83 y

³⁵⁸ Nistal Burón, J. “La libertad condicional anticipada por enfermedad grave. Su necesaria consideración como una modalidad de suspensión de la pena en fase de ejecución”, cit.

³⁵⁹ Vidal Castañón, A. *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad...*, cit., pág. 53.

³⁶⁰ González Zorrilla en la obra colectiva de Cid Moliné, J., Larrauri Pijoan, E. y otros. *Penas alternativas a la prisión*. Bosch, Barcelona, 1997.

84 CP así como las consecuencias de su incumplimiento previstas en el artículo 86 CP (las referencias han sido actualizadas al vigente CP).

Respecto del tipo de enfermedad que motiva este tipo de suspensión, puede ser tanto física como psíquica, siendo compatible con la suspensión por enajenación mental del artículo 60 CP³⁶¹.

La diferencia que apreciamos entre ambas previsiones de suspensión es que, en la del artículo 80.4 no se contempla la recuperación del penado y la vuelta al cumplimiento, precisamente porque se habla de “padecimientos incurables”; en cambio, en el caso de enfermedad mental sí se contempla la posible sanidad, con la vuelta entonces a cumplir la pena con las matizaciones oportunas que son tratadas en el capítulo dedicado a la suspensión por enfermedad mental.

Por ese motivo, no podemos compartir la opinión de Sánchez Yllera ya que, creemos, el artículo 80.4 está pensado para la enfermedad incurable, que podrá ser mental pero sin perder esta condición, mientras que si lo que acaece es una enfermedad mental que pueda alcanzar sanidad ya existe la previsión del artículo 60.

³⁶¹ Sánchez Yllera, I. *Comentarios al Código penal de 1995*, cit., pág. 468.

CAPÍTULO V.- SUSPENSIÓN POR ENAJENACIÓN MENTAL.

1.- LA PREVISIÓN GENERAL. TRASTORNO ACAECIDO DESPUÉS DE LA FIRMEZA DE LA SENTENCIA.

La suspensión por enajenación mental supone la suspensión de la ejecución de la pena en un caso bastante diferente del resto, ya que es el Juez de Vigilancia Penitenciaria el competente para su concesión (siendo el que dictó la sentencia el competente para decidir lo procedente en caso de posterior recuperación), lo cual indica que la pena ya se halla ejecutándose, a diferencia del resto de suspensiones. A nuestro juicio, es innecesaria la referencia a “sentencia firme” más allá de indicar que estamos en la fase posterior al juicio oral y para diferenciarla de aquellas enajenaciones mentales acaecidas antes y que analizaremos más adelante.

A diferencia de estas, la prevista en el artículo 60 implica que dicha sentencia se ha llegado a dictar. Que sea firme es requisito para poder ejecutarse, tratándose de una sentencia condenatoria a pena privativa de libertad pues, de lo contrario y no siendo firme, no podría ejecutarse el fallo más allá de lo atinente a las responsabilidades civiles, nunca provocando un ingreso en prisión o ejecución de otra pena privativa de libertad, salvo medida cautelar.

El art. 60 CP vigente, que no ha sufrido modificación con la LO 1/2015, establece que, de apreciarse después de dictar sentencia un trastorno mental grave y duradero que impida al penado conocer el sentido de la pena, se suspenderá la ejecución por el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

La razón de ser se contiene en el propio artículo: el reo no entiende cuál es el sentido de la pena, tornándose esta improcedente ya que perdería su fin resocializador, que es sin duda el primordial y nos quedaríamos con un mero fin retributivo y, quizá, preventivo general ya que tampoco especial.

Parejo a la suspensión, deberá proveerse al penado en tal situación de trastorno de la asistencia médica que le sea necesaria, pudiendo dispensarse a través de la adopción de una medida de seguridad como la que constituye el internamiento en un centro psiquiátrico penitenciario, velando siempre porque la medida no sea más perjudicial que la pena suspendida.

Una diferencia más con la suspensión ordinaria es que en esta por trastorno, el beneficio puede alcanzar a penas no privativas de libertad, pudiendo también acordarse la imposición de medidas de seguridad que, en ese caso, no podrán obviamente ser privativas de libertad por cuanto no puede producirse un empeoramiento de la situación del reo con la adopción de medidas.

Dentro del Código de 1995 han habido dos versiones, una primera que operó hasta el 30 de septiembre de 2004 y la que le sustituyó a partir del 1 de octubre de ese mismo año, donde se introduce la mención concreta al Juez de Vigilancia Penitenciaria, a quien se encarga la suspensión de la pena privativa de libertad (no solo, pues, la de prisión sino también las dos restantes que conocemos), la posible imposición de medidas de seguridad y el seguimiento de las mismas hasta su remisión.

Hasta 2004, no había sido incluida la adopción de medidas de seguridad junto a la suspensión de la ejecución por enajenación mental ya que la anterior versión del artículo 60.1 CP se limitaba a decir:

“Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, se suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le haya impuesto garantizando el Juez o Tribunal que aquél reciba la asistencia médica precisa”.

Al respecto, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2004, comentando la reforma operada por la LO 15/2003, reparaba en que la

nueva versión que vino a tener el artículo 60 CP tras la reforma operada, aclaraba que sería el Juez de Vigilancia Penitenciaria el competente para decidir en estos casos sobre la suspensión de la pena y la adopción de medidas de seguridad ya que la anterior versión, que estuvo vigente hasta el 30 de octubre de 2004, hablaba de Jueces y Tribunales. De este modo, se vinieron a conferir al Juez de Vigilancia Penitenciaria mayores facultades.

Quizá la más importante modificación introducida en este artículo con la reforma 15/2003 fuese aclarar que la medida de seguridad privativa de libertad no podría ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida, algo que ahora parece una obviedad y a lo que ya hemos hecho referencia.

La previsión del artículo 60 CP establece, así mismo, que si se restablece la salud mental del penado y la pena no hubiese prescrito, éste cumplirá la sentencia salvo que el Juez lo entienda contraproducente o innecesario y, en caso de cumplimiento, deberá descontarse el tiempo de privación de libertad como medida de seguridad, como si de cumplimiento de la pena se hubiese tratado.

Por aplicación del art. 60 se comprenden como susceptibles de suspensión las penas privativas de libertad consistentes en prisión, responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago y localización permanente.

2.- OTRAS SITUACIONES.

Antes hemos hablado de la enajenación mental habida una vez dictada y firme la sentencia condenatoria, pero es posible distinguir otras casuísticas, porque puede que la enfermedad aparezca en un momento diferente y así:

- a) Si se trata de una enajenación preexistente a la comisión del delito.

En ese caso, el párrafo primero del artículo 20.1º del Código Penal dice que está exento de responsabilidad criminal el que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

Ello implica que, si dicha anomalía o alteración psíquica existía en el momento de la comisión del hecho criminal, ningún Juez o Tribunal puede condenar al autor. En ese caso, lo previsto por la LECrim (art. 381) es que si el Juez advierte en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad.

Por tanto, ante la imputación o procesamiento de un presunto enajenado el Juez acudirá a la pericia del forense, que pueda determinar si al tiempo de llevar a cabo el hecho el sujeto padecía la anomalía o alteración, en cuyo caso procede el dictado de una sentencia absolutoria y no, a diferencia de lo que veremos en el siguiente supuesto, archivar y aguardar a que recobre la salud, si ello sucede.

Dictada la sentencia absolutoria, podría –no es forzoso– aplicársele al enajenado alguna medida de seguridad de las previstas en la Ley (art. 101 en relación con el 96, ambos del CP).

Quizá pueda parecer a alguien que debería, en todo caso, acordarse la medida de seguridad, pero debemos pensar en dos cuestiones: la primera, que el delito puede ser grave pero también leve; en el primer caso, sin perjuicio de analizar el supuesto concreto, es más fácil que se adopte la medida que en el segundo, donde a pesar de lesionarse o ponerse en peligro un bien jurídico protegido, la escasa entidad del “delito”, ya que no puede llamarse propiamente así puesto que no concurren todos los elementos (acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad), puede hacer innecesaria la medida. La segunda de las cuestiones es que, si la pena tiene sentido para que el sujeto comprenda que procede, como consecuencia de

sus hechos, evitar que vuelva a delinquir, es improcedente en todos aquellos casos en que el delincuente no es capaz de comprender el sentido de aquella y la medida no es un sustitutivo de la pena o una “pseudo-pena” para enajenados.

En síntesis, creemos que debemos tener claro que la pena tiene un sentido resocializador y que, para ello, es preciso que el penado comprenda dicho sentido. En caso contrario, no tiene razón de ser pues quedaría reducida a su fin retributivo en exclusiva. Y, si la medida de seguridad no es un sustitutivo de la pena para enajenados, como decíamos, solo se comprende en aquellos casos en que la lesión al bien jurídico revista tal importancia que no puede correrse el riesgo de que suceda de nuevo al dejar al autor sin medida.

Para poner un ejemplo, si el enajenado cometió un delito de hurto y nunca antes había hecho algo semejante, somos partidarios de no adoptar ninguna medida mientras que, si hablamos de un delito de lesiones, la veríamos procedente. Sin perjuicio de esta generalización, también creemos que deben ser considerados otros factores, como la existencia de algún elemento exógeno que haya podido motivar la acción típica, cual podría ser que el sujeto se haya enzarzado en una riña o hubiera sido provocado porque, aunque no se apreciase la legítima defensa por ser asentada doctrina jurisprudencial, sí podría justificarse la participación en aquella para comprender que el sujeto no representa peligro alguno que aconseje la adopción de la medida.

Por ello, creemos también que la existencia de anteriores detenciones o condenas por hechos similares juega un papel importante para valorar la adopción de medidas o no.

Además, como diremos, no creemos procedente la adopción de medida de seguridad alguna sin que se haya dictado sentencia.

b) Si la enajenación tiene lugar tras la comisión del delito pero mientras dura la fase preliminar.

El artículo 383 LECrim establece que se deberá concluir la instrucción y, una vez concluida, se archivará la causa por el Tribunal competente³⁶² (se refiere al competente para el enjuiciamiento) hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de este lo que el Código penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia.

En este segundo caso, tampoco podría dictarse una sentencia condenatoria, al menos en tanto no recobre la salud. Es un caso bastante diferente del anterior puesto que, en este, cuando el sujeto cometió el delito no padecía la anomalía y, por tanto, no opera la eximente del artículo 20.1º CP. Sin embargo, la alteración le impide –porque así debe ser para que pueda operar la consecuencia jurídica- conocer el sentido de una eventual pena de modo que, como dice la Consulta 5/1999 de la FGE, debe *“comprender el sentido que se trata de dar a la pena y que es susceptible de tratamiento penitenciario. De no ser así el cumplimiento de la pena de prisión atenta contra la dignidad de la persona y lesiona el principio de humanidad que debe inspirar el sistema penal de un Estado de Derecho”*.

Archivada la causa, al sujeto se le da el mismo tratamiento que a aquél que cometió el hecho en estado de demencia (art. 383 LECrim) de modo que podrá aplicársele una medida de seguridad (de nuevo art. 101 en relación con el 96 CP), aunque Navarro Villanueva³⁶³ entiende que no debe hablarse de ese concepto, puesto que cuando cometió el delito no padecía la enfermedad y tampoco cabe hablar de medida cautelar (no se refiere a medida de seguridad, que es distinta), porque la finalidad de la misma es garantizar la efectividad de la resolución judicial.

³⁶² Para Berdugo y Gómez de la Torre, J.R. “Alternativas a las penas de prisión. La libertad Condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 63 CP”, Cuaderno Derecho Judicial N°III, Consejo General del Poder Judicial, 2005, no puede hablarse de archivo, por cuanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria debe mantener abierta la ejecutoria y supervisar al reo en espera de su mejoría.

³⁶³ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 111.

En sentido similar se pronuncia Vizueta Fernández³⁶⁴, para quien no es posible aplicar una medida de seguridad a alguien que no ha sido Juzgado, considerando el autor que la remisión que hace el artículo 383 LECrim a “(...) *disponiéndose además respecto de este lo que el Código penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia*”, debe entenderse derogado por la disposición derogatoria única, 2, del Código Penal de 1995. Lo contrario implicaría la aplicación de medidas de seguridad predelictuales, impuestas sin la constatación de haberse cometido el delito, ya que no ha tenido lugar el juicio. Así fue desde la promulgación del CP de 1995 hasta 2004, en que se incluyó la citada posibilidad de imponer dichas medidas, aunque Vizueta se siga mostrando partidario de lo que establecía la versión anterior.

En efecto, creemos además que existe una contravención legal en el hecho de imponer una medida de seguridad sin que sea determinada mediante sentencia, ello si atendemos al artículo 3.1 CP que establece que “*no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales*”.

El Tribunal debe dar cuenta al Ministerio Fiscal para que promueva la incapacitación del imputado y, en su caso, el internamiento del mismo, conforme a los artículos 756 y ss. LEC.

Mientras dura el archivo de la causa en este caso, no se interrumpe la prescripción del delito, de modo que podría darse el caso de que el mismo llegase a prescribir y que, a posteriori, el enajenado recobrase la salud. La prescripción, con su debate en cuanto a cuestión de fondo que no es objeto de este trabajo, suele ser resuelta con frecuencia en la sentencia de modo que es posible que se enjuiciase al sujeto para llegar a declararla, al dictar la misma, concluido el juicio oral.

³⁶⁴ Vizueta Fernández, J. “El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme. El artículo 60 del Código Penal”, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Abril de 2007.

c) Si el trastorno mental tiene lugar una vez concluido el sumario (tómese como genérico de instrucción o fase preliminar), no hay previsión legal concreta sobre cómo actuar.

Lo más normal sería no establecer diferencia con la anterior porque, precisamente, si en el caso anterior se ordena continuar hasta concluir el sumario y entonces archivar, en este supuesto ya está concluido para su inmediato archivo.

d) Si el trastorno acaece en la fase de juicio oral.

Tampoco en la LECrim encontramos respuesta al interrogante.

Vizueta Fernández³⁶⁵ es partidario de actuar de igual modo que cuando acaece en la fase preliminar aunque, sin embargo, discrepa de la posibilidad de imponer al investigado medidas de seguridad, por la misma razón expresada anteriormente.

Si el sujeto recobrase la salud, habría que promover la rehabilitación de su capacidad y continuar en el punto en que se hubiese archivado el procedimiento. Creemos que, si el delito hubiese prescrito, no debería dar lugar sino a dictarse un auto declarándolo así, aunque la práctica habitual para apreciar la prescripción suele ser la celebración del juicio y su consideración en la sentencia, cuestión que creemos antieconómica, desde un punto de vista de economía procesal, pero que deriva de la consideración del instituto prescriptivo como cuestión de fondo por parte de un sector importante de la doctrina y jurisprudencia.

e) Si el trastorno tiene lugar una vez dictada una sentencia condenatoria pero pendiente el recurso a la misma.

³⁶⁵ Vizueta Fernández, J. “El trastorno mental grave...”, cit.

Para Navarro Villanueva³⁶⁶, si la sentencia del Tribunal *ad quem* confirma la de instancia, debe estarse a la previsión de suspensión por enajenación mental del artículo 60 CP y si es absolutoria, obviamente, no procederá sino la libertad del individuo (suponiendo que se estuviese debatiendo una pena privativa de libertad). Lo que no nos dice es qué hacer en el intervalo entre el dictado de la de instancia y la resolución del Tribunal *ad quem*, ya que la autora da por dictada la segunda sentencia.

Compartimos su postura: en efecto, si la sentencia es condenatoria, deberá acudirse a la previsión del artículo 60 CP que ahora analizaremos más detenidamente; si, en cambio, fuese absolutoria, lo procedente sería la rehabilitación de cualquier derecho que pudiese haber sido restringido o levantado al reo, sin perjuicio de que en la vía civil se pueda instar su declaración de incapacidad de oficio o a instancia de cualquier legitimado y dispensársele el tratamiento médico oportuno, aunque obviamente este ya se le estará dispensando si estamos hablando de una enajenación sobrevenida que haya tenido que ser certificada médicamente.

3.- EL CASO CONCRETO DE LA ENAJENACIÓN SOBREVENIDA UNA VEZ SE ESTÁ EJECUTANDO LA SENTENCIA (ART. 60 CP).

3.1.- Introducción.

Como se ha dicho, el artículo 60 del Código penal establece que, cuando después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de

³⁶⁶ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 113.

las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida.

Para Berdugo y Gómez de la Torre³⁶⁷ la duración de la medida no podrá exceder, no ya de la pena sustituida, sino de la que le reste por cumplir al reo.

El que regula el artículo 60 CP, es uno de los casos de suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena, concretamente para el supuesto en que, habiéndose comenzado la ejecución penal (se da por supuesto que de una sentencia condenatoria) y sobrevenga al reo un trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, se suspenda dicha ejecución, garantizándose al mismo tiempo que recibe la asistencia médica necesaria a su nueva situación. Si es necesario –no es, pues, forzoso- se impondrá una medida de seguridad privativa de libertad.

En este supuesto sí existe una sentencia previa y firme, de modo que se respeta el mandato del artículo 3.1 CP, en cuanto a la imposibilidad de imponer medidas de seguridad por otra resolución distinta a la sentencia (condenatoria, si se completa con los artículos 6.1 y 95.1.1ª CP).

Una de las primeras diferencias entre esta suspensión y la ordinaria es que no se impone plazo de prueba puesto que se desconoce cuánto durará la enfermedad mental, pudiendo no recobrase la salud nunca.

La competencia, que hasta entonces recaía sobre el Juez o Tribunal sentenciador, se atribuyó al JVP con la LO 15/2003 de 25 de noviembre. Como señala Vizueta Fernández³⁶⁸, el CGPJ se mostró contrario a dicho cambio funcional en su informe al Anteproyecto de Ley Orgánica, por entender que no era adecuado atribuir al JVP funciones que eran previas a la ejecución y en las que, por tanto, no podía entrar todavía el referido órgano.

³⁶⁷ Berdugo y Gómez de la Torre, J.R. “Alternativas a las penas de prisión...”, cit.

³⁶⁸ Vizueta Fernández, J. “El trastorno mental grave ...”, cit.

Nos sorprende la postura del Consejo ya que es él mismo quien especializa a determinados Juzgados de lo Penal para atribuirles la competencia de ejecutar las sentencias dictadas por otros Juzgados de la misma clase y dichos Juzgados son quienes, a diario, deciden acerca de la suspensión o sustitución de penas, que deberían resolverse antes de iniciarse la ejecución cuando puede parecer un sinsentido desde el momento en que se confiere esa facultad a un órgano encargado únicamente de ejecuciones. Ciertamente es que hablamos del 2003 y este trabajo se redacta trece años después, pudiendo haber cambiado en este tiempo la postura del Consejo, pero seguimos sin ser partidarios de que la suspensión o sustitución de la pena se resuelva por un órgano distinto a aquél que dictó la sentencia.

No basta, pues, con la existencia de la enfermedad (requisito psiquiátrico) sino que la misma debe impedirle conocer el sentido de la pena (requisito psicológico). De otro modo, no habría lugar a la suspensión pues faltaría ese requisito esencial, a diferencia de lo que se exigía en el Código de 1973, donde bastaba la enfermedad mental constatada.

Vizueta Fernández³⁶⁹ añade una exigencia más a la imposición de la medida de seguridad, la peligrosidad criminal. Coincidimos con su apreciación y añadimos que, a pesar de no ser un concepto recogido en el artículo 60 CP, creemos que existe una alusión tácita al mismo por el hecho de facultar y no obligar al Juez o Tribunal a decretar la imposición de una medida de seguridad pues, aunque del tenor del precepto se desprende que el sentido de imponer la misma -cuando proceda- es garantizar la asistencia médica del reo, no tendría demasiado sentido que, solo para ello, tuviese que tratarse de una medida de seguridad privativa de libertad que, sin duda, se orienta a paliar la peligrosidad del reo con la sociedad ya que otro sentido no tiene dicha privación, al eliminarse el fin preventivo especial y el resocializador por el estado mental del penado, que excluye en principio toda posibilidad de comprensión de los mentados fines penales.

³⁶⁹ Vizueta Fernández, J. “El trastorno mental grave ...”, cit.

Ahora bien, la peligrosidad criminal del reo en el momento de comisión del delito pudo ser una y la que exista ahora otra bien distinta ya que, recordemos, estamos hablando de que el reo ha contraído la enfermedad mental después de dictarse la sentencia y, por tanto, cuando cometió el delito estaba cuerdo y delinquirió por el motivo que le moviese a ello pero no por su enfermedad mental, entonces inexistente. En cambio, ahora es una persona distinta, enferma, probablemente desconectada de aquella otra que era cuando delinquirió. No queremos entrar en un terreno que desconocemos y que es competencia de los psiquiatras, de modo que solo diremos que no es muy conveniente, a nuestro juicio, vincular la peligrosidad criminal del reo post sentencia con la que pudo derivarse de la comisión del delito en su día.

Vemos que la alternativa a la prisión entonces existente es una medida de seguridad que -se dice- no ha de adoptarse en todo caso sino, facultativamente, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, que es el competente para suspender la ejecución en este caso. Sorprende, sin embargo, que, pese a que lo que parece primar es la salud mental del reo y lo facultativo de la adopción de la medida, sea esta forzosamente de las privativas de libertad y no de las no privativas del art. 96.3 CP.

La Consulta de la FGE 5/1999 llegaba a la siguiente conclusión:

“La situación del enfermo mental en prisión es uno de los problemas más graves con el que se enfrenta el sistema penitenciario español y hay que anotar al respecto que este problema no se ha solucionado de forma satisfactoria. Algunos estudios médicos revelan incluso la potencial lesividad del encierro carcelario para la salud mental y los efectos perturbadores para el psiquismo de los reclusos que determinadas condiciones de vida y convivencia propias del mundo carcelario pueden generar”.

Sobre la importancia de que el reo conozca el sentido de la pena, nos

remitimos, igualmente a la misma Consulta de la FGE³⁷⁰, aunque en 1999 el Código Penal no había aclarado el artículo 60.1 introduciendo la posible adopción de medidas de seguridad. O al AAP de León de 20 de abril de 2007, del que transcribimos un párrafo por parecernos sintético y de interés:

“Ejecutar la pena de prisión sobre quien no tiene capacidad para comprender el sentido de la misma resulta inútil y gratuito desde el punto de vista de la prevención especial, pues el reo no puede verse motivado por una intervención penal que no comprende, y también desde el punto de vista de la prevención general, pues el ordenamiento jurídico lejos de afirmarse se deslegitima a los ojos de la sociedad si el cumplimiento de la pena se reviste del carácter gratuitamente odioso de una pura e inútil vindicación”.

Lo importante es que el reo debe conocer, al tiempo de cumplir una pena, que esa es la respuesta que obtiene quien vulnera la ley y delinque, que es su consecuencia y debe pagar por ello, o que relacione el perjuicio que le acarrea la pena por el delito cometido (Berdugo y Gómez de la

³⁷⁰ *“La pena debe ser capaz de motivar la conducta futura del propio reo para que este asuma las prohibiciones contenidas en la norma y adquiera la capacidad y la voluntad de vivir sin infringirla de nuevo –art. 59.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria –, y debe motivar también al resto de la sociedad, reafirmando la confianza del conjunto de los ciudadanos en la vigencia del ordenamiento y disuadiendo a potenciales infractores de la tentación de incurrir a su vez en el delito.*

El cumplimiento de estos fines presupone que el reo tiene capacidad para comprender el sentido que se trata de dar a la pena y que es susceptible de tratamiento penitenciario. De no ser así el cumplimiento de la pena de prisión atenta contra la dignidad de la persona y lesiona el principio de humanidad que debe inspirar el sistema penal de un Estado de Derecho.

Ejecutar la pena de prisión sobre quien no tiene capacidad para comprender el sentido de la misma resulta inútil y gratuito desde el punto de vista de la prevención especial, pues el reo no puede verse motivado por una intervención penal que no comprende, y también desde el punto de vista de la prevención general, pues el ordenamiento jurídico lejos de afirmarse se deslegitima a los ojos de la sociedad si el cumplimiento de la pena se reviste del carácter gratuitamente odioso de una pura e inútil vindicación.

El artículo 60 CP exige por ello algo más que el diagnóstico clínico de un estado o situación de trastorno mental grave: es preciso que el trastorno impida al sujeto conocer el sentido de la pena”.

Torre³⁷¹). Cuando falta este elemento y el reo no es capaz de comprender por qué se le encierra en una prisión, tal respuesta carece de sentido porque quedaría, sin más, como una mera aplicación de la prisión con un fin retributivo y, quizá, preventivo general, pero faltarían sin duda los fines preventivo especial y, el constitucionalmente más buscado, resocializador.

El Juez o Tribunal que albergue la sospecha de que el reo padece algún trastorno mental ha de iniciar el incidente regulado en los arts. 991 a 994 LECrim, cuyo único fin es averiguar si el reo es capaz de comprender el sentido de la pena, dejando de lado cualquier indagación sobre la propensión al delito o posible conducta reprochable del reo.

Por ello, si lo que se pretende con el juicio que requiere el art. 60 CP es averiguar si el reo es capaz de comprender el sentido de la pena, no es posible aplicar una medida de seguridad en cuanto el juicio evidencie la imposibilidad de dicha comprensión puesto que no sería sino una sustitución de una pena por dicha medida.

Además de ello, el auto que resuelve el incidente de suspensión de la ejecución no es apto para acordar medidas de seguridad. Dice la Consulta de 1999, al respecto, que *“como ha manifestado en varias ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo y se recordó en la Consulta núm. 1/1989, la medida de seguridad solo se puede imponer en la sentencia que pone fin al proceso penal tras analizar el fondo de la cuestión relativa a la imputabilidad del acusado en relación con el hecho criminal que se le imputa, de modo que así como los autos de sobreseimiento no pueden imponer medidas de seguridad, tampoco parece posible que un auto decisorio de un mero incidente de ejecución en los términos del artículo 60 CP pueda extender su alcance a este tipo de materias”*.

³⁷¹ Berdugo y Gómez de la Torre, J.R. “Alternativas a las penas de prisión. La libertad Condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 63 CP”. Cuaderno Derecho Judicial N°III, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

La consecuencia, según la FGE³⁷², es solicitar la suspensión –sin sustitución por internamiento– en aquellos casos en que se constate la existencia de trastorno mental grave de modo que no sea posible al reo conocer el sentido de la pena³⁷³.

3.2.- Utilidad de los centros psiquiátricos penitenciarios.

En efecto, el artículo 184 a) del Reglamento Penitenciario prevé el ingreso en estos centros de detenidos o presos con patología psiquiátrica para su observación por el tiempo necesario con el fin de emitir el oportuno informe que le pueda ser reclamado por la autoridad judicial.

³⁷² “No es admisible por lo tanto que, comprobada la situación de trastorno mental grave del reo y su imposibilidad sobrevenida para conocer el sentido de la pena, el Juez o Tribunal sentenciador sustituya la pena de prisión por una medida de seguridad de internamiento ni de cualquier otra naturaleza. Los señores Fiscales demandarán en estos casos la suspensión de la ejecución de la pena y el cese efectivo de toda intervención penal, porque la mención que se contiene en el artículo 60 CP a la obligación que pesa sobre el Juez o Tribunal de garantizar al penado la asistencia médica tiene un sentido exclusivamente asistencial y tuitivo de su persona, absolutamente extraño a cualquier tipo de medida institucional de reacción penal”.

“La sustitución automática de la pena por una medida de internamiento representa un auténtico fraude de ley tanto desde la perspectiva de los presupuestos que fundamentan la aplicación de las medidas de seguridad postdelictuales como desde el ángulo de los internamientos civiles por motivos terapéuticos y asistenciales, porque el internamiento del reo, después de suspendida la condena, tanto si se produce en centro psiquiátrico penitenciario como civil, puede convertirse en una forma encubierta de prosecución de la ejecución de la pena que los señores Fiscales deberán denunciar como ilegal por la vía de los recursos oportunos”.

“El artículo 184 c) del Reglamento Penitenciario – Real Decreto 1901/1996, de 9 de febrero –, prevé el ingreso en establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias de los «penados a los que, por enfermedad mental sobrevenida, se les haya impuesto una medida de seguridad por el Tribunal sentenciador en aplicación de lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que deba ser cumplida en un establecimiento o unidad psiquiátrica penitenciaria».

Sectores cualificados de la doctrina consideran ilegal este precepto reglamentario por cuanto que el Código Penal no prevé en el artículo 60 ni explícita ni implícitamente la imposición de medidas de seguridad a los penados que sufren una enfermedad mental sobrevenida a la sentencia firme”.

³⁷³ En idéntico sentido, Berdugo y Gómez de la Torre, J.R. “Alternativas a las penas de prisión...”, cit.

Este precepto conecta con el artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que prevé que, si el Juez de instrucción advierte en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los médicos forenses en el establecimiento en que estuviere preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviere en libertad.

El Reglamento Penitenciario, por lo tanto, admite que los ingresos en unidades psiquiátricas penitenciarias puedan tener como objeto la observación y el diagnóstico de un recluso que padezca de algún tipo de anomalía psíquica. El ingreso durará, entonces, el tiempo preciso para completar la observación y para confeccionar el informe que se ha de elevar a la autoridad judicial competente, tras lo cual esta ha de resolver sobre la libertad del preso. Si se resuelve la prosecución de la prisión, el recluso puede ser devuelto a un centro penitenciario ordinario.

La realidad suele ser, conforme apunta Ríos Martín³⁷⁴, que existen pocos centros específicos para tratar la enfermedad mental del preso y, desgraciadamente por la situación de encierro, la misma es muy habitual en el ambiente carcelario. En la práctica, los casos más graves se trasladan a psiquiátricos penitenciarios mientras que el resto, cuando son conflictivos (que suelen serlo) son aislados en régimen cerrado.

Lo que no resulta aconsejable es que el preso permanezca indefinidamente en el establecimiento psiquiátrico penitenciario, en tanto dure la medida cautelar de privación de libertad, pues el objeto específico del establecimiento o unidad es el cumplimiento de las medidas de seguridad postdelictuales que hubieren sido impuestas en sentencia –art. 183 del Reglamento Penitenciario– y el ingreso en dicho centro no debe, en principio, convertirse -mediante su indebida prolongación- en una atípica medida cautelar.

³⁷⁴ Ríos Martín, J. “Las alternativas a la prisión”, Cuadernos de Derecho Judicial, Cendoj, 2006.

Por tanto, el centro psiquiátrico penitenciario está destinado exclusivamente para que, en cualquier momento en que se detecte la posible enajenación en que estuviere privado de libertad el reo, bien por encontrarse detenido, en prisión provisional o cumpliendo una pena, se le conduzca al mismo al objeto de ser evaluado en orden a determinar si padece enfermedad que le impida comprender la finalidad de la pena, derivándose de allí a una prisión si es que no resulta diagnosticada la enfermedad grave o puesto en libertad si la tuviera sin que pueda prolongarse como medida de seguridad, sin perjuicio de que el Juez civil, por indicación médica, pudiera acordar el ingreso en un centro distinto en aras de velar por su salud, más ya no como medio de prevención, pena o medida de seguridad que serían improcedentes.

3.3.- Procedimiento.

3.3.1.- Detección de la anomalía y procedimiento a seguir.

La primera cuestión será detectar que el condenado esté padeciendo un trastorno mental grave y duradero, excluyéndose por tanto si este es pasajero o leve. El artículo 60 solo habla de que la sentencia sea firme pero no distingue si su ejecución ha comenzado o no, de modo que puede que el sujeto haya ingresado ya en prisión o no. Tanto dentro de la misma como fuera, lo primero será que alguien detecte la anomalía y la ponga en conocimiento de un médico para que valore al paciente en un primer momento.

A esta primera valoración podrán suceder las que fuere necesario para descartar una anomalía psíquica o confirmarla. Si el reo estuviese cumpliendo ya la condena podemos pensar que será el médico del centro penitenciario el que realice la primera valoración. El artículo 36 LOGP dice que dicho médico deberá tener conocimientos psiquiátricos y podrá solicitar la colaboración de especialistas. Es obvio que, en algún momento deberá ser un especialista en psiquiatría de los adscritos a la Administración de Justicia el que determine la existencia o inexistencia de enfermedad mental grave y duradera que determine la tramitación de la suspensión extraordinaria por tal causa pero, con carácter previo, ha de remitirse por parte del Director del

Centro Penitenciario el expediente del penado donde se dé cuenta de la enfermedad que haya sido diagnosticada.

Si el reo ya estuviese cumpliendo condena en prisión, el artículo 39 LOGP establece que los diagnósticos psiquiátricos que pudieran afectar a su situación habrían de llevarse a cabo por un equipo técnico compuesto por un especialista en Psiquiatría, un médico forense y el del establecimiento, acompañándose en todo caso por un informe del Equipo de Observación o de Tratamiento.

La LECrim dedica unos pocos artículos, redactados en un lenguaje obsoleto³⁷⁵, a dar unas pinceladas sobre el procedimiento a seguir en caso de detectar la posible enajenación de un preso (artículos 991 y ss.).

Ante la parquedad legal, algunos autores plantean la necesidad de que tenga lugar una vista (Navarro Villanueva³⁷⁶ y Ayo Fernández³⁷⁷), donde predomine la oralidad y se ratifique la pericial forense previamente efectuada al reo, siempre garantizándose los principios de audiencia y contradicción a las partes. Ríos Martín³⁷⁸ subraya la necesidad de que se le nombre abogado al penado si no lo tuviere, cuestión prevista en el artículo 993 LECrim, aunque nada diga el artículo 60 CP.

Del artículo 994 LECrim se deduce que, si todas las partes están de acuerdo (en la enajenación o en la sanidad del reo), el procedimiento se simplifica y que, si existe discrepancia, se ha de sustanciar un incidente de oposición con plena contradicción de partes, todo ello después de oír a los peritos.

³⁷⁵ Conste que el castellano de la época nos apasiona pero algunas de las referencias no tienen aplicación a nuestros tiempos y han quedado desfasadas, requiriéndose una urgente adaptación.

³⁷⁶ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 125.

³⁷⁷ Ayo Fernández, M. *Las Penas, Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 120.

³⁷⁸ Ríos Martín, J. "Las alternativas a la prisión", Cuadernos de Derecho Judicial, Cendoj, 2006.

Si no se diese al Letrado del interno oportunidad de intervenir (art. 993 LECrim), o se omitiese recabar el Informe del Médico forense y el del Equipo de Salud del Centro Penitenciario (art. 39 LOGP), la resolución que se dictase -normalmente un auto- sería nula (AAP de León de 20 de abril de 2007).

Declarada la enajenación, en su caso, el Director del Centro Penitenciario trasladará al enajenado al establecimiento que corresponda, sin perjuicio de que se cumplan las previsiones del Código Penal en caso de que recobrase la lucidez (art. 994 LECrim). La ley no parece prever otra alternativa pero, en los tiempos actuales, es fácil pensar que la resolución del órgano sentenciador no se limite a declarar la enajenación mental del reo sino que vaya más allá y disponga lo que debe hacerse con el mismo.

Aun siendo esa la teoría, Navarro Villanueva³⁷⁹ advierte de que, en la práctica, se ventila igual el incidente exista o no oposición.

En palabras de la misma autora, la resolución adoptada será un auto que se someterá al régimen de recursos normal para este tipo de resoluciones previsto en la LECrim sin que, por otra parte, sea partidaria de que cualquier recurso fuese admitido en dos efectos, ya que, de accederse a la suspensión del auto que reconoce la enajenación, se forzaría a mantener al preso en prisión, en contra de lo que pudiera ser más conveniente, atendido su estado de salud.

3.3.2.- Tribunal competente.

Lo será el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por atribución del artículo 60 CP, si es que la anomalía se detecta después de pronunciada la sentencia firme, conforme se establece en el precepto. Para el resto de casos, entendemos que será competente el órgano encargado de la instrucción, si es en esta fase o el encargado del enjuiciamiento, si lo fuese en fase de juicio oral.

³⁷⁹ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., pág. 127.

Hemos de recordar la necesidad de adecuar el artículo 992 LECrim al 60 CP, ya que el de la ley rituaría todavía habla del Tribunal sentenciador.

En nuestra opinión, debe ser en cada caso el órgano que esté conociendo del proceso en cada fase del mismo, sin ocultar nuestra disconformidad con que la ejecución penal sea llevada por órgano distinto del que dictó la sentencia por los motivos que expresamos en algunos pasajes de este trabajo.

Si de resolver sobre la situación procedente en caso de que el reo recupere la sanidad mental se trata, la competencia es entonces del Juez o Tribunal que dictó la sentencia.

3.3.3.- Efectos de la declaración.

Si se declara la misma, lo primero que sucederá es que se suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad conforme al artículo 60 CP, debiéndose comunicar al centro penitenciario y al Juzgado o Tribunal que impuso la pena. Sin embargo y en contra de lo que opinan algunos autores que debería suceder, la suspensión no alcanza al resto de penas que no sean privativas de libertad y ello a pesar de que, cayendo en enajenación, le queda imposibilitado comprender el sentido de todas ellas.

Si el reo recupera la salud mental, el artículo 60.2 CP establece que deberá cumplir la sentencia si bien se exceptúa:

- el caso de la prescripción de la pena, si hubiese prescrito la misma, conforme al artículo 130.1.7º CP. En este punto, esta suspensión extraordinaria es diferente del resto donde, como sabemos, mientras dura el plazo de prueba, no corre el tiempo para la prescripción pues se entiende que la suspensión es una modalidad misma de cumplimiento y, por tanto, estando suspendida su ejecución, es como si se estuviese cumpliendo y no hay cómputo del intervalo prescriptivo.

No es que se diga de forma expresa, pero es lo que puede deducirse del contenido del artículo 60.2 CP, que establece que, “*restablecida la salud mental del penado, este cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito*” pues, de otro modo, es difícil que si la suspensión hubiese interrumpido el plazo de prescripción como en la suspensión ordinaria con periodo de prueba, se pudiese haber producido prescripción alguna.

- aun no habiendo prescrito la pena, se faculta al Juez o Tribunal para dar por extinguida la condena o reducir la misma, por razones de equidad en ambos casos, si se estima que el cumplimiento es innecesario o contraproducente.

Navarro Villanueva³⁸⁰ cree que el tiempo que dure el trastorno debería computarse como de cumplimiento de la pena y que lo sucede es que se produce una alteración del título ejecutivo originario o una sustitución de la pena privativa de libertad por una medida de seguridad. Algo de razón no le falta, a nuestro juicio, puesto que la suspensión por causa de enajenación no consideramos que suponga beneficio alguno para el reo que, en lugar de estar internado en un centro penitenciario, estará sometido al tratamiento que corresponda, pero privado de algo mayor incluso que su libertad, su razón o salud mental. Añádase a ello que tal situación no fue buscada por el penado sino una triste consecuencia de la enfermedad y no debería suponer una agravación de la pena en forma de tener que cumplir la misma en un momento posterior indeterminado (obviamente, dentro del plazo de prescripción), después de haber padecido el infortunio de la insania mental y estar sometido al tratamiento que le hubiera sido impuesto (en ocasiones, su reclusión en un centro psiquiátrico penitenciario).

Es por ello que, cuando el artículo 60.2 CP concede al Juez o Tribunal la posibilidad de dar por extinguida o reducir la condena y habla de motivos

³⁸⁰ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, Bosch, Barcelona, 2002, págs. 130 y 137.

de equidad, creemos que se está refiriendo al comentario que hemos hecho³⁸¹.

El artículo 60 afirma también que la medida que, en su caso, se imponga no podrá ser más gravosa que la pena sustituida. Sin duda resulta un lapsus del legislador el hecho de hablar de suspensión de la pena y, al tiempo, de “la pena sustituida”. En efecto, a pesar de su ubicación fuera de los artículos 80 a 89 CP, no puede negarse que el artículo 60 recoge un supuesto de suspensión de la ejecución de la pena de carácter extraordinario y que, por tanto, no debería mezclar ambos institutos, aunque la cuestión podría reconducirse con una mera rectificación del precepto que sustituyese la expresión “sustituida” por “suspendida” del siguiente modo que proponemos:

“podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena suspendida”.

En definitiva, se trata de suspender la ejecución de la pena e imponer, facultativamente, una medida de seguridad, pero no de sustituir la pena por otra pena, cuando ambas consistirían en privación de libertad.

Si el sujeto hubiese cumplido parte de la pena en el momento en que se resuelve sobre esta suspensión de carácter extraordinario, se descontará el tiempo cumplido de la duración de la medida que se impusiese, en su caso.

Respecto del plazo de prescripción, Vizueta Fernández³⁸² se muestra partidario de considerar la misma respecto de la pena que resta por cumplir

³⁸¹ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, .cit., pág. 131.

³⁸² Vizueta Fernández, J. “El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme. El artículo 60 del Código Penal”, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Abril de 2007.

si es que cumplió una parte, mas no de la totalidad de la impuesta. Eso haría que se redujese el plazo de prescripción en aquellos casos donde ha habido un cumplimiento parcial.

Igualmente, el autor se muestra favorable a que se reanude el plazo del cómputo de la prescripción desde el momento en que se suspende la ejecución y no desde el momento en que se dictó la sentencia firme. Vizuela basa su afirmación en que, de computarse desde la sentencia, se estaría computando plazo de prescripción en un momento en que no correspondería por hallarse el reo cumpliendo condena y que solo puede contar el plazo en el momento en que deja de cumplirla por concedérsele la suspensión. Ciertamente, el tiempo que esté cumpliendo sentencia no puede computar a nuestro juicio, pero el mero hecho de dictarse la sentencia tampoco implica que ingrese de inmediato en prisión, de modo que solo dicho ingreso la interrumpiría.

Otras diferencias a destacar con el resto de suspensiones de la ejecución de la pena serían, en primer lugar, que, si se imponen medidas de seguridad, han de ser privativas de libertad si la pena era de la misma naturaleza, algo muy diferente del resto de suspensiones ordinarias o extraordinarias donde las prohibiciones, deberes, prestaciones o medidas no son privativas de libertad en ningún caso. Solo cuando la pena es no privativa de libertad, se faculta al Juez o Tribunal para que imponga otras medidas de seguridad que estime convenientes.

O, por otro lado, que, cuando se imponen condiciones en el resto de suspensiones, estas duran todo el plazo de prueba como regla general. En el caso de la enajenación, las medidas no pueden durar más que la pena impuesta pero, sin embargo, el plazo de suspensión no es tal, ya que el artículo 60 no recoge ninguna duración, es decir, cuando se suspende la ejecución de la pena por esta vía no hay un plazo para la suspensión, aunque sí lo debe haber para la medida, de modo que por más tiempo que transcurra, no existe previsión de remisión de la pena, ya que se concede en tanto dure la enfermedad mental. Cosa distinta es que, prescrita la pena, ya que la suspensión no interrumpe el cómputo, se solicite la declaración judicial correspondiente.

Dada su particularidad y por fortuna, este tipo de suspensión de la ejecución se da en mucha menor medida que el resto y, así, por aportar datos de algunas Fiscalías Provinciales³⁸³ sobre suspensiones de la pena que fueron concedidas en aplicación del artículo 60 CP podemos citar los siguientes: Barcelona, 17; Las Palmas, 2; Madrid, 0; Murcia, 5; Navarra, 2; Valencia, 16; Valladolid, 3.

³⁸³ Consulta realizada el 1 de mayo de 2017 en www.fiscal.es

CAPÍTULO VI.- SUSPENSIÓN MIENTRAS SE TRAMITA EL RECURSO DE AMPARO.

Otra modalidad de suspensión de la ejecución de la pena, por motivos bien distintos de la regulada en los artículos 80 a 87 del Código Penal, es la que tiene su causa en la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Ha de ser tratada, siquiera brevemente, dado que hacerlo más extensamente supondría adentrarse en esta clase de recurso, que no es el objeto de este trabajo.

Al igual que con el recurso de revisión, en el de amparo constitucional, se parte de la existencia de una sentencia firme de condena, un título ejecutivo válido. Precisamente la firmeza de la sentencia implica, en este caso, que no queda ningún recurso ordinario por agotar, siendo este uno de los requisitos para acceder al de amparo que, de otro modo, será inadmitido si no se ha tratado de reparar la lesión que se invoque mediante la formulación de los correspondientes medios de impugnación.

Hay que plantearse si, ante la existencia de dicho título, plenamente eficaz, cabe instar la suspensión y la respuesta es afirmativa, aunque de forma restrictiva, en aquellos casos en que la no suspensión podría producir un perjuicio irreparable para los derechos fundamentales, como sería negar la finalidad del recurso de amparo si finalmente fuese estimado, reponiendo los derechos vulnerados al recurrente. Por ello, el artículo 56.2 LOTC establece que cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala, o la Sección en el supuesto del artículo 52.2, de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la misma no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona.

Una cuestión fundamental en esta suspensión es no confundir el órgano que tiene competencia para concederla, cosa que sucede con

muchísima frecuencia. En efecto, no son los Juzgados y Tribunales ordinarios quienes, a la vista de la interposición de un recurso de amparo, pueden conceder o no la suspensión por esta causa sino el propio Tribunal Constitucional en virtud del artículo 56 LOTC. Así nos lo recuerda el AAP de Madrid (Sección 6ª), de 14 de diciembre de 2012:

“no corresponde a ningún órgano de la jurisdicción ordinaria resolver sobre la petición de suspensión de ejecución como consecuencia de la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, sino que ello compete exclusivamente a este último Tribunal (Auto Tribunal Supremo de 22 de Septiembre de 1998 (RJ 1998/7591)”.

Además, en el caso de que la suspensión pudiera causar un perjuicio a los derechos de un tercero, el artículo 56.5 LOTC establece que la Sala o Sección podrá condicionar la suspensión de la ejecución a la constitución de una caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que pudieran originarse.

Navarro Villanueva³⁸⁴ considera que la caución que pueda imponerse cumple, a su vez, un fin de aseguramiento al evitar que el reo se sustraiga a la acción de la justicia en caso de que el recurso de amparo sea desestimado y deba cumplir la condena penal.

1.- CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA JURISPRUDENCIA PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN POR ESTE MOTIVO.

La formulación del recurso de amparo es algo recurrente cuando se han agotado todas las posibilidades para el condenado. Las estadísticas de 2015, últimas publicadas por el Tribunal Constitucional a mes de mayo de

³⁸⁴ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., pág. 169.

2017, muestran que en aquel año se formularon 7.203 recursos de amparo, unos cuatrocientos menos que el año anterior.

La jurisprudencia ha establecido una serie de requisitos de acceso al recurso, además de los procesales, que deberán cumplirse, simplemente para que el mismo se admita a trámite y, por tanto, se entre al fondo de lo planteado. Esos requisitos son los siguientes:

En primer lugar, que la ejecución produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al recurso su finalidad.

En este sentido, por perjuicio irreparable se ha de entender aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío y convierta el amparo en meramente ilusorio y nominal (por todos, AATC 274/2008, de 15 de septiembre; 26/2009, de 26 de enero; 173/2009, de 1 de junio y 44/2012, de 12 de marzo).

En segundo lugar, que la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido ni a los derechos fundamentales o libertades públicas de otra persona.

Y, en tercer lugar, que la pena cuya ejecución se pretende suspender no supere los cinco años (AATC 16/2009, de 26 de enero; 18/2011, de 28 de febrero, FJ 2; y 61/2013, de 27 de febrero). Este criterio coincide con la diferencia entre penas graves y menos graves del artículo 33 CP.

Junto a este criterio, el Tribunal ha venido ponderando otras circunstancias relevantes, tales como, significativamente, la gravedad y naturaleza de los hechos enjuiciados y el bien jurídico protegido, su trascendencia social, la duración de la pena impuesta y el tiempo que reste de cumplimiento de la misma, el riesgo de eludir la acción de la Justicia y la posible desprotección de las víctimas, circunstancias todas ellas que expresan la reprobación que el Ordenamiento asigna al hecho delictivo y, por consiguiente, la magnitud del interés general en su ejecución (ATC

265/2013 de 18 de noviembre, que la deniega por haber delinquido reiteradamente durante el periodo de remisión).

La suspensión de la pena privativa de libertad conlleva la de las accesorias aunque no la de las patrimoniales, salvo excepciones. Esa es la máxima del TC³⁸⁵, aunque ya vimos en capítulos anteriores que la doctrina y la jurisprudencia están claramente divididas y hay abundantes partidarios tanto de una como de otra tesis, así como también nos mostrábamos favorables a que la suspensión alcance a ambas, como regla general, pero estudiando cada concreto caso, por existir particularidades en algunos delitos, como los relativos a la imprudencia profesional donde entendemos que la pena accesoria de inhabilitación no debe, por lo general, gozar de idéntico beneficio.

Por otro lado, en lo que se refiere a la ejecución de las resoluciones judiciales cuyos efectos son fundamentalmente patrimoniales o de contenido económico, este Tribunal ha puesto de manifiesto que, con carácter general, ni causa un perjuicio irreparable al obligado al pago, ni puede hacer perder al amparo su finalidad, al ser posible la restitución íntegra de lo ejecutado. De ese modo, solo se ha accedido a la suspensión en supuestos excepcionales en que la ejecución de las resoluciones recurridas en amparo acarrearía perjuicios económicos muy difícilmente reparables por su entidad o por la irreversibilidad de las situaciones jurídicas que puedan producirse (por todos, AATC 81/2012, de 7 de mayo y 139/2013 de 3 de junio).

2.- PROCEDIMIENTO.

No vamos a hablar del procedimiento que sigue el recurso de amparo, ya que no es materia de nuestro estudio. Simplemente diremos que, cuando se formula el recurso, se ha de presentar al Tribunal Constitucional y este ha

³⁸⁵ “Del mismo modo, este Tribunal también ha reiterado que la suspensión de la pena privativa de libertad debe conllevar la suspensión de las penas accesorias de inhabilitación que lleven a aparejadas (por todos, ATC 58/2012, de 26 de marzo, FJ 2.)”.

de pronunciarse sobre su admisión a trámite, cosa que suele hacerse con relativa facilidad y rapidez si se motiva la especial trascendencia constitucional, a nuestro juicio nudo gordiano del filtro de admisión. Sin embargo, la criba más dura viene después y es harto difícil que el Tribunal estime la pretensión del recurrente³⁸⁶.

Pues bien, una vez el TC se pronuncia admitiendo a trámite el recurso de amparo, si se le ha solicitado en la demanda del mismo la suspensión por motivo de su interposición y para salvaguardar las finalidades del mismo, se pronunciará también sobre la suspensión que se impetire.

Está legitimado para instar la suspensión el que lo está para interponer el recurso, por tanto y conforme al artículo 46 LOTC, quienes hayan sido parte en el proceso principal, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. Aunque lo común no será que ninguno de estos organismos interponga el recurso de amparo sino que deberá hacerlo el propio interesado, cuando entienda que se han vulnerado sus derechos fundamentales. Para ser sinceros, lo más normal será que el recurrente ignore qué es el recurso de amparo y que sea su abogado quien le informe de la posibilidad de formularlo o no y tramite el mismo en su nombre.

La solicitud de suspensión por este motivo puede hacerse en el escrito de interposición del recurso de amparo, aunque también podría sustituirse a posteriori en cualquier tiempo, antes de haberse pronunciado la sentencia o decidirse el amparo de otro modo (art. 56.4 LOTC).

La suspensión se condiciona, sin embargo, a la admisión a trámite del recurso porque *“ha de mirar también a la previsible viabilidad del amparo solicitado”* (ATC 122/1981). La admisión del amparo no conlleva la suspensión automática de la ejecución, ni aun cuando pueda producirse el perjuicio irreparable al recurrente. De concederse, se abre entonces un incidente de suspensión.

³⁸⁶ En nuestra opinión, el recurso de casación civil del Tribunal Supremo, por dar otro ejemplo de recurso extraordinario, tiene de entrada un filtro previo más difícil de superar, sin perjuicio de que también sea difícil que se estime el recurso posteriormente.

La concesión o denegación de la suspensión por planteamiento del recurso puede modificarse en tanto no se haya resuelto la demanda de amparo, si aparecen circunstancias sobrevenidas o que no se conociesen cuando se adoptó la medida. La legitimación para su solicitud corresponde a las mismas personas que estaban legitimadas para solicitar la suspensión u oponerse a la misma inicialmente.

Para Navarro Villanueva³⁸⁷, la modificación de lo acordado no es sino un nuevo incidente de suspensión de la ejecución.

Como concluye la Consulta 1/2012 de 27 de junio de la Fiscalía General del Estado, la suspensión acordada mientras se tramita una solicitud de indulto o un recurso de amparo no tienen efecto de interrumpir el cómputo del plazo de prescripción de la pena. Somos partidarios de esta postura pues, en definitiva, se trata de una suspensión cautelar, mientras se conoce el resultado del recurso, bien distinta, por tanto, de la ordinaria o extraordinaria de los artículos 80 a 87, que tiene carácter definitivo si el reo cumple las condiciones impuestas.

Sobre la finalidad de la suspensión en el recurso de amparo, véanse entre otros los AATC 39/2004, de 9 de febrero, de 27 de febrero de 2013 o el de 8 de julio de 2013. A este grupo pertenecen las penas privativas de libertad pues, como es obvio, arrebatada que le sea esta a alguien ya no puede ser reparada como si nada hubiese sucedido.

Cuando lo que se hubiera ejecutado pueda ser restituido íntegramente, el criterio del TC es denegar la suspensión, precisamente porque el perjuicio en esos casos, sí es reparable (AATC 8 de julio de 2013, 29 de octubre de 2012, 18 de julio de 2011 y 12 de marzo de 2012).

³⁸⁷ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., pág. 190.

SUSPENSIÓN MIENTRAS SE TRAMITA EL RECURSO DE AMPARO

En síntesis, es esta una modalidad muy diferente de suspensión, meramente temporal y para evitar que el recurso de amparo pierda su finalidad si es estimado.

CAPÍTULO VII.- REGLAS DE CONDUCTA.

1.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MISMAS.

Denominamos, de forma genérica, “reglas de conducta” a aquellas prohibiciones, deberes, obligaciones o prestaciones que el penado, a quien se le ha concedido la suspensión de la ejecución de la pena, debe observar si quiere alcanzar la remisión definitiva de la pena y cuyo incumplimiento, por el contrario, puede acarrearle la revocación del beneficio o, cuanto menos, la imposición de otras nuevas, como veremos.

Sordi Stock³⁸⁸ las encuadra dentro de lo que denomina suspensión con *probation*, por diferenciarla de la simple suspensión sin condición. Es decir, la autora entiende que son las condiciones que se imponen cuando se opta por una suspensión en la que al reo se le exige algo adicional. Particularmente, diferimos de la denominación, pues toda suspensión está sujeta a condiciones, cuanto menos la de no delinquir durante el periodo de prueba y, en muchas ocasiones, otras adicionales y puede, por tanto, llevar a confusión.

Algunas de esas “reglas” son penas en sí mismas, como es el caso de la prohibición de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, la de residir en determinados lugares, la de conducir vehículos a motor, la multa o los trabajos en beneficio de la comunidad (art. 33 CP). En ese caso, pueden estar previstas para concretos tipos penales, de igual modo que pueden ser impuestas como condiciones o reglas de conducta, aunque cuando ya las impone el tipo no se vuelven a imponer como condición en la suspensión, porque esta no alcanza a las penas accesorias y deberán ser cumplidas, pese a la suspensión de la principal.

³⁸⁸ Sordi Stock, B. “¿Nuevos horizontes? En los programas de rehabilitación para agresores de violencia de género”, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, nº 1, 2015.

Otras de esas reglas de conducta, en cambio, no son penas y el legislador usa también la palabra “medidas” o “prestaciones”. Una prestación es, según el diccionario de la RAE, una cosa o servicio que alguien recibe o debe recibir de otra persona, en virtud de un contrato o de una obligación legal. Así se refiere en el artículo 84, cuando habla del pago de una multa, de la realización de trabajos en beneficio de la comunidad o del cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes como consecuencia de una mediación.

En el artículo 83, sin embargo, habla de prohibiciones, deberes y obligaciones para dar un surtido elenco de lo que debe o no debe hacer el penado que ha sido beneficiario de la suspensión, según los casos.

En definitiva, no parece que pueda hablarse de que su naturaleza jurídica es la de una pena, porque aunque algunas lo son autónomamente, no lo son en este caso, ya que no han sido impuestas como condena sino como condición para no ejecutar la pena principal de privación de libertad una vez suspendida. Y, además, porque no todas gozan de catalogación como penas.

Podemos decir que se parecen a las medidas cautelares puesto que algunas se adoptan para prevenir o preservar, como la prohibición de acercarse a la víctima o familiares o la de conducir vehículos a motor que no dispongan de dispositivos que impidan la conducción bajo los efectos del alcohol.

También se parecen a las medidas de seguridad, que se imponen a quien, siendo inimputable, ha exteriorizado su peligrosidad criminal o podría volver a cometer el hecho. En ese sentido, la prohibición de acercarse a la víctima o la de frecuentar determinados lugares.

En suma, pensamos que su naturaleza goza de autonomía propia, pareciéndose alguna de ellas a las medidas (de seguridad o cautelares) pero siendo impuestas como condiciones, con la finalidad –sin olvidar cumplir los anteriores fines preventivos- de poner a prueba al penado durante un

tiempo y constatar si es verdaderamente acreedor del beneficio que le ha sido concedido.

De otro lado, habría que plantearse si, al concederse la suspensión imponiendo condiciones, algunas de las cuales son consideradas penas, no estaríamos en verdad en una sustitución, con el añadido peyorativo de que se someta al reo a un periodo de prueba.

Una de las novedades que introduce en el Código Penal la LO 1/2015 es la exigencia contenida en el artículo 83 relativa a la imposición de prohibiciones y deberes, que requiere ahora que las mismas tengan por fin “evitar el peligro de comisión de nuevos delitos”. Esta incorporación, antes inexistente, supone un condicionamiento claro y un límite a la hora de imponer condiciones, de tal forma que no se permiten aquellas que no tengan ese claro fin de impedir que se cometa un nuevo delito y, aunque la expresión no deja de ser un concepto jurídico indeterminado, susceptible de interpretaciones amplias, no escapará sin embargo a un control ulterior de motivación por el órgano *ad quem* ante un eventual recurso devolutivo, incluido el de amparo ante el TC. Pensamos que ello podría poner tasa a casos de imposición abusiva de condiciones con base en el supuesto genérico del anterior artículo 83.1.6ª, actual 83.1.9ª del CP.

La primera de las reglas o condiciones que se imponen, la principal y la que es exigible en todo caso –lo contrario supondría el fracaso del Derecho Penal si delinquir no tuviese consecuencias- es que el reo no delinca en el plazo establecido³⁸⁹.

Aparte de esta condición común que toda suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad debe contener, que es la de no delinquir en el plazo que se fije -a la que algunos³⁹⁰ se refieren como “condición legal”- sigue diciendo el artículo 83.1 que el Juez o Tribunal, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las

³⁸⁹ Si el reo delinque superado el plazo pero antes de que se acuerde la remisión definitiva de la pena, no debe ser obstáculo para que se acuerde la misma.

³⁹⁰ Fernández Arévalo, L; Nistal Burón, J. *Manual de Derecho Penitenciario*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 100.

obligaciones o deberes que en el mismo precepto se establecen y que, por distinción de la anterior condición legal, suelen denominarse “reglas de conducta”.

Como apunta Navarro Villanueva³⁹¹, ningún código penal hasta el actual de 1995 había introducido antes, como tampoco lo hizo la Ley de Condena Condicional de 1908, unas reglas de conducta que pudieran ser impuestas por el Juzgado o Tribunal junto a la suspensión y como exigencias para el mantenimiento de la misma.

Larrauri Pijoan³⁹² critica que dichas condiciones, que en principio deberían tener un carácter asistencial, se conviertan en condiciones tan esenciales para el mantenimiento como la principal de todas que es el que el reo no delinca en el plazo establecido porque, de ese modo, puede suceder que cumpliéndose la condición principal, se llegue sin embargo a revocar la suspensión por incumplir una de las accesorias.

Analizando el Derecho comparado, diremos que en Alemania también se imponen, al conceder la suspensión de la ejecución de la pena, alguna o algunas de las condiciones que regulan sus artículos 56b y 56c del Código Penal Alemán, muy similares a las que regulan nuestros artículos 83 y 84 y que veremos a continuación.

La nueva reforma del Código Penal ha introducido, además, un artículo 308 bis, donde se establece una condición complementaria de las de los artículos 83 y 84, para delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o fraudes de subvenciones.

2.- DISTINTAS POSIBILIDADES AL ALCANCE DE JUZGADOS Y TRIBUNALES.

³⁹¹ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, Barcelona, Bosch, 2002, pág. 68.

³⁹² Larrauri Pijoan, E. *Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código penal*, en Estudios penales y criminológicos, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e intercambio científico, 1996, pág. 54.

Las condiciones que, recordemos, potestativamente³⁹³, puede imponer el Juez o Tribunal al reo son las siguientes:

1ª.- Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el Juez o Tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos o de comunicar con los mismos por cualquier medio.

La nueva redacción del artículo 83 contiene algunas ampliaciones a la restricción de la libertad ambulatoria del penado, ya que se añade la prohibición de aproximarse “a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos”.

La razón de esta prohibición de carácter asegurativo es la protección de la víctima o sus allegados y el respeto a los mismos³⁹⁴.

Algún autor echa de menos una concreción en la distancia por parte de la norma³⁹⁵, aunque no somos partidarios de que la misma recoja tanto matiz, perfectamente susceptible de ser concretado en cada caso por el Juzgado o Tribunal.

Aunque pudiera parecer que dichas prohibiciones ya estaban implícitas en la anterior redacción, al prohibirse la aproximación a la víctima, no es del todo cierto que así fuese siempre, ya que es posible que,

³⁹³ Si se trata de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aún sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1ª, 4ª y 6ª del art. 83.1 CP. En este caso no es potestativo para el juzgado o tribunal, sino imperativo.

³⁹⁴ Sánchez Yllera, I. *Comentarios al Código penal de 1995*, Dir. Tomás Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 485.

³⁹⁵ Cano Cuenca, A. “Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión (arts. 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89)” en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ahora, el reo incumpla esta prohibición sin necesidad de acercarse a la víctima, al bastar con que lo haga al domicilio de esta, con independencia de que no haya nadie en el hogar y, del mismo modo, a su lugar de trabajo o a otros habitualmente frecuentados por el perjudicado.

Además de ello, la prohibición de establecer contacto ha sido introducida con la LO 1/2015, pues no regía con anterioridad.

Si bien reconocemos que los dos primeros supuestos parecen razonables, no pensamos lo mismo del resto porque el reo desconoce a priori si la víctima está o no en dichos lugares, debiendo abstenerse de acercarse sin más ante la posibilidad de que sí lo esté. A ello se suma cómo se determina qué lugares son aquellos que frecuenta habitualmente la víctima, que además pueden ir cambiando y, sobre todo, cómo se conjuga con el derecho del penado a conocer en todo momento el contenido de la prohibición, que no puede quedar indeterminada.

Su determinación puede conllevar abusos y ser fuente de problemas, siendo más lógico que se entienda incluida en la genérica prohibición de acercarse a la víctima, máxime porque el reo no tiene por qué conocer los lugares que frecuenta con habitualidad la víctima, no siendo –además– lo más cabal que se le informe de los mismos para que los evite, ya que sería ponerle sobre alerta, si acaso albergase alguna intención de acercarse a ella.

Aunque aquí se establece como “condición” para el mantenimiento de la suspensión, lo cierto es que en los artículos 39, 40.3 y 48 CP se habla de ella como pena privativa de derechos.

En este punto, volviendo a la naturaleza jurídica de la que hablábamos, cabe plantearse si estamos ante una pena accesoria con arreglo al artículo 32 CP. Lo que sucede es que, por la vía de una regla de conducta se está imponiendo una auténtica pena en muchos delitos que no llevan aparejada la misma, de tal modo que podríamos llegar a hablar de sustitución en lugar de suspensión, aunque con sujeción a un periodo de

prueba. Y, además, se está imponiendo dicha pena después de dictada la sentencia.

En ese sentido, Ceres Montes³⁹⁶ apunta la posibilidad de que las acusaciones no hayan pedido la imposición de la medida de alejamiento y, por tanto, el Juzgado o Tribunal no la haya impuesto y, posteriormente un órgano distinto, el que se encargue de la ejecución, de forma incongruente, la imponga como prohibición del artículo 83 CP para conceder la suspensión.

Del mismo modo, señala Ceres que si ya hubiese sido impuesta como parte de la condena, no sería necesario volver a imponerla como condición puesto que su incumplimiento ya daría lugar a un quebrantamiento de condena con revocación de la suspensión. Solo hemos de matizar que no nos parece que un quebrantamiento de condena dé lugar a la revocación de la suspensión, ya que no consta dicha previsión y, en todo caso, la revocación vendría por la nueva comisión de un delito, pero requeriría que recayese sentencia firme dentro del plazo de prueba.

Desde un punto de vista procesal, entendemos que se plantean serias dudas sobre la posibilidad de que, dictada una sentencia y alcanzando su firmeza, antes de proceder a su ejecución se acuerde la suspensión de esta – cumpliéndose los requisitos legales-, imponiéndose como condición lo que el propio Código Penal define claramente como pena en su artículo 32. Es claro que es el mismo Código el que lo posibilita, pero quizá en los casos en que se establece como condición una pena estamos ante el instituto de la sustitución y no el de la suspensión, pues no es verdaderamente una suspensión sin más.

Y, si no, estaríamos, más bien, en la sustitución y no en la suspensión pues se está dejando de aplicar una pena a cambio de imponer otra, por más que esta última no sea privativa de libertad.

³⁹⁶ Ceres Montes, J.F. “Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional”, Cuadernos de Derecho Judicial núm.3, Cendoj, 2005.

En cualquier caso, estamos ante una condición de imposición facultativa que corresponde valorar y adoptar al Juez o Tribunal que acuerde la suspensión y que, en todo caso, deberá motivar la necesidad de su establecimiento pues no se justificaría su imposición sin un claro fin que, hablando de Derecho Penal, no se nos ocurre que sea sino la evitación de reincidencia o la protección de personas o bienes.

Nos parece interesante la reflexión de Berdugo y Gómez de la Torre³⁹⁷ relativa a los casos en que víctima y agresor, en delitos del artículo 153 CP, se reconcilian después de impuesta esta condición. El autor habla de una “causa de justificación” y recomienda la comparecencia del reo ante el órgano judicial para ponerse a su disposición, donde el órgano oyese a la víctima y se plantease la suspensión de la efectividad de la medida aunque no existe esa previsión legal y, como alternativa, entiende que si es la víctima la que se acerca al agresor, no pueda en puridad entenderse conculcada la condición o deber impuesto al reo.

No es posible descontar del tiempo de cumplimiento de la condición impuesta el que el reo hubiere pasado cumpliendo una pena accesoria de alejamiento o como medida cautelar [SAP de Toledo (Sección 2ª) 113/2015, de 1 de octubre] o pena accesoria, pues hay que diferenciar entre estas, ex artículo 57 CP y la condición del artículo 83.1ª y 2ªCP.

2ª.- Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo.

³⁹⁷ Berdugo y Gómez de la Torre, J.R. “Alternativas a las penas de prisión. La libertad Condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 63 CP”, Cuaderno Derecho Judicial N°III, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

Se trata también de una nueva regla, concretamente una prohibición de carácter asegurativo al igual que la anterior, que no se contenía en la versión previa a la reforma por la LO 1/2015.

Como en otros casos, habrá que estar al supuesto concreto que permita fundar esta limitación del derecho a la libertad y tener en cuenta la posibilidad de que el acercamiento haya sido favorecido o procurado por la otra u otras personas y no por el penado, debiéndose respetar su derecho a la presunción de inocencia en tanto no quede desvirtuado con claridad.

Su razón de ser es la evitación de la reincidencia delictiva, desprendiéndose del propio tenor del precepto, que se logra al extraer al sujeto del ambiente criminógeno en que se movía. El abanico de supuestos puede ser amplísimo, pudiendo poner como ejemplos aquellos casos de individuos integrados en bandas criminales de diversa índole como las dedicadas al narcotráfico, los grupos racistas o xenófobos, bandas dedicadas a la trata de seres humanos y un largo etcétera.

Una cuestión nada fácil de fiscalizar será, a nuestro entender, determinar que el encuentro con una o varias personas concretas puedan incitarle a delinquir, pues se está anticipando un juicio de culpabilidad sobre estas. En nuestra opinión, la medida es acertada y bien orientada a la reinserción social del penado que, en contacto con ese ambiente criminógeno del grupo en cuestión, correría serio peligro de perder el beneficio, si volviese a delinquir, aunque no deja de ser atacable si se basa en meras sospechas, como criticó el CGPJ.

No creemos que sea más que la aplicación de criterios de lógica y de práctica forense avalada por años de experiencia con aquellas personas que han dejado el mundo de las drogas. Cuando un toxicómano se inserta en un programa para dejar de lado su adicción, una de las primeras prohibiciones que se le impone es dejar de frecuentar las antiguas amistades que puedan guardar relación con su problema, pues la fuerza de voluntad no es casi nunca suficiente si no se acompaña de medidas de prudencia, de un refuerzo que pase por alejar del individuo la tentación.

De igual modo, prohibiendo al penado el contacto con su anterior círculo criminal, se logrará con más facilidad el fin pretendido de reinserción y -esto es una opinión propia- también es posible que se logre algún influjo positivo sobre el grupo al verse privado de uno de sus componentes.

Creemos que sería conveniente invertir en medios tales como casas tuteladas o grupos terapéuticos, de modo que fuese realista y conforme al fin resocializador.

3ª.- Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del Juez o Tribunal.

Es otra de las condiciones que han sido reformuladas con la LO 1/2015, eliminándose la referencia al Juez o Tribunal del lugar donde resida el reo, que era una reminiscencia del artículo 9º de la Ley de Condena Condicional de 1908.

Atendiendo a la anterior formulación, Ayo Fernández³⁹⁸ hacía una puntualización interesante sobre esta condición o regla y es la de advertir que, en su opinión, al Juez o Tribunal que debería recabarse autorización era a aquél que concedió la suspensión y no al del lugar donde resida, salvo que se tratase del mismo. La referencia podría tener su origen en los artículos 9º y 10º de la Ley de Condena Condicional, que establecían la obligación de comunicar al Juez de instrucción, o al municipal donde aquél no existiese, su traslado de residencia, así como la de presentarse ante los del lugar a que se hubiese trasladado y hacer esto siempre que se cambiase de lugar. Puede que, por ese motivo, el artículo 83.1.2º CP, aluda al Juez o Tribunal del lugar donde resida puesto que es posible que mude su residencia a lo largo del periodo de prueba, siendo más razonable un control por órganos judiciales

³⁹⁸ Ayo Fernández, M. *Las Penas, Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 109.

más próximos, sobre todo si lo interpretamos junto al requisito del 83.1.3º CP.

La razón de ser de esta obligación-prohibición es el control de la actividad del reo y propiciar que esté localizado.

Sobre esta prohibición, hemos de hacer ver la diferencia entre comunicar y solicitar autorización, En la práctica, pese a la obligación de autorizar, es lo habitual que se establezca por el Juzgado o Tribunal la de comunicar cualquier cambio de residencia, pero no que se establezca la prohibición de ausentarse sin autorización, cuestión distinta. Solo se establece la necesidad del permiso cuando el penado ha de salir de territorio español.

4ª.- Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.

Esta prohibición ha sido incorporada por la LO 1/2015, aunque el anterior artículo 83.1ª se refería a la más genérica prohibición de acudir a determinados lugares. Sin embargo, ahora se da una razón que la acota, en este caso para evitar que el penado delinca de nuevo, diferenciándola de la prohibición de acudir a aquellos lugares en que pueda estar la víctima, por tener una finalidad diferente.

A veces puede que el lugar no sea directamente el de comisión del nuevo delito sino uno que favorezca dicha comisión, por ejemplo, al que cometió un delito por su adicción a las drogas o al alcohol podría prohibírsele frecuentar bares u otros lugares donde le sea fácil recaer.

La razón de ser es la misma que la de la prohibición segunda.

5ª.- Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el Juez o Tribunal, dependencias policiales o servicio de la Administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.

Es, básicamente y con matices de poco interés, el deber (no prohibición) del anterior art. 83.4^a, solo que ahora se amplía al de comparecer ante la Policía o Guardia Civil, aunque desconocemos la razón, alcanzando únicamente a imaginar que se pretenda una mayor colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la fase de ejecución.

Para Navarro Villanueva³⁹⁹ no tiene sentido sino como complementaria de alguna de las siguientes (participar en algún programa o cumplir algún deber impuesto por el órgano judicial de cara a la rehabilitación).

Esta regla de conducta permite que el Juzgado o Tribunal pueda delegar en un órgano administrativo el control de la misma, esto es, el de la justificación e información de las actividades del reo.

La razón de ser nos parece idéntica que la de la prohibición tercera, el control regular del penado, aunque se apunta a la minimización del riesgo de fuga por algún autor⁴⁰⁰, si bien no creemos que quien está en libertad tenga intención de fugarse y su motivación deberá ir en el sentido del peligro que pueda representar prescindir de tal medida.

Sin duda, se trata de una medida que puede suponer la injerencia de un órgano no judicial en la esfera privada y de libertad del condenado, lo que ha de concederse de forma restrictiva y bajo la supervisión del Juez o Tribunal en todo caso, sin que –entendemos- pueda suponer dejar en manos de la administración el control, ni exonerarse de sus deberes el órgano sentenciador, que es quien tiene la potestad para juzgar y hacer ejecutar lo

³⁹⁹ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, Bosch, Barcelona, 2002, pág.71.

⁴⁰⁰ Sierra López, M.d.V. “Algunas cuestiones en relación con la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en los delincuentes peligrosos, habituales y reincidentes en el Proyecto de Modificación del Código Penal 2013”, *Revista penal*, nº 34, 2014, pág. 151.

juzgado. No creemos, por tanto, que dicha regla pueda suponer una delegación, sino una cooperación o auxilio.

6ª.- Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación y otros similares.

Este epígrafe, antes numerado como 5ª, que ya fue modificado por LO 5/2010 de 22 de junio, introduciendo los programas de defensa del medio ambiente y de protección de los animales que no quedaban determinados hasta entonces por más que pudiesen tener cabida en “otros similares”, se ve modificado ahora por la LO 1/2015 simplemente para introducir los programas de “igualdad de trato y no discriminación”.

Si atendemos a la Exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 5/2010, vemos que guarda relación con los delitos contra el medio ambiente y de maltrato animal de los artículos 325 y 337 CP y su incorporación derivó de la Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal y de un mayor interés por la protección de los animales domésticos que llevó a eliminar la exigencia del ensañamiento en el artículo 337 CP.

Para Navarro Villanueva⁴⁰¹ guarda diferencia sustantiva respecto de la anterior por cuanto se aleja de un mero control al individuo y se relaciona más bien con el delito cometido y la rehabilitación del reo.

Si leemos la opinión de Sierra López⁴⁰², no es partidaria de que se fuerce al penado a culturalizarse, a participar contra su voluntad en programas educativos o formativos. En ese caso, tal vez fuese más adecuado recabar la conformidad del penado, por la vía del art. 83.1.9ª CP, aunque entendemos que con la posibilidad de que su negativa infundada diese lugar a denegar el beneficio, especialmente en aquellos casos en que se aprecia la

⁴⁰¹ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., pág.71.

⁴⁰² Sierra López, M.d.V. “Algunas cuestiones ...”, cit., pág. 158.

necesidad de que se someta al programa por su directa relación con el delito cometido.

En efecto, que a alguien a quien se le ha condenado por un delito contra la seguridad vial se le imponga como regla de conducta la obligación de asistir de nuevo a aulas similares a las de la autoescuela, o que a quien ha sido condenado por un delito contra la libertad sexual se le obligue a asistir a un curso de reeducación sexual, está en perfecta armonía con la razón de ser de la condena condicional, dado que la misma es una de las alternativas a la prisión, pero no se trata simplemente de eludirla sin más y en todo caso, sino de que exista una reinserción del individuo en la sociedad, que sea reorientado. Ello cobra especial interés en determinados delitos donde puede entenderse que, quien los cometió, adolece de determinados valores –no diremos morales, pero sí éticos o educacionales- que le han llevado a delinquir o, en sentido contrario, hubieran impedido que lo hiciese.

Por eso mismo y como apunta Ayo Fernández⁴⁰³, no tendría sentido que esta regla de conducta no guardase relación con el delito cometido si, por ejemplo, se impusiese a quien cometió un delito contra la libertad sexual la obligación de acudir a cursos de formación en seguridad vial. O, como aconseja Tena Aragón⁴⁰⁴ y creemos muy beneficioso, sería bueno que el condenado por un delito contra la seguridad vial fuese obligado a acudir durante unas horas al día o a la semana a un centro de rehabilitación de accidentados a prestar su ayuda.

Magro y Solaz⁴⁰⁵ hacen una propuesta de lege ferenda⁴⁰⁶ para que el Código Penal incorpore la obligación de que al reo se le imponga esta

⁴⁰³ Ayo Fernández, M. *Las Penas, Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias*, cit., pág. 110.

⁴⁰⁴ Tena Aragón, M^a. F. “Suspensión y sustitución de penas en delitos de violencia de género”, Cuadernos Digitales de Formación, Cendoj, 2010.

⁴⁰⁵ Magro Servet, V.; Solaz Solaz, E. *Manual práctico sobre la ejecución penal: las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, pág. 36.

⁴⁰⁶ La propuesta ha tenido su reflejo en la modificación del CP operada por LO 1/2015. No es forzoso que haya sido como consecuencia de la opinión de los autores pero creemos justo reseñarlo.

obligación siempre que se trate de delitos contra la seguridad vial o de violencia de género y lo hacen desde su experiencia profesional, en el caso de Magro Servet en la Audiencia Provincial de Alicante de la que ha sido Presidente durante años, donde parece clave la participación de los Servicios Sociales Penitenciarios para la ejecución de los programas formativos.

La práctica en dicha Audiencia Provincial es la cita del penado ante los Servicios Sociales, para que éstos elaboren un Plan de Intervención y Seguimiento, citándole en las fechas para la realización del programa formativo, coordinado con la Oficina Judicial de Coordinación Institucional, adscrita a la Presidencia de la Audiencia.

Habría que plantearse, ya que la ley solo habla de asistencia, si basta con la mera presencia o se exige del reo un interés o participación activa en el curso formativo, pues de poco sirve que acuda al mismo si no se esfuerza por salir de él con una actitud positiva para el futuro.

No obstante, para Sordi Stock⁴⁰⁷, el hecho de imponer la participación, es clave para su realización pues, de ser voluntario y a pesar de su conveniencia en casos como la violencia de género, serían contados los penados que optarían por acudir a los programas.

7ª.- Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.

Ahora recogida en un epígrafe separado y explícito, antes se entendía incluida en el anterior art. 83.5ª, tiene una clara finalidad no necesitada de muchas explicaciones, pues, con la imposición de este deber u obligación, se pretenden eliminar en el reo los factores criminógenos que le empujaron a cometer el delito, obligándole a someterse a tratamiento para deshabituarse de las sustancias enunciadas.

⁴⁰⁷ Sordi Stock, B. “¿Nuevos horizontes? En los programas de rehabilitación para agresores de violencia de género”, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, nº 1, 2015.

Entendemos que la predisposición del penado a someterse al programa es determinante del buen fin del mismo y que, por ello, no debería imponerse sin recabar su conformidad. En ese sentido, Sierra López⁴⁰⁸.

La imposición de este expreso deber viene a coincidir también con la inclusión en el artículo 80.5 de la suspensión extraordinaria que antes recogía el art. 87 para casos de adicción a las drogas o al alcohol. A dicha modalidad suspensiva dedicamos un capítulo propio, dada su importancia.

Al igual que decíamos en el epígrafe anterior, no nos parece que pueda ser suficiente la mera presencia del reo en el programa sino que ha de serle exigida una participación activa mínima, debiendo darse cuenta al Juzgado o Tribunal en caso de desinterés por parte del penado. Se conocen datos de penados a los que se les ha dado de baja en el programa por reiteradas inasistencias (AAP de Murcia 15/2010 de 14 de enero), pero no de falta de implicación en el curso.

La razón de ser de esta regla, lejos de las que enunciábamos primero y que tenían un fin de protección a la víctima o su entorno, es claramente la reinserción del penado y, en ese sentido, podemos decir que es la que más vela por su interés y cumple el fin de reinserción social al que están orientadas las penas y la suspensión misma.

8ª.- Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos.

⁴⁰⁸ Sierra López, M.d.V. “Algunas cuestiones ...”, cit., pág. 158.

Esta prohibición, de reciente incorporación tras la LO 1/2015, está expresamente prevista para los delitos contra la seguridad vial y, entendemos, en aquellos casos en que se dude del reo y de su voluntad de enmendarse, pues así parece deducirse de la mención a la necesidad de prevenir la comisión de nuevos delitos, obviamente también relacionados con la seguridad vial. De otro modo, no se entendería que se hablase de dispositivos que condicionan la puesta en marcha o funcionamiento del vehículo al hecho de que el conductor se encuentre sobrio ya que, aunque no se dice expresamente, es a esta circunstancia a la que se condiciona el encendido o funcionamiento del vehículo.

Para imponer esta prohibición habrá que poder contar, claro está, con vehículos que incorporen este tipo de dispositivos, denominados “alcolock” y muy usados ya en EE.UU. y no parece que el actual momento económico parezca el más favorecedor de la renovación del parque automovilístico o la realización de inversiones en este sentido, aunque reconocemos que la medida sería positiva no solo para quienes han sido condenados por conducir bajo los efectos de las drogas o el alcohol sino para los que, sin haberlo sido, pudieran pretender conducir bajo dichos efectos.

Según la OMS entre un 30% y un 50% de las víctimas de accidentes de tráfico tienen como responsable al alcohol. Sin embargo de la previsión legal, lo cierto es que en España todavía no se ha implantado el uso de estos dispositivos y son poquísimos los países donde se utilizan, reservados además para casos graves de reincidencia en delitos con motivo de la ingesta de alcohol al volante, ya que la sanción está reñida con la economía del penado –los dispositivos superan los 3.000 euros- pero, especialmente, con el hecho de que los delitos de alcoholemia impliquen en todo caso la retirada del permiso de conducir, de tal modo que el dispositivo solo sería usado una vez devuelto el permiso al conductor.

El funcionamiento de dichos dispositivos es variado en función del fabricante pero, en cualquier caso, lo que hace el aparato es realizar un test de alcoholemia al conductor de modo que, si no lo supera, no arrancará el vehículo, ya que el dispositivo va conectado al módulo electrónico de arranque del vehículo. Incluso, en algunos modelos sofisticados, pedirá al

conductor que detenga el vehículo en algún momento de la marcha para que realice de nuevo el test y comprobar así que quien realizó el test es la misma persona que conduce y no un tercero que le ayudó a poner en marcha el vehículo prestándose a soplar. Es decir, la sofisticación alcanza a evitar situaciones de picaresca como la referida.

Además de ello, habría que plantearse qué sucede con los test de drogas, que solo están previstos por el momento para algunas de ellas y, además, tienen escaso rigor científico.

9ª.- Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de este, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

Esta regla, antes numerada como 6ª hasta la reforma del Código por la LO 1/2015, por el hecho de requerir la previa conformidad del reo y no establecer al mismo tiempo una consecuencia para la falta de la misma, podría ser de ilusoria aplicación. Con bastante frecuencia encontramos condiciones impuestas haciendo uso de este cajón de sastre sin que conste el consentimiento del penado, así que en la práctica creemos que es de poca aplicación y que debería extremarse la solicitud de consentimiento al penado de forma que este tenga claro que es algo que acepta y deberá observar.

10ª.- Cumplir el acuerdo alcanzado entre las partes, en virtud de mediación.

Se trata de una novedosa incorporación de la LO 1/2015 que, tratando de favorecer la mediación en el proceso penal, refuerza con esta previsión el éxito del acuerdo alcanzado entre las partes de tal modo que, además de que existirá una resolución que obligue al reo a cumplir y respetar el acuerdo, puede ser también condición para la concesión de la suspensión, de modo que su incumplimiento provoque la revocación o pérdida del beneficio en un momento posterior dentro del periodo de prueba.

Vemos con buenos ojos esta previsión desde el momento en que lo que busca es la satisfacción del perjudicado sin impedir que el penado pueda acceder a la suspensión de la ejecución. Pensemos que el acuerdo consistirá, muchas veces, en el pago de una cantidad y que tal vez el condenado no disponga de ella en ese momento. De este modo, se condiciona la suspensión a que efectúe el pago en la forma en que hayan convenido en el acuerdo alcanzado en la mediación, cuestión que no difiere mucho de la suspensión ordinaria en que el reo asuma un plan de pagos.

Por tanto, guarda mucha similitud con la previsión del art. 80.2.3ª CP pero aquí ha existido una mediación, ambas partes han estado de acuerdo en fijarlo y el acuerdo alcanzado puede ser muy diverso, por más que pensemos particularmente que será económico en la mayoría de supuestos.

Como ejemplo, podemos citar la SAP de Madrid de 22 de enero de 2016, donde se fija la responsabilidad civil y forma de pago de la misma mediante acuerdo de mediación alcanzado entre el perjudicado y el acusado, dando lugar a una sentencia de conformidad. En ese momento no se resolvió sobre la suspensión, pero el perjudicado asumió el compromiso de no oponerse a ella cuando fuese solicitada.

Lo cierto es que vemos futuro en esta forma de solución de conflictos, que puede servir para descargar de peso a la Justicia y conseguir la reparación del perjuicio de una manera amistosa y razonable, aunque tenemos el firme convencimiento de que su uso será testimonial porque, aún en aquellos casos en que el acusado acepta conformarse, lo más normal será que se le suspenda la ejecución con el compromiso de pago del art. 80.2.3ª, dejando de lado la mediación, que necesita de un impulso para extender su uso. Todo ello, sin perjuicio de matizar en qué casos cabría y otros extremos controvertidos cuando se pretende su aplicación en el ámbito del Derecho Penal.

11ª.- El pago de una multa (art. 84.1.2ª CP).

Se establece un límite temporal, aunque no económico, pues no se habla de un tope en la cuota diaria de multa. Ese límite temporal no podrá ser superior a dos cuotas de multa por cada día de prisión y, además, no podrá superar los dos tercios de la duración fijada para esta.

Esta condición solo podrá aplicarse a la suspensión de penas de prisión, no al resto de las privativas de libertad susceptible de ser suspendida, ya que se hace mención expresa a ello en el artículo 84.1.2ª.

Por otro lado, se exceptúa la posibilidad de imponer esta multa en aquellas condenas por delitos cometidos sobre personas con relación familiar o análoga (las enunciadas en el art.173.2 CP) cuando exista entre el penado y ellas una relación de dependencia económica. Sin duda lo que se pretende evitar es que, bajo la apariencia de estar pagando una multa, lo que se estén pagando sean alimentos o, dicho de otro modo, que no se burle la pena detrayendo de los alimentos la multa.

Verdaderamente, no vemos fácil uso de esta condición puesto que, si lo que se pretende por el Juez es imponer una multa, en primer lugar solo podrá hacerlo en los delitos que la lleven aparejada y, ahora haciendo uso de esta condición, por esta vía pero siempre en la sentencia, ya que no podrá hacerlo por medio de auto, a nuestro juicio, pues las penas deben imponerse en sentencia y no debemos olvidar que la multa es una clase de pena. Aquí volvemos a lo ya dicho anteriormente sobre la aplicación de penas fuera de sentencia como condiciones para la suspensión.

En efecto, no vemos a un Juzgado imponiendo a posteriori de la sentencia una multa al penado como condición para la suspensión, cuando ha podido quizá hacerlo –muchos delitos la prevén- y cuando tiene a su abasto muchas otras condiciones de corte pecuniario. Por ejemplo, está el pago de la responsabilidad civil, cuyo incumplimiento conlleva la revocación pero, si lo que se pretende es que se destine por parte del reo un dinero al erario público, perfectamente puede imponerse el deber de colaborar económicamente con alguna entidad sin ánimo de lucro.

12ª.- La realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

Al igual que las dos anteriores, se trata de una condición diferente del resto. Las que hemos mencionado como 1ª a 9ª han de ser cumplidas u observadas durante todo el periodo de prueba, de modo que podemos decir que son obligaciones de tracto sucesivo. En cambio, la 10ª, 11ª y esta 12ª son de tracto único y, una vez cumplidas, ya no deben serlo de nuevo, por más que el periodo de prueba continúe.

Todas estas reglas, ahora superiores en número y algo más concretas, tras la reforma operada por la LO 1/2015 vienen acompañadas de unas reglas de aplicación especiales para el caso de que se haya condenado al reo por un delito cometido sobre la mujer, por quien sea o haya sido cónyuge o haya mantenido una relación asemejable, aun sin convivencia. En esos casos, el propio legislador obliga a Jueces y Tribunales a imponer las reglas 1ª, 4ª y 6ª enunciadas.

Son los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, dependientes de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior los que deben informar, al menos cada tres meses, al Juez o Tribunal encargado de la ejecución de la marcha de las mismas, así como de cualquier eventual incidencia y de las circunstancias que puedan influir en la peligrosidad del penado o su suspensión a delinquir de nuevo.

A los TBC dedicamos un tratamiento más extenso en otro capítulo de esta obra.

13ª.- La condición establecida en el artículo 308 bis del Código Penal.

La LO 1/2015 ha venido a introducir un artículo 308 bis en el Código Penal, especialmente dedicado a regular una condición complementaria que deberá ser impuesta en todo caso, sin que sea potestativo del Juzgado o Tribunal optar por la misma, a diferencia de las establecidas en los artículos

83 y 84. Como decimos, es complementaria de los requisitos que puedan ser exigibles por aplicación del artículo 80.

Se trata de que deberá el penado haber abonado la deuda tributaria o con la Seguridad Social, o haber devuelto las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas.

En este punto, es de aplicación el compromiso de hacer frente a dicha obligación conforme lo regula el artículo 80.3 CP.

Podría surgir la duda interpretativa acerca de si lo que debe abonar para acceder a la suspensión es la deuda tributaria o la que resulte de la multa que en estos casos suele imponerse también como pena (arts. 305 ss CP). Creemos, no obstante, que el artículo 308 bis es bastante claro y se refiere a la deuda en sí con Hacienda, Seguridad Social o la subvención de que se trate, que viene en definitiva a procurar que quede saldada cuanto antes la responsabilidad civil y, con ello, la reparación del perjudicado que, en este caso, es el colectivo. La multa, en cambio, no tiene el mismo destino o, aun yendo en algunos casos a parar al mismo perjudicado, la Hacienda Pública, no lo hace por concepto de reparación sino de sanción penal.

Por ello, creemos que debe interpretarse que la suspensión puede concederse previo abono de la cantidad defraudada o compromiso de hacer frente a la misma en los términos del artículo 80.3, dejando de un lado la multa, que se pagará cuando sea abonada la responsabilidad civil de acuerdo con el orden de prelación de pagos establecido en el artículo 126 CP. En ese sentido, no parece que esta condición difiera de lo establecido en el artículo 80.3 CP.

Respecto del quebrantamiento del plan de pagos asumido, estaremos de igual modo a lo previsto en el artículo 86.1.d) CP, aunque en el artículo 308 bis se le quiera dar sustantividad propia.

Una cuestión novedosa es también que, haciendo alusión al artículo 125 CP, que no prevé sino el caso en que el penado no tenga bienes suficientes para hacer frente a la responsabilidad civil, se oiga a la Hacienda Pública (estatal, autonómica, local o foral), la Seguridad Social o el organismo que concedió la subvención o ayuda, para que aporten informe patrimonial de los responsables del delito. Lo que se pretende con ello es ver la capacidad económica real de estos, cuestión que nos parece interesante puesto que es probable que el organismo en cuestión disponga de más datos que el propio Juzgado o Tribunal, que trabaja muchas veces con datos desfasados y, especialmente teniendo en cuenta que, para acceder a ayudas, es muy probable que el ahora condenado aportase información relevante a estos efectos.

El hecho de facilitar información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio al órgano judicial será causa de denegación del beneficio, algo lógico cuando el reo pretende pedir una medida excepcional al cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad.

3.- CONTROL DE LAS REGLAS DE CONDUCTA.

Como novedad, se introduce la obligación de comunicar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado los deberes y prohibiciones impuestos (se entiende que aquellos susceptibles de control por ellos), todo para evitar su quebrantamiento, que podría ser entendido como un quebrantamiento de condena⁴⁰⁹, aunque en nuestra opinión no puede ser así sino que daría lugar a la revocación de la suspensión, o a la sustitución del deber o prohibición por otro/s. Para ello entendemos que hay que valorar la mayor especialidad de la norma (art. 86.2, frente al 468), por aplicación del art. 8 CP. Y, además, el propio 468 CP da un elenco tasado con claras referencias, entre las que no se cuenta el quebrantamiento de una condición, prohibición o deber impuesto en virtud del artículo 83 ni 84 CP, signo claro de que el legislador no lo ha querido sancionar como quebrantamiento de

⁴⁰⁹ Cano Cuenca, A. “Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión (arts. 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89)” en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 347.

condena. Si ello fuese poco, habría que deslindar lo que es la condena propiamente, con sus posibles medidas impuestas, de lo que es una regla de conducta impuesta a posteriori como condición para acceder a la suspensión.

En sentido contrario a considerar que el quebrantamiento de una pena sustitutiva pueda entenderse como quebrantamiento de condena se muestra Moreno Catena⁴¹⁰.

Por más que el Juzgado o Tribunal quiera servirse de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, no es óbice para que siga ostentando el deber de controlar el cumplimiento de las condiciones impuestas, siendo aquellas un instrumento a su servicio. Lo habitual es que, concedida la suspensión y si el órgano judicial no recibe comunicación en contrario, no haga nada hasta transcurrido el plazo de prueba y sea entonces cuando recabe la hoja histórico penal para ver, en primer lugar, si cometió algún delito dentro del mismo y sea entonces también cuando constate si el reo cumplió las condiciones impuestas.

Cuando se incumple alguna condición, es posible –aunque dependerá de qué condición se trate y quién se haya encargado de su seguimiento, si es que lo hay- que el Juzgado o Tribunal reciba comunicación acerca del quebrantamiento de la regla de conducta y, en ese caso, actúe. Pero muchas veces podemos encontrarnos con condiciones incumplidas desde el principio de las que el órgano judicial no tiene conocimiento hasta que transcurre el plazo de prueba, siendo entonces cuando se opta por la revocación, caso de que proceda en función de la entidad del incumplimiento. En ese sentido, sería razonable que se hiciese un seguimiento judicial de las condiciones a lo largo del periodo de suspensión, a fin de evitar que el penado no pase varios años sometido a prueba de forma absurda para, finalmente, ingresar en prisión.

⁴¹⁰ Moreno Catena, V.; Coquillat Vicente, A.; Juanes Peces, A.; e.a. *El Proceso Penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios, Vol.V, Recursos y Ejecución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 3.751.

No existe una prueba empírica que vincule la imposición de reglas de conducta con la escasa reincidencia entre los penados beneficiados por la suspensión y se discute si dicho éxito se debe a las reglas o a que la suspensión suele concederse a quien delinquir por razón de oportunidad y la simple amenaza de la entrada en prisión ya ha sido suficiente para disuadirle de volver a delinquir.

¿Podría un particular denunciar el incumplimiento? Creemos que puede tener sentido en el caso de que haya víctimas respecto de las cuales se haya acordado el alejamiento; o haya un acuerdo patrimonial incumplido; o cuando deba ir a hacer un curso y el responsable del mismo constate la falta de asistencia; o casos en que se imponga la prohibición de frecuentar determinados lugares y todo teniendo en cuenta la limitación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para poder controlar estas cuestiones si no hay aviso por terceros. Sin embargo, el primer escollo es que, raramente, un particular tendrá conocimiento de que determinada persona ha sido condenada y, más todavía, de que se le ha impuesto una determinada condición que es la que está contraviniendo. De este modo, salvo que se trate de alguien muy próximo o un perjudicado, vemos difícil que así suceda aunque nada obsta a nuestro entender para que pueda denunciarse por parte de cualquiera.

LIBRO III.- DESARROLLO PROCEDIMENTAL DE LA SUSPENSIÓN.

Sintéticamente, podemos hacer una exposición de los trámites que se siguen y que son los siguientes:

1º) Decisión.

Dejando de lado los supuestos de sentencias por conformidad donde ya se haya resuelto sobre la suspensión, corresponde al Servicio Común de Ejecuciones recabar la hoja histórico penal y dar traslado a las partes.

Con el informe del Fiscal y los escritos que hubiesen podido presentar el resto de partes, se da cuenta al Juez (suele hacerse mediante Diligencia de Ordenación). Es especialmente importante oír al perjudicado.

Oídas las partes, el Juez resolverá sobre la concesión o denegación del beneficio, con imposición de las condiciones, en su caso, plazo de prueba y las matizaciones que pudieran ser procedentes.

En tiempos ya pretéritos se instaló en la Administración de Justicia una idea en virtud de la cual la suspensión de la ejecución de la pena en aquellas condenas que no superaban los dos años era prácticamente automática. El Código Penal de 1995 vino a introducir el requisito de haber satisfecho la responsabilidad civil como necesario para otorgar el beneficio, tratando de evitar con ello que las víctimas quedasen sin resarcimiento en muchos casos. Sin embargo, hoy se ha pasado al polo opuesto⁴¹¹ y ello se aprecia, con frecuencia, en aquellos casos en que la resolución la adopta un Juzgado de ejecutorias y no el que dictó la sentencia firme.

⁴¹¹ Nos referimos a que, como un efecto péndulo, hoy los órganos de ejecutorias son más exigentes a la hora de conceder la suspensión.

2º) Notificación.

Lo que se resuelva será notificado al reo y al resto de partes. Hay obligación de que la notificación al penado sea personal, si bien no han faltado casos en que esto no sucede y se da por buena, por el Juzgado y la Audiencia, la comunicación efectuada por medio del procurador.

En el ámbito militar, en los procedimientos que se siguen ante el Tribunal Militar Territorial no es preceptivo que el imputado designe procurador que le represente, motivo por el cual la notificación se le debe hacer en personal forma, ya que a pesar de que sí tendrá designado Letrado, no es función que le compete ni a la que esté obligado. De este modo, sumado al contenido del artículo 369 LPM, no parece que la comunicación pueda realizarse sino personalmente al reo. A abonar esta postura viene el artículo 25.3 LEC, de aplicación supletoria.

3º) Archivo.

En tanto queda en suspenso la ejecución de la pena, se procede al archivo provisional de la ejecución, salvo que hubiese algún pronunciamiento que sí fuese ejecutable.

La ejecutoria se reabre cuando transcurre el plazo de prueba, recabándose entonces la hoja histórico penal actualizada para ver si el reo ha incumplido la condición esencial, la de no delinquir.

Se oye de nuevo al Ministerio Fiscal, que emitirá informe sobre la procedencia o no de la remisión o, en su caso, de la revocación.

4º) Remisión o revocación.

Con el informe del Fiscal y los del resto de partes si las hubiese, se dicta un auto remitiendo la pena definitivamente archivando la ejecutoria para siempre, salvo que haya todavía algún pronunciamiento que ejecutar; o bien dictará también un auto revocando el beneficio y ordenando el cumplimiento de la pena suspendida.

CAPITULO I.- COMPETENCIA.

El Código Penal no establece el órgano judicial competente para decidir sobre la concesión de la suspensión. El artículo 80 vigente habla de “los Jueces y Tribunales” y, en la versión anterior a la LO 1/2015, se refería en su artículo 82 al Juez o Tribunal una vez la sentencia es firme. En ambos casos, la enunciación es muy genérica y no sirve, sin más complemento, para conocer qué exacto Juzgado o Tribunal será el que deba decidir al respecto.

Que la sentencia sea firme (anterior enunciado) implica que, contra la misma, no cabe recurso o este no ha sido interpuesto y la resolución ha devenido firme o bien se ha interpuesto y se ha desestimado. En estos casos, es competente entonces el Juzgado o Tribunal que lo sea para la ejecución y se aplicarán las reglas de competencia en materia de ejecución⁴¹². Entre la doctrina, Navarro Villanueva⁴¹³.

En sentido contrario se manifiesta Juanes Peces⁴¹⁴, quien entiende que la resolución debe adoptarse antes de iniciarse la ejecución, esto es, en el período que mediaría entre la adquisición de firmeza de la sentencia y el inicio de su ejecución. En el caso de que la ejecución la lleve a cabo el mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia, esto no planteará problema alguno, pero cuando el Juzgado que se encargue de ejecutarla sea

⁴¹² AAP de Álava 157/2012 de 3 de marzo: “*Se ha de señalar, en este sentido, que tanto la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad como la sustitución de la pena son, en principio, instituciones enmarcables en la fase de ejecución de la sentencia. Conforme al art. 988 LECrim (LEG 1882, 16), una vez que se dicta una sentencia definitiva, si deviene firme, el órgano judicial comienza la ejecución de la misma, incluyéndose en esta la eventual concesión de la suspensión y de la sustitución. La suspensión de la ejecución, como la propia expresión jurídica indica, supone que se ha abierto la ejecución (procesalmente la ejecutoria) y se decide la suspensión y lo mismo ocurre con la sustitución de la pena*”.

⁴¹³ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena pena*, cit., pág. 73.

⁴¹⁴ Juanes Peces, A. “Suspensión de condena en el Código Militar vigente. Estudio comparativo de ambos códigos: supuestos de aplicación. Pérdida de la condición de militar: incidencia de la Ley de la carrera militar”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* n° 748/2008, Aranzadi, Pamplona, 2008.

uno distinto, allá donde existe esta especialización, sí puede plantear problemas.

Tena Aragón⁴¹⁵ cree que la resolución en sentencia se enfrenta con el problema de la audiencia al penado, al ser necesario oír a las partes. En efecto, si el Juzgado o Tribunal, una vez practicada la prueba y quizá por idoneidad en el trámite de la última palabra, pregunta al reo por su postura acerca de la suspensión, podría parecer que ya tiene claro el fallo condenatorio. Por eso, señala la autora que es más habitual resolver tras la sentencia. Posiblemente no le falte razón aunque se sumen otros motivos como, en ocasiones, la preferencia de dejar en manos de un órgano distinto (en aquellos casos en que la ejecución la lleva un Juzgado especializado) la decisión o, hasta que ha sido reformado el Código con la LO 1/2015, aclarar la situación de la responsabilidad civil.

Se atiende a un criterio u otro (Juzgado que dicta la sentencia o el que la ejecuta), lo que creemos que no debería permitirse es que se venga a resolver sobre la suspensión tiempo después de haberse iniciado la ejecución, cosa que es harto común. Una alternativa sería que, en aquellos casos en que se encarga la ejecución a un órgano distinto del enjuiciador, solo se pasase la competencia después de haberse resuelto sobre la suspensión (recursos incluidos) y fuese para ejecutar la pena –en los casos de denegación del beneficio- o para supervisar la buena marcha de la suspensión.

Una respuesta fácil para quienes defienden la especialización puede pasar por sostener que, aunque la decisión la tome el Juzgado especializado en ejecuciones o el propio que dictó la sentencia, en el seno de una ejecución, no se ha dado propiamente inicio a la misma. En mi opinión, esta postura no se sostiene desde el momento en que se incoa un procedimiento ejecutivo, se le da número de autos y va a ser el mismo hasta que se cumpla definitivamente la sentencia o se remita definitivamente la pena. No hay

⁴¹⁵ Tena Aragón, M^a. F. “La sustitución de la pena de prisión”, Cuadernos de Derecho Judicial, Cendoj, 2006.

nada que, en ese punto, pueda apoyar que no se está ejecutando la sentencia. Si se está cobrando la responsabilidad civil de algún modo, se está ejecutando la sentencia; si se está resolviendo sobre el ingreso en prisión o el pago de una multa, se está ejecutando la sentencia, solo por poner unos ejemplos.

A nuestro juicio, si se prima la resolución sobre la concesión o denegación de la suspensión en la propia sentencia, como ahora se recoge expresamente aunque se contenga la coletilla “siempre que ello resulte posible”, podría ello tener un efecto disuasorio respecto de los recursos que caben contra la misma, suponiendo alguna descarga de trabajo para los Tribunales. Piénsese que si el acusado resulta condenado, pero la pena no es de larga duración y sabe ya de partida que se acuerda su suspensión, podría reconsiderar formular recurso contra la sentencia y aceptarla, a modo de una conformidad, principalmente en aquellas sentencias cuya impugnación se plantea difícil por su impecable configuración.

La SAP de Las Palmas (Sección 1ª) 124/2014, de 6 de junio, dice que el Código Penal (por su fecha, el anterior a la LO 1/2015) sugiere que la decisión se adopte en auto posterior a la sentencia, basándose en la dicción del anterior artículo 82 que hablaba de “declarada la firmeza de la sentencia”. A pesar de esa falta de claridad y como decíamos, el actual artículo 80 no viene a arrojar luz en la cuestión y sigue refiriéndose a Jueces y Tribunales de forma genérica, diciendo sin embargo el artículo 82 que el Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible y, en los demás casos, una vez declarada la firmeza de aquella. Ello implica que sigue sin optarse por que sea el Juez sentenciador o el encargado de la ejecución quien resuelva, en aquellos casos en que no sea el mismo quien ejecute que quien sentenció.

No es una cuestión pacífica la del momento en que debe, o más bien puede, resolverse sobre la suspensión. Hay quienes opinan, como nosotros, que debe resolverse antes de darse inicio a la ejecución y hay quienes opinan que puede resolverse sobre la misma en un momento posterior.

La práctica de los Juzgados y Tribunales refleja esta dicotomía puesto que encontramos a los Jueces penales (o Tribunales) que, ya en el momento de dictar la sentencia o, con presteza, en auto inmediatamente posterior, resuelven sobre la cuestión; hay, de otro lado, Juzgados y Tribunales que dejen esta cuestión para resolver en fase de ejecución, imponiéndose cada vez más esta segunda tesis, a nuestro juicio por comodidad. En ese sentido, si quien tiene que ejecutar la sentencia es el mismo órgano que la dicta, es más generalizado resolver antes pero, si quien debe ejecutarla es un órgano distinto, cada vez es más difícil encontrarnos con que se le pasen los autos para ejecución al órgano especializado habiendo resuelto.

En ese sentido, pensamos que el legislador busca la rapidez sobre la resolución pero tropieza con la decisión del CGPJ que, creando cada vez más Juzgados especializados en ejecuciones, lo que favorece es lo contrario, es decir, que no se resuelva en sentencia sino después. Al fin y al cabo, el Juzgado que sabe que no ha de ejecutar, ¿para qué va a resolver sobre la suspensión y enfrentarse, de entrada, a más trabajo y a la posibilidad de que recurran su decisión y se demore el momento de pasar el asunto? Y, ¿por qué tomar tan importante decisión, que afecta a la libertad del reo, si puede dejar que ese peso recaiga sobre otro?

La primera de las posturas nos parece más adecuada, además de por evitar lo que acabamos de decir, por dos motivos de importancia:

a) el primero, porque el reo sabe con rapidez a qué atenerse y no se dilata más y de forma innecesaria su angustia, incluso si al final implica el ingreso en prisión.

b) el segundo, porque, con ello, se da cumplimiento a la sentencia cuanto antes como establece la ley.

Sin embargo, como apuntábamos, hay Juzgados y Tribunales que dejan la resolución sobre la suspensión o la sustitución para la fase de

ejecución. En verdad, el Código Penal no es suficientemente claro al respecto, ya que no establece un plazo y, así, encontramos:

-El Art. 80.1 CP “Los Jueces o Tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años...”.

Nada parece impedir que se deje en suspenso la ejecución una vez comenzada la misma, incluso en cualquier momento pues, en verdad, no existe previsión en contra, aunque no parece haber disensión al respecto. Ahora bien, quien sea partidario de esta tesis, la de poder suspender una vez comenzada la ejecución, entendemos que debería ser consecuentemente partidario de permitir que fuese “en cualquier momento” de la ejecución.

-El art. 80.4 CP, sin embargo, habla de “los Jueces y Tribunales sentenciadores”, cuando se trata de la suspensión extraordinaria que en dicho epígrafe se regula. Esta enunciación podría estar en conflicto con la práctica habitual en aquellos lugares donde se encarga de la ejecución al Juzgado de ejecutorias ya que éste no es quien ha dictado la sentencia.

Creemos que urge reformar esta reciente modificación, pues, sin duda, el legislador ha tenido un pequeño lapsus al no considerar la práctica habitual y la previsión del CGPJ pues, de lo contrario, lo que debería hacerse es resolver en este supuesto de enfermedad a que alude el art. 80.4 CP, en todo caso, por el Juzgado o Tribunal sentenciador y no por otro distinto. Dicha resolución, en aquellos casos en que el que ejecuta es el mismo que ha dictado la sentencia, no entraría en conflicto con el hecho de que pudiese acordar la suspensión incluso después de iniciada la ejecución. Por el contrario, en aquellos casos en que quien ejecuta es un órgano distinto al sentenciador, no parece posible que se resuelva una vez ha dado comienzo la ejecución, lo cual plantearía otros posibles problemas de tratamiento desigual, por el hecho de que la sentencia de un reo se ejecute por el propio órgano que la dictó o por otro distinto.

En ese sentido, Urbano Castrillo⁴¹⁶ apunta a las desigualdades a que da lugar la aplicación de la norma en manos de un Juez o Tribunal u otro distinto y nos parece de interés para citarlo a continuación, ya que suscribimos en su totalidad el alegato:

“La actual normativa de esta materia, da lugar a resoluciones contradictorias, ya que con los mismos datos, unas veces se concede la suspensión y otras no. Esto es, actualmente depende del Juez de turno, el que se conceda o no tan importante beneficio penológico, ya que la regulación ofrece dificultades interpretativas muy elevadas, en particular, a la hora de decidir sobre los antecedentes penales y el cumplimiento de la responsabilidad civil. De ahí la necesidad de que se sustituyera, en todo lo posible, el margen de excesivo ejercicio discrecional existente, por una regulación más precisa, a la vista de la experiencia de los últimos años”.

-El art. 87.1 CP habla también del “Juez o Tribunal”, para referirse a la remisión de la pena.

La lectura de este artículo parece dar una idea clara de cómo fue concebida la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena por el legislador de 1995, pues ni una sola alusión hace a que pueda ser un órgano distinto del que ha dictado la sentencia aquel que la ejecute. De otro modo, sería absurdo que hablase de “éste”, en referencia a que el mismo Juez o Tribunal que fijó las reglas de conducta -en su caso- sea el que acuerde la remisión de la pena. Ello implica que quien estableció las reglas de conducta es quien acordará la remisión definitiva si se han observado las mismas y el sujeto no ha vuelto a delinquir.

⁴¹⁶ Urbano Castrillo, E. “La nueva regulación de la suspensión de las penas privativas de libertad”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 7/2015, Aranzadi, Pamplona, 2015.

Podría ser interpretado como una habilitación para que sea el Juzgado de ejecutorias el que fije, así pues, las reglas referidas. Pero, en mi opinión, el legislador no previó que la sentencia fuese ejecutada por un Juzgado o Tribunal distinto de aquel que la dictó y, por ello y mientras se mantenga la actual regulación, somos partidarios de que no se ejecute sentencia alguna por un órgano que no la dictó. En su defecto, creemos que debería modificarse el artículo 80 para recoger lo procedente sobre la habilitación a Juzgados especializados, sin que nada se haya hecho en ese sentido en la profunda reforma acometida por la LO 1/2015.

Somos, sin duda, conscientes de la gran acumulación de trabajo que existe en los Juzgados de lo penal por causa de las ejecuciones, pero creemos que la habilitación de Juzgados de ejecutorias no es la solución, porque supone sobrecargar todo el trabajo de las ejecuciones en unos pocos Juzgados, dejando a sus titulares constreñidos a un área muy concreta donde la actividad que desarrollan se vuelve más administrativa que jurisdiccional y se cae, muchas veces, en el automatismo de tratar a todos los reos como números y atender precariamente a sus concretas circunstancias, que raramente se tienen en cuenta. Esa es la percepción que tenemos, a la que hay que aplicar salvedades pues va a depender razonablemente de quién sea el titular del Juzgado.

Si, de verdad, se quiere descargar de trabajo al resto de Juzgados, en lugar de especializar algunos de los ya existentes y, por ese motivo, hacer que los juicios que estos celebraban y las sentencias que estos dictaban tengan que ser asumidos por los restantes, lo procedente es crear otros nuevos y dotarlos de medios materiales y humanos, cosa que no parece importar a ningún Gobierno, sea cual sea su color.

Para nosotros, el mayor problema se presenta desde el momento en que, siendo por Ley una decisión discrecional del órgano, se deja la misma a un Juez que no conoce al reo, que no tuvo intermediación alguna en la causa y que, posiblemente, nunca ha visto ni verá ante sí al penado de modo que, difícilmente, a través de documentación (no nos imaginamos siquiera viendo la grabación del juicio oral a un Juez de ejecutorias) pueda resolver sobre tan importante cuestión, como lo es la entrada o no en prisión de una

persona. Creemos que las carencias de la Administración de Justicia no tiene que soportarlas el ciudadano aunque sea un condenado.

Hemos de profundizar en nuestra visión crítica sobre esta cuestión porque:

a) como ya hemos apuntado, el Juez encargado del Juzgado de ejecutorias no ve, por regla general, al reo. Ni lo conoce, ni conoce el asunto en profundidad porque no lo ha juzgado, ni dispone del tiempo necesario para instruirse del mismo que, forzosamente, pasaría por ver cuanto menos la grabación del juicio oral y examinar la prueba documental.

b) el Juez de ejecutorias se dedica a tratar condenas. Las personas que han sido absueltas no llegan a su mesa. Ello hace que trabaje con personas que han sido declaradas culpables y que, poniendo en cuarentena los casos de inocentes que son condenados –desgraciadamente más que frecuentes⁴¹⁷ - los Jueces encargados de estos Juzgados terminan por ver a todos los reos del mismo modo, algo que no sucede con los Jueces Penales, que ven y absuelven a tantos inocentes como ven y condenan a culpables y carecen – en la mayoría de casos- de esa prevención, de perniciosos efectos para el reo.

c) cuando es el Juez de ejecutorias el que toma la decisión, como decíamos discrecional, lo hace ya iniciada la ejecución y, por tanto, contra ese criterio principal de que la resolución se adopte antes de iniciada la misma. En ocasiones, llegan incluso a pasar varios años hasta que el Juez de ejecutorias resuelve sobre la concesión o denegación del beneficio. Ello implica, por tanto, que el reo ha sido sometido, sin quererlo, sin preguntarle

⁴¹⁷ Para quienes no ejercen la Abogacía o no lo hacen en la jurisdicción penal podrá sorprenderles la afirmación o, incluso, pensarán que se hace a la ligera. Pero les bastaría acompañar unos pocos asuntos penales para darse cuenta de la gran cantidad de denuncias o querellas falsas que se presentan, instruyen y juzgan y de cuyo resultado –acompañado de una testifical falsa o una buena representación a la que algunas personas están perfectamente acostumbradas- dan en condenar a un inocente por la credibilidad y verosimilitud de lo que se cuenta, sumado a la inexistencia de otros medios de prueba que sean capaces de desvirtuar a los de cargo.

y sin que exista previsión legal, a un periodo de prueba adicional ya que ha de considerarse qué sucedería si en el transcurso de esos años el reo delinque de nuevo. Sin duda, aunque aún no se haya acordado la suspensión y, por tanto, no estamos ante el supuesto de revocación del artículo 86 CP, dicha circunstancia sería tenida en cuenta a la hora de resolver como un argumento de peso en contra, pues difícil resocialización puede pretender quien no trata de enmendar su vida con una condena reciente a sus espaldas. Y, en cualquier caso, sería posible considerar el hecho de haber delinquido dentro de la previsión del artículo 80.1 párrafo segundo, en especial la conducta posterior al hecho.

Además de todo lo anterior, el artículo 985 LECrim dice que la ejecución de las sentencias en causas por delito corresponde al Tribunal que haya dictado la que sea firme. El que la sentencia dictada haya sido apelada no implica que la competencia para la ejecución recaiga sobre el Tribunal que dictó la de segunda instancia, pues ello supondría que casi la totalidad de las sentencias a ejecutar (por no decir todas) serían competencia del órgano *ad quem*. Pensemos que, difícilmente, alguien que haya sido condenado penalmente dejará de hacer uso de su derecho a recurrir una resolución que le es desfavorable. Por tanto, si la práctica totalidad de las sentencias condenatorias son apeladas (dejemos de lado las de conformidad⁴¹⁸) y dicha apelación es resuelta por un órgano superior en jerarquía (hoy en exclusiva la Audiencia Provincial, al haber desaparecido las faltas), podría pensarse que la sentencia firme, contra la que no cabe ya recurso, es la del órgano superior y que, por tanto, la competencia para su ejecución recae sobre el órgano que la ha dictado. Sin embargo, la firmeza a la que se refiere el artículo 985 LECrim es la de la sentencia primigenia, que adquiere firmeza cuando, agotado el recurso, de apelación mayormente,

⁴¹⁸ Como en la SAP de A Coruña (Sección 1ª) 559/2014, de 8 de octubre, es perfectamente posible que en una sentencia dictada con conformidad del acusado se plantee a posteriori un recurso contra la misma por aquellas cuestiones que no fueron objeto de consenso. En el caso de la sentencia citada, el acusado prestó su conformidad a la imposición de una pena de prisión de ocho meses y el recurso tuvo su base en la denegación de la suspensión y de la sustitución de la misma, pronunciamiento sobre el que no existió conformidad y que fue recurrido.

pero sin descartar la casación cuando la de instancia fue dictada por la Audiencia Provincial, se confirma o revoca de forma definitiva⁴¹⁹.

De este modo, las Audiencias Provinciales serán competentes para la ejecución cuando hayan dictado sentencia en primera instancia –realmente, única puesto que el recurso de casación se configura como extraordinario-, del mismo modo que lo podrá ser el propio Tribunal Supremo cuando haya Juzgado a un aforado sometido a su competencia o un Tribunal Superior de Justicia en el mismo supuesto.

La LECrim establece, así mismo, en su artículo 9, que los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de una causa determinada, la tendrán también para todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias de tramitación y para la ejecución de las sentencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 801. Este último se refiere a la sentencia de conformidad en juicio rápido, donde el Juzgado de Guardia tiene ciertas competencias en tanto remite su Letrado de la Administración de Justicia las actuaciones al Juzgado de lo Penal.

Concretamente, en este caso de la conformidad ante el Juez de guardia, si el Fiscal y las partes personadas expresasen su decisión de no recurrir, el Juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia y, si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución.

En ese supuesto, la cuestión de tener satisfecha la responsabilidad civil se solventa con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el Juzgado de guardia fije. Asimismo, en los casos en que, de conformidad con el artículo 87.1.1.^a del Código Penal, sea necesaria una

⁴¹⁹ Dejamos de lado los recursos de casación, por ser extraordinarios. Y los recursos a las sentencias que dictan los juzgados de instrucción en procedimientos por delito leve, por no tratarse de penas de prisión como regla.

certificación suficiente por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado de que el acusado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin, bastará para aceptar la conformidad y acordar la suspensión de la pena privativa de libertad el compromiso del acusado de obtener dicha certificación en el plazo prudencial que el Juzgado de guardia fije, conforme establece el artículo 801.3 LECrim.

También en relación con la competencia sobre la suspensión en juicios rápidos, Chacón y Cid⁴²⁰ entienden que en aquellos casos en que el acusado condicione su conformidad a la concesión de la suspensión, la competencia debe pasar al Juzgado de lo Penal, a quien debe remitir las actuaciones el Juez de guardia para la celebración del correspondiente juicio. Por tanto, se atribuye la competencia de la ejecución al Juez o Tribunal que conoce de la causa.

El artículo 794 de la misma LECrim establece que, tan pronto como sea firme la sentencia, se procederá a su ejecución por el Juez o por la Audiencia que la hubiere dictado, precepto que casa perfectamente con el anterior.

Así mismo, respecto de las sentencias dictadas en un proceso de Jurado, su apelación compete al Tribunal Superior de Justicia y el artículo 846.bis.d) establece que si el apelante principal no se personare o manifestare su renuncia al recurso, se devolverán por el LAJ los autos a la Audiencia Provincial, que declarará firme la sentencia y procederá a su ejecución. Por tanto, casa igualmente con el artículo 9, en cuanto hace recaer la competencia para la ejecución de la sentencia en la Audiencia Provincial, en cuyo ámbito se integra el Tribunal del Jurado (art. 1.3 LOTJ).

El artículo 792.3 LECrim establece que, contra la sentencia dictada en apelación no cabe recurso alguno, sin perjuicio de lo establecido respecto de la revisión de sentencias firmes y de lo previsto en el artículo siguiente para

⁴²⁰ Chacón Cadenas, M.J.; Cid Moliné, J. “Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos”, Diario La Ley núm. 5.819, julio 2003.

la impugnación de sentencias firmes dictadas en ausencia del acusado. Los autos se devolverán al Juzgado a efectos de ejecución del fallo. Por consiguiente, encontramos aquí la primera discrepancia o falta de claridad en la Ley ya que, si por un lado se nos decía que será competente el Juez o Tribunal que la hubiere dictado (art. 794), si la sentencia es impugnada la ejecución no corresponde al que dicte la de segunda instancia sino al que dictó la recurrida o, dicho de otro modo, al Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia en primera o única instancia. Así lo aclara también, para el recurso de casación, el artículo 986 LECrim.

El artículo 990 LECrim dice, a su vez, que corresponde al Juez o Tribunal a quien el presente Código impone el deber de hacer ejecutar la sentencia, adoptar sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penal destinado al efecto. El propio portal de la Administración de Justicia⁴²¹, dependiente del Ministerio de Justicia, reconoce que "la ejecución de las penas impuestas en sentencia firme se lleva a cabo a través de las denominadas "ejecutorias", siendo competente para conocer de las mismas el Juzgado o Tribunal que impuso la pena.

Por tanto, no vemos habilitación legal alguna para que sea un Juzgado o Tribunal distinto del que dictó la sentencia firme aquel que la ejecute y, mucho menos, quien resuelva sobre la suspensión o sustitución de la pena.

¿Por qué entonces existen unos Juzgados llamados "de ejecutorias" que se encargan de ejecutar las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal?

La respuesta ya la hemos esbozado antes y es bien sencilla, aunque nos mostremos contrarios a ella. Debido a la gran acumulación de sentencias penales en los Juzgados de lo Penal, el Consejo General del Poder Judicial, de vez en cuando, adopta un acuerdo por el que atribuye a un Juzgado de lo Penal el conocimiento, en exclusiva -así se denomina, aunque se atribuya a varios Juzgados en ocasiones, en función del número de Juzgados de lo

⁴²¹https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/publico/ciudadano/conoce_la_justicia/acudir_Tribunales/tramites_procesales/denuncias_querellas!/ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3gzT1dTz6BgExNjA0szA08vgwBjc0NnA4tQM_2CbEdFAAIGJW8/

Penal que haya en el Partido Judicial- de la ejecución de las resoluciones dictadas por el resto de Juzgados del mismo Partido Judicial. En definitiva, son Juzgados de lo Penal a los que se les libera del enjuiciamiento de causas para atribuirles únicamente la ejecución de las resoluciones que dicta el resto de la misma jurisdicción y partido.

La habilitación para adoptar dichos acuerdos por parte del CGPJ deriva del artículo 98 LOPJ y se adopta por el Pleno del CGPJ, previo informe de la Sala de Gobierno del TSJ correspondiente en que se propone a un Juzgado.

Las razones por las que se acuerdan estas especializaciones son, entre otras, la mayor celeridad en la ejecución, la unificación de historiales de cada reo, la centralización de información sobre investigación de patrimonio, antecedentes penales, medidas cautelares, buscas y capturas o igualdad de criterios para la exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito.

Una visión crítica a esta especialización de los Juzgados de ejecutorias pasa por considerar que se recortan posibilidades a los reos cuando, tratándose de una facultad discrecional la concesión de la suspensión que difícilmente por ese mismo motivo es modificada por vía de recurso, todas las ejecuciones recaen en unos pocos Juzgados especializados. Dicho de otro modo, si en un partido judicial hay un solo Juzgado encargado de la ejecución de todas las sentencias penales y su titular es una persona con un criterio de concesión del beneficio muy estricto, de forma importante va a denegar el mismo. En cambio, si cada Juzgado de lo Penal ejecutase sus sentencias, los penados tendrían más opciones que del otro modo.

Creemos, pues, que es un error que una cuestión tan importante como es la concesión o denegación de los beneficios de suspensión o sustitución se monopolice -sin apenas posibilidad de que prosperen los recursos- en manos de un solo Juez o unos pocos Jueces, máxime cuando también es posible que el Juez Penal que dicta la sentencia pueda resolver en la misma, o mediante auto posterior pero antes de remitir la causa al Juzgado de ejecutorias, respecto de dicho beneficio. Esta cuestión pudiera dar lugar a

situaciones terribles cuando es conocido que un Juez de ejecutorias tiene poca propensión a conceder los beneficios y los Jueces Penales que saben de esta cuestión tratan de apresurar su decisión para otorgar el beneficio al reo y evitar que sea su colega quien tome la decisión. Y es una cuestión mala si se hace de forma apresurada, pero puede serlo peor si no se hace. Aquí entran en juego los ideales y el compromiso de cada profesional.

Sin dejar de reconocer las excepciones existentes, que he tenido ocasión de constatar, en nuestra experiencia personal como Letrado, los Juzgados especializados en ejecutorias penales están habituados a tratar de forma impersonal y masificada las ejecuciones de condenas -obviamente no ejecutan una sentencia absolutoria- y es muy raro que vean a los penados en persona. En estas circunstancias, creemos que corren el peligro de deshumanizarse o despersonalizarse y, también desde nuestra experiencia profesional, es muy frecuente que ni siquiera atiendan a los Letrados cuando queremos exponerles circunstancias excepcionales, encontrándonos con el filtro del funcionario del que es difícil pasar para acceder al Juez.

En esas circunstancias, resulta que todas las posibilidades que el imputado tiene en la instrucción o el acusado en el juicio oral, pueden malograrse después en el Juzgado especializado en ejecutorias al que no se puede exponer sino por escrito la realidad que a veces concurre en el reo, máxime en tiempos difíciles de crisis y que hacen que le sea imposible, por ejemplo, satisfacer la responsabilidad civil de golpe o en escasos plazos, como el Juzgado quisiera o pretende a veces. Los escritos no son a veces suficientes para transmitir la realidad, la oralidad sí.

En concreto, en un caso en que se impuso a un cliente una pena de multa de poco más de 300 euros, así como el pago de una responsabilidad civil de algo más de 7.000 euros, la sentencia se dictó con conformidad del acusado, que fue asistido por un Letrado del turno de oficio, dada la situación de precaria economía en que se encontraba el condenado. Del Juzgado de lo Penal encargado del enjuiciamiento pasó al de ejecutoria y, en un mismo día, se dictó diligencia de ordenación acordando averiguar el patrimonio del penado, decreto acordando no iniciar la vía de apremio ante

la ausencia de bienes en dicha averiguación y auto declarando la insolvencia pero imponiendo, a su vez, la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal. Es decir, en menos de dos meses después de abierta la correspondiente ejecutoria y con la mera averiguación del patrimonio que es posible realizar desde el ordenador de un Juzgado (que se ciñe a determinados bancos con los que se tiene convenio, algunos organismos de la Administración como el INEM, la TGSS y poco más), se había transformado una pena de multa, de poco más de 300 euros, en pena de prisión de tres meses, dictándose de inmediato auto denegando la suspensión por impago de la responsabilidad civil, que también fue impuesta.

Todas estas cuestiones son puramente administrativas, impersonales y carentes de humanidad. El Letrado del turno no recurrió una sola de las resoluciones, por no decir que tampoco se las comunicó a su cliente y, cuando asumimos el asunto -de forma altruista y desinteresada aún sin estar incorporado al turno de oficio- ya estaban fuera de plazo todos estos recursos. En esa tesitura, solicitamos la nulidad de las actuaciones exponiendo la excepcional cuestión de que, a pesar de que el penado tenía una aparente defensa, se hallaba materialmente indefenso y ello era tan fácil de constatar como acudir al expediente para ver que no había un solo escrito de su abogado defensor. Obviamente y ante tal situación, pedimos entrevistarnos con la titular del Juzgado de ejecutoria a quien queríamos exponer esta cuestión de forma personal, para que entendiese que había habido una clara indefensión y que el penado tenía voluntad de cumplir pero era necesario que se le diese un poco de tiempo. La entrevista no nos fue concedida y el incidente de nulidad fue desestimado sin posibilidad de recurso ordinario y con requerimiento al penado para ingresar en prisión.

Estamos casi convencidos de que, si hubiésemos acudido a solicitar una entrevista con el Juez sentenciador, nos hubiese atendido y le hubiésemos podido exponer el caso de forma personal; que el Juez hubiese sido consciente, como lo fue al imponer la pena en su grado mínimo (la multa fue de dos euros diarios), porque le vio la cara al acusado y comprendió que, si no pagó las pensiones de alimentos durante tiempo, no fue por voluntad propia sino por carecer de los más mínimos ingresos. Cuanto menos y por simple estadística, habiendo mayor número de

Juzgados de lo Penal que se dedican a enjuiciar que a ejecutar únicamente, hubiese tenido más posibilidades.

Estas situaciones hacen revivir, a diario, en los Juzgados de ejecutorias que la proscrita prisión por deudas es algo perfectamente vigente y que el automatismo con que se manejan órganos judiciales que no le ven la cara al reo ni aprecian las circunstancias personales del mismo, no pueden disponer de su libertad en la forma en que el CGPJ ha dispuesto que lo hagan, ya que es este órgano el que decide especializar a determinados Juzgados, alejándolos de la labor de juzgar para convertirlos en un mero órgano burocrático dotado, sin embargo, de un gran poder que puede -mal administrado- afectar irreversiblemente la vida de muchas personas a las que los Jueces sentenciadores han dejado una puerta abierta a resocializarse y evitar el ingreso en prisión en aquellas penas de corta duración en que es más desaconsejable que efectivo.

Para terminar el apartado, nos parece interesante la reflexión de Puente Segura⁴²² respecto de las sentencias dictadas por Tribunal del Jurado ya que, una vez leído el veredicto por el mismo, este cesa en sus funciones y es su Magistrado-Presidente quien dicta la sentencia en primera instancia. Por ese motivo, le correspondería a este la ejecución pero, sin embargo, aunque no existe previsión legal al respecto, se deriva la ejecución a la Sección de Audiencia Provincial en que presta sus servicios el que actuó como Magistrado-Presidente, por entender que la ejecución de penas de los delitos que son Juzgados por el Tribunal del Jurado deben ser llevadas por un órgano colegiado y no unipersonal, además de que no existe la figura aislada como órgano jurisdiccional del Magistrado-Presidente, sino siempre dentro de un órgano colegiado.

Compartimos la crítica de Puente Segura, especialmente al referirse a que la Audiencia Provincial no es la que dicta la sentencia de instancia, ni siquiera la firme si es recurrida aquella, aunque somos más partidarios de

⁴²² Puente Segura, L. *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.

COMPETENCIA

que sea un órgano colegiado que uno unipersonal quien, puestos a no ser ninguno de ambos el que enjuició la cuestión, haya de ejecutar el fallo.

CAPÍTULO II.- LEGITIMACIÓN Y AUDIENCIA A LAS PARTES.

La Ley no establece nada respecto de las personas legitimadas para instar la suspensión, limitándose únicamente a regular de forma sucinta la audiencia a las partes de la que a continuación hablamos. Dicho silencio se ha de entender como la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda solicitar la suspensión, pero lo habitual es que sea el propio Juzgado o Tribunal el que resuelva de oficio respecto de la misma, atendido el mandato del artículo 82 CP. No obstante, si el órgano jurisdiccional no procediera de oficio a pesar de su obligación legal en tal sentido, debe entenderse que cualquier parte tiene legitimación activa para instar la solicitud, del mismo modo que la tiene para intervenir en la preceptiva audiencia del artículo 82.1 CP⁴²³.

Dentro del procedimiento a seguir, la otrora necesaria audiencia a las partes -conforme al anterior artículo 80.2 CP, siendo una novedad que introdujo el Código Penal de 1995, ya que ninguno de los anteriores preveía otra audiencia que la del Ministerio Fiscal- ha quedado poco clara cuando el Juez o Tribunal resuelve en sentencia, porque el actual artículo 82 solo prevé la audiencia cuando la decisión se adopte tras la firmeza de aquella, sin que hable de audiencia alguna cuando se resuelve en la sentencia. Podríamos pensar que, al resolver en esta sentencia, ha escuchado previamente a las partes, pero no es forzoso que sea así, ni siquiera aunque se hubiese dictado la resolución “*in voce*”.

La Ley -ya en la anterior versión del CP- no era clara al respecto, puesto que, al parecer, cuando hablaba de la audiencia a las partes solo lo hacía en el momento de fijar el plazo de suspensión y ello pudiera ser un olvido del legislador o, por el contrario, su voluntad de que las partes pudiesen manifestarse en relación a la fijación de dicho plazo aunque, a fuer de ser sinceros y considerando derechos y garantías constitucionales como

⁴²³ Ayo Fernández, M. *Las Penas, Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 105.

el derecho de defensa, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la libertad, no es razonable pensar que el legislador quisiera limitar la audiencia de las partes para algo tan concreto como la fijación del plazo de suspensión, impidiéndolo para el resto de incidencias. Sobre todo si pensamos que tan importante o más que el propio plazo es el interés que el reo pueda o no tener en la adopción de la medida⁴²⁴.

La previsión del anterior artículo 86 CP de oír al ofendido o a quien le representase, quedaba como necesaria en los delitos semiprivados y privados, sin duda por la existencia de un claro interés en el resultado del proceso, incluida su ejecución, por parte del perjudicado. Ya se establecía así en el Código Penal de 1932 (artículo 99), el de 1944 (artículo 96) y el de 1973 (ídem).

Según el anterior artículo 82, la resolución que se dictase respecto de la suspensión había de ser posterior a la firmeza de aquella. Sin embargo, si estábamos ante una sentencia de conformidad, podía suceder que en la

⁴²⁴ Sobre la necesidad de oír a las partes, la STC 248/2004 de 20 diciembre: *"Son varios los preceptos del Código Penal que específicamente en relación con esta institución requieren la audiencia de las partes e interesados - arts. 80.2 , 81.3 , 84.2 CP -, y aunque no se establezca de forma expresa en caso de denegación de la suspensión, dicha audiencia constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836)), siendo dicha exigencia tanto más relevante en un caso como el presente en el que lo que se dilucida es el cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del condenado en centro penitenciario. Es de aplicación en este caso, dadas las circunstancias que concurren en él, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que al interpretar el art. 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la privación de libertad debe poder ser impuesta o revisada en proceso contradictorio, en igualdad de armas, en el que se otorgue al sometido a restricción de libertad la posibilidad de alegar sobre los fundamentos específicos de dicha restricción (entre muchas, SSTEDH de 24 de octubre de 1979 [TEDH 1979, 4] , asunto Winterwerp c. los Países Bajos , § 60; de 21 de octubre de 1986 [TEDH 1986, 12] , caso Sánchez Reisse c. Suiza , § 12; de 12 de diciembre de 1991 [TEDH 1991, 72] , asunto Toht c. Austria , § 84; de 23 de septiembre de 2004 [TEDH 2004, 61] , asunto Kotsaridis c. Grecia , § 29). Por ello, debió darse oportunidad al recurrente de alegar sobre la concurrencia de los requisitos que el Código Penal exige para la concesión de dicho beneficio - art. 81 CP -, así como sobre las circunstancias personales con base en las cuales el órgano judicial debía realizar la ponderación de los fines de dicha institución y específicamente la valoración de la peligrosidad criminal del sujeto , según requiere el art. 80.1 CP".*

O la SAP de Madrid de 7 de enero de 2016.

misma se resolviese negativamente sobre la concesión, siendo susceptible de recurso si el penado no prestó conformidad respecto de ese concreto pronunciamiento como es el caso de la SAP de Las Palmas 124/2014, de 6 junio. En ese supuesto, nos encontrábamos con que cabía recurso contra la denegación de la suspensión o la sustitución no objeto de consenso. En los casos en que no se resolvía sobre la cuestión dentro de la propia sentencia, sí se podía declarar la firmeza (incluso por vía del artículo 801.2 LECrim) y luego resolver mediante auto sobre la suspensión, cumpliéndose así con el tenor del antiguo artículo 82.

El legislador prefiere que se resuelva sobre la suspensión en sentencia y, cuando no sea posible, tras la firmeza de esta. En el primer caso, si el Juzgado o Tribunal resuelve favorablemente a la concesión del beneficio, pensamos que podrá declararse la firmeza fácilmente en el acto. Si es en sentido negativo, difícilmente el penado prestará su conformidad y, por tanto, será objeto de recurso. Por este motivo, quizá sea más práctico que, en aquellos casos en que el Juez o Tribunal tenga claro que no va a poder concederse el beneficio, resuelva posteriormente mediante auto.

De ese modo, es posible –hablamos de sentencias de conformidad– decretar la firmeza de la sentencia y evitarse el recurso a la misma, resolviendo –si se quiere, de inmediato– sobre la suspensión o sustitución en un auto que seguramente será impugnado si la deniega. La diferencia para el reo, en este caso, estará en el plazo. Aunque, en apariencia, recurriendo la sentencia dispone de más plazo que si recurre el auto, lo cierto es que dispondrá de más, porque puede formular recurso de reforma contra este, esperar que se resuelva y, después, interponer el de apelación. La suma de ambos recursos son ocho días hábiles que, en la realidad, se transforman en muchos más, en tanto se resuelve el recurso de reforma.

No obstante dicha audiencia, el órgano jurisdiccional no se encuentra en absoluto vinculado por lo que las partes aleguen, a diferencia de lo que sucedía con el Código Penal de 1932⁴²⁵, o los de 1944 y 1973 (artículo 94).

⁴²⁵ El artículo 97 del Código Penal de 1932 establecía que el Tribunal aplicaría por ministerio de ley (de forma imperativa) la condena condicional cuando, en los delitos que se perseguían a instancia del agraviado, mediase solicitud expresa de este.

Puede suceder que la sentencia de instancia sea objeto de recurso o no. En el primer caso, quien va a conocer del mismo es otro órgano por el carácter devolutivo que tiene tanto el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial -si estamos en una sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal-, como el de casación ante el Tribunal Supremo -si estamos en una sentencia dictada por la Audiencia Provincial-, o alguno de los dos anteriores si se trata de sentencia dictada por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado en cada caso concreto (artículo 846 LECrim) de los cuales conocerá el TSJ (apelación) o el Tribunal Supremo (casación).

A pesar de lo dicho, lo más habitual será que, dado el límite de dos años del artículo 80.2.2ª CP, la sentencia la dicte el Juzgado de lo Penal, aunque no puede descartarse al Tribunal del Jurado, cuyas competencias no se determinan por razón de la duración de la pena en abstracto sino por la especialidad delictiva, conforme se determina en el artículo 1 LOTJ. Ni tampoco puede descartarse que, en el ámbito de la Audiencia Provincial, se dicte una sentencia condenatoria que imponga pena de privación de libertad que no supere los dos años, puesto que su competencia se determina por la mayor de las penas previstas para todos los delitos enjuiciados y cabe perfectamente que la Audiencia absuelva, por poner un ejemplo, de un delito de tentativa de asesinato, condenando por uno de lesiones.

Si la sentencia de instancia no es objeto de recurso, se puede acordar la suspensión de la misma por el propio órgano que la dicta; si fuese objeto de recurso, no puede en principio acordarse la suspensión en tanto no adquiera firmeza, aunque hay autores⁴²⁶ que piensan en la posibilidad de que se acuerde en la misma la suspensión -con independencia de su impugnación-, de tal modo que, si esta no prospera, no sea necesario acordarla a posteriori.

También se plantea la posibilidad de que el Juez dicte sentencia *in voce*, en el seno de un procedimiento abreviado (artículo 789.2 LECrim) y,

⁴²⁶ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 78.

entonces, se pregunte a las partes si van a recurrir la misma para, en caso negativo, acordar la firmeza en ese momento (art. 801.2 LECrim), lo que permitiría que se resolviese sobre la suspensión también en el acto aunque, por propia experiencia, las sentencias que se dictan oralmente en uso de dicha previsión suelen ser absolutorias y tienen una clara razón de ser: evitar, en aquellos casos en que el Juzgador tiene claro el resultado de la prueba, que el acusado pase más tiempo con el desasosiego que produce aguardar el dictado de la sentencia. No obstante, sería posible dictar oralmente la sentencia aun siendo condenatoria, pero veo difícil que se pudiese decretar la firmeza en ese acto puesto que, salvo las conformidades, que tienen lugar sin práctica de prueba, las sentencias condenatorias suelen ser recurridas por la defensa, de modo que no será habitual que pueda declararse su firmeza en ese acto ni, por tanto, resolverse sobre la suspensión.

En resumen, o bien el Juzgado o Tribunal se pronuncia sobre la suspensión en la misma sentencia, en aquellos casos que le sea posible, o bien lo hace por medio de un posterior auto, que será lo más común, principalmente porque si ha de hablarse de suspensión es porque existe imposición de pena y difícilmente no existirá recurso contra la sentencia condenatoria, salvo aquellos casos de conformidad como apuntábamos.

1.- AUDIENCIA AL PERJUDICADO.

La toma en consideración de lo que puede o no decir el perjudicado es una cuestión bastante ignorada -en general- por la Justicia. Algunos códigos penales, sin necesidad de irnos fuera de Europa, ni siquiera admiten la figura de la acusación particular pues consideran que la Justicia es un monopolio del Estado y sólo este tiene derecho a constituirse en acusador en el proceso. Por tanto, que nuestro sistema admita no solo el ejercicio de la acusación particular sino también la popular, lo sitúa, a nuestro juicio, entre los que más favorecen la presencia de la víctima o perjudicado (incluso, sin necesidad de ostentar ninguno de estos status) aunque, sin embargo, luego tope con el hecho de que el actor principal sea el Fiscal y al interesado apenas se le escuche en muchas ocasiones.

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, ha venido a incorporar abundantes novedades en materia de derechos a la víctima o perjudicado, entendiéndose que este último puede ser alguien distinto de la víctima como, por ejemplo, un familiar o alguien que sufre un perjuicio de forma indirecta. El referido estatuto es, por el momento, una declaración programática que tendrá que ser desarrollada reglamentariamente para alcanzar a cumplir la voluntad del legislador pero, en materia de derechos de información y asistencia, ya podemos constatar su implantación.

Nos permitimos citar un fragmento del ATC de 13 de noviembre de 2000, que nos parece avalar lo antes dicho:

“Pero además de ello, el Juzgador no se detiene exclusivamente en la cuestión afectante a la solvencia o insolvencia del penado, sino que añade como razones para denegar la concesión de la remisión condicional de la pena, tanto la falta de voluntad de aquél para reparar el mal causado, como la oposición de los perjudicados por el delito a que le sea concedido dicho beneficio. Motivo este último digno de ser atendido, pues ante un proceso penal, que socialmente es percibido como escasamente atento a la situación de la víctima, no resulta rechazable la preocupación del Juzgado por tomar en consideración la aflicción del perjudicado y su natural deseo de reparación de un delito que, no se olvide, supone la lesión de un bien jurídico materializado en un objeto de primera necesidad como es la vivienda; y, desde luego, difícilmente podrá sostenerse que la víctima de este delito puede recibir una reparación, siquiera moral, cuando no solo no es indemnizado por razón de la formal insolvencia declarada, sino que incluso advierte como un condenado a un año y medio de privación de libertad disfruta de esta sin limitación (ATC de 13 de noviembre de 2000)”.

En la anterior versión del Código Penal, aunque entre los artículos dedicados a la suspensión de la ejecución de la pena no se encontraba la audiencia a las partes, salvo para fijar el plazo de suspensión (art. 80.2 CP), lo cierto es que el artículo 88 sí preveía una audiencia necesaria y previa a la sustitución. Interpretando ambos artículos y entendiendo que tan posible era en aquel entonces la suspensión como la sustitución –cuando las circunstancias del caso permitían ambas- y que ninguna de ellas era subsidiaria de la otra, la audiencia debería ser la misma y, por tanto, preceptiva y previa a decidir sobre la adopción de una u otra, de modo que deberían disiparse las dudas interpretativas sobre la audiencia previa a la suspensión ya que el legislador no aclaraba la cuestión. Así lo entendía el AAP de Vizcaya (Sección 1ª) 607/2011, de 4 de noviembre⁴²⁷.

Aún con todo, recordamos en este punto que la audiencia no condicionaba al Juzgado o Tribunal en la resolución que adoptase y que la misma podía consistir en una vista oral o tramitarse por escrito, siendo este último medio el más habitual (más bien único) adoptado por Juzgados y Tribunales, si la decisión se adoptaba tras el dictado de la sentencia.

Con la LO 1/2015 y las reformas que la misma vino a operar en el Código Penal, la audiencia a las partes queda resuelta en el actual artículo 82.

Por tanto, la referida audiencia es ahora un requisito previo a la resolución, dejándose de lado cualquier interpretación literal anterior, que no tenía demasiado sentido si era solo para fijar el plazo de la suspensión y no para resolver sobre la misma, vaguedad que no inducía sino a disparidad de actuaciones entre distintos órganos jurisdiccionales, inclinados unos por la

⁴²⁷ “La Sala no puede compartir esta interpretación, estrictamente literal, de lo dispuesto en el artículo 80 del código penal, ya que tal y como sostiene la doctrina más autorizada carece de todo sentido y de lógica que se exija la audiencia previa del interesado a efectos de determinar el plazo de suspensión una vez que esta sea concedido, y, sin embargo, no se exija dicha audiencia para determinar previamente si se concede o no el beneficio de la suspensión, resolución de mayor trascendencia, de hecho existen otros preceptos en el Código Penal que establecen dicha audiencia en supuestos muy similares. Es muy loable la finalidad de resolver con celeridad estos supuestos en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 82 C.P., pero ello no puede ir en detrimento de una garantía esencial del procedimiento”.

interpretación literal y otros por la más garantista de oír a las partes para adoptar tan importante resolución.

La importancia de la audiencia puede extenderse a infinidad de razones, tantas como particularidades presente cada concreto asunto y cuantas concurren en el reo. Entre las mismas, conforme han apuntado autores como González Zorrilla⁴²⁸, está la preferencia del reo pues, para algunos, es quizá más conveniente el cumplimiento de la pena y su extinción (pensamos principalmente en penas de corta duración) que la suspensión de la misma que le acarree el sometimiento a un periodo de prueba durante el cual, si delinquiese de nuevo, no solo se revocaría la suspensión acordada sino que se le imposibilitaría la de la ejecución de la pena a imponer por el nuevo delito.

O, mucho más importante quizá, podría suceder que al no dar audiencia al reo, se le denegase la suspensión por considerar un antecedente penal que ya debió haber sido cancelado y que el Tribunal o el Ministerio Público no advirtieron y que pudo haber sido alegado por la defensa (STC 248/2004 de 20 de diciembre).

La Ley no dice nada sobre la posibilidad de que el reo renuncie a la suspensión de la ejecución de la pena, pero es obvio que en respeto de sus derechos de defensa y a la tutela judicial efectiva debería garantizarse que no se adopta resolución alguna -en ningún sentido- sin dársele audiencia. En apoyo de esta afirmación entendemos que está, en primer lugar, el tenor literal del artículo 80.1 CP que dice claramente “los Jueces y Tribunales (...) podrán dejar en suspenso”, en clara diferencia con la Ley de Condena Condicional de 1908 que preveía la concesión por ministerio de la Ley en algunos supuestos.

⁴²⁸ González Zorrilla, C. *Suspensión de la pena y “probation”*, en Cid Moliné, J.; Larrauri Pijoan, E. y otros. *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997.

La nueva formulación del precepto en el Código Penal de 1995 confiere al Juez o Tribunal la facultad discrecional de poder conceder o denegar el beneficio pero, al mismo tiempo y al no tratarse ya de un imperativo legal, se impone a nuestro juicio el derecho del reo a ser escuchado y el deber del órgano que ha de resolver de escucharle antes de tomar una decisión a la que no viene obligado y que debe motivar.

Sin la audiencia de todas las partes, no solo del reo, vemos difícil una exhaustiva motivación de la resolución que vaya a adoptarse puesto que, además de las cuestiones objetivas que pueda apreciar el Juez o Tribunal por sí mismo, como pueda ser la primeridad delictiva y la duración de la pena, pueden existir cuestiones que deban exponer las partes y sean tan relevantes como las anteriores para decantarse por la concesión o la denegación, cuanto más si es el propio reo, en cuyo presunto beneficio se adoptaría la decisión de conceder la suspensión, en su caso, el que expresase su deseo de renunciar a esta.

En el ámbito del juicio rápido, donde si hay conformidad del acusado se puede beneficiar este de la rebaja de un tercio de la pena a imponer, se admite que la conformidad pueda condicionarse por el acusado a la concesión del beneficio. Así lo avalan Chacón y Cid⁴²⁹, basándose en la previsión legal de que el acusado debe conocer, al tiempo de prestar su conformidad, cuáles son las consecuencias de la misma, entre las que se cuentan el saber si irá a prisión o no, claro está y, en el caso de acordarse la suspensión, tendría derecho a conocer de igual modo si le van a imponer reglas de conducta y cuáles, tras lo cual podrá decidir libremente si presta su conformidad o no⁴³⁰.

La Junta de Presidentes de las Audiencias Provinciales de Cataluña⁴³¹ adoptó en 2010, entre otros acuerdos, como criterio de buena praxis

⁴²⁹ Chacón Cadenas, M.J.; Cid Moliné, J. “Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos”, Diario La Ley núm. 5.819, julio 2003.

⁴³⁰ Magro Servet, V. “La revocación de la medida de suspensión de la ejecución de la pena por incumplimiento de las medidas acordadas con base en el art. 83.1.5º in fine del CP en la violencia de género”, La Ley Penal núm. 93, mayo 2012.

⁴³¹ Audiencias Provinciales de Cataluña. “Jornadas en Caldes d'Estrachs del 12 y 13 de mayo de 2010”.

garantizar la comparecencia previa del condenado antes de resolver sobre la suspensión o sustitución, citándolo junto con su abogado nada más incoar la ejecutoria, previniéndole de que lleve consigo a dicha comparecencia todos los documentos en que pueda basar su pretensión y con la tarea previa para el Juzgado de recabar la hoja histórico penal completa y un listado de procedimientos penales pendientes.

Nos parece una solución muy adecuada ya que, mediante una comparecencia o vista oral previamente preparada, puede exponerse cuanto interese u obste en favor de la solicitud o en contra de la misma, de mejor manera que por escrito donde la posibilidad de contra-alegar se reduce mucho puesto que el Juez normalmente resolverá oída la solicitud y la oposición o falta de la misma por el resto de partes, especialmente el informe del Ministerio Fiscal.

2.- EN EL CASO DEL PERDÓN DEL OFENDIDO.

El anterior artículo 86 CP ha venido, con la LO 1/2015, a ser sustituido por el artículo 80.6 CP sin que mude un ápice su contenido. La ubicación actual es, en mi opinión, más correcta desde un punto de vista sistemático ya que se han procurado ubicar en un solo artículo todas las distintas modalidades suspensivas, tanto ordinarias como extraordinarias.

En el pasado, el artículo 94 del Código Penal de 1973 aplicaba por ministerio de la Ley la suspensión en aquellos casos en que existía perdón del ofendido, si se trataba de delitos que solo pudieran ser perseguidos a instancia de parte, esto es los delitos privados (calumnias e injurias contra particulares). La aplicación por ministerio de la Ley vinculaba a Jueces y Tribunales de forma que ya no dependía de su criterio o discrecionalidad el poder conceder o no la entonces llamada “condena condicional”. De igual modo se contenía en el artículo 97 del Código Penal de 1932 y, anteriormente en el artículo 5º tercero de la Ley de Condena Condicional de 1908.

Para Prats Canut y Tamarit Sumalla⁴³², lo que diga el perjudicado debe entenderse como razón de peso si su opinión es favorable, mas, para el caso contrario, no ha de vincular al Juez o Tribunal, recordando que se trata de un acto de discrecionalidad reglada.

El perdón del ofendido es clave en aquellos delitos de calumnias e injurias contra particulares, como hemos dicho, pero se pierde aquí el control del *Ius Puniendi* para el particular ya que, fuera de estos, su intervención se limitará a actuar como perjudicado e incluso personado como acusador, pero sin capacidad de influir sobre el Ministerio Público o el Juzgado o Tribunal para el resto de delitos, sin perjuicio de que sea oído. En la práctica, quedando en manos del Ministerio Fiscal la decisión de acusar o no, o de hacerlo con más o menos severidad, todo depende del talante del representante del Ministerio Público, que podrá empecinarse en pedir la condena del acusado pese a que el perjudicado muestre su voluntad de ser benévolo o, por el contrario, puede que asuma su tesis y trate de apaciguar la cuestión favoreciendo una condena de conformidad en términos beneficiosos para el acusado.

3.- LA REBELDÍA DEL PENADO.

La ausencia del penado a la hora de decidir sobre la concesión o denegación de los beneficios de suspensión o sustitución ha sido y es una cuestión que suscita diferentes opiniones, sintetizándose de forma básica en quienes son partidarios de denegar los beneficios si el reo no está presente y localizado en el proceso, frente al de quienes piensan que su presencia no es indispensable para resolver, si se cumplen los requisitos para la concesión.

Con la modificación habida tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, el artículo 80.2.3^a del Código Penal permite la suspensión de la ejecución aún sin haberse satisfecho las responsabilidades civiles, si se asume por el penado el compromiso de hacerlo de acuerdo a su capacidad económica y

⁴³² Prats Canut, J.M.; Tamarit Sumalla, J.M. En *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, (Dir. Quintero Olivares), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 649.

facilitar el decomiso acordado, siempre que sea razonable esperar que se hará en el prudente término que el Juez fije.

Esta modificación, en nuestra opinión, implica ineludiblemente la presencia del penado al tiempo de decidir, pues nadie puede asumir tal compromiso por él, ni el Juez o Tribunal acordar la suspensión pensando que hará el pago, para revocar la suspensión después si es que no lo hace. Por tanto, entendemos que, cuando no se haya satisfecho la responsabilidad civil con carácter previo y se opte por su aplazamiento, es un claro supuesto en que no puede concederse si el reo está en rebeldía.

Distinta suerte pueden correr los casos en que la responsabilidad civil ya haya sido satisfecha previamente, como sucede por ejemplo cuando se hace para ganar la atenuante de reparación del daño; o aquellos casos -los menos- donde no hay responsabilidad civil ya que no de todo delito se deriva la misma (pensemos, por ejemplo, en los delitos de tráfico de drogas o contra la ordenación del territorio, con excepciones y por poner un ejemplo).

Igual situación pensamos que se da en la suspensión por adicción a las sustancias del artículo 20.2º CP, la permitida en el artículo 80.5 CP, al exigirse la certificación por centro o servicio público o privado de que el reo se encuentra deshabitado o en tratamiento para tal fin, ya que se exige que dicho control se haga al tiempo de decidir sobre la suspensión, motivo que refuerza la necesidad de su presencia y la imposibilidad de adoptar el acuerdo si se halla en rebeldía.

A diferencia de la versión del Código Penal anterior a la LO 1/2015, la actual establece la audiencia a las partes de forma previa para resolver sobre la concesión del beneficio, mientras la anterior versión reservaba dicha audiencia -conforme a la literalidad del entonces artículo 80.2 CP- para la fijación del plazo, es decir, una vez el Juez tenía clara la concesión del beneficio, algo que ha sido interpretado de diferente manera por doctrina y jurisprudencia como veremos.

Somos de la opinión de Prats Canut y Tamarit Sumalla⁴³³ cuando abogan por la audiencia a las partes de forma extensiva, incluyendo de forma especial a la víctima, muchas veces dejada de lado según de qué delitos se trate. En sentido ambiguo se muestra, sin embargo, Fernández Aparicio⁴³⁴, para el que, sin oponerse a oír al perjudicado, no cree vinculante su opinión y considera que supone una dilación para adoptar con rapidez la decisión acerca de la suspensión.

De hecho, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en su artículo 14.2 recoge como derechos de ésta, entre otros:

“a) Interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la Ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima;

b) Facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito, o el comiso que hubiera sido acordado”.

Si bien el primer supuesto se refiere a la libertad condicional, el segundo es perfectamente aplicable a este estudio.

Por tanto, establecida dicha audiencia como requisito procesal previo para la concesión, difícilmente podemos hablar hoy de la posibilidad de acordar la suspensión en ausencia del reo, salvo que el Juez o Tribunal dé por buena la comunicación hecha a su abogado o procurador.

⁴³³ Prats Canut, J.M.; Tamarit Sumalla, J.M. En *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, (Dir. Quintero Olivares), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 649.

⁴³⁴ Fernández Aparicio, J.M. *La ejecución penal*, Sepin, Madrid, 2015, pág.162.

En este punto, pensamos que si la resolución es favorable, el letrado y el procurador, en principio no han de manifestarse en contra de que la comunicación se les haga a ellos. Sin embargo, si fuese desfavorable al reo y, tratándose del inicio de una fase posterior, la de ejecución, la comunicación debería hacerse personalmente al reo y dichos profesionales podrían alegar perfectamente su incapacidad de comunicarse con su cliente si este se encuentra ilocalizable.

El artículo 83.1.9ª CP, igualmente, requiere la presencia del penado para que preste su conformidad a la hora de imponerle un deber diferente de los restantes previstos en el mismo artículo 83, con la intención de que no se atente a su dignidad como persona.

Ya en la Ley de Condena Condicional de 1908, que como sabemos fue el primer texto legal en nuestro país que recogió la posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena, se establecía como una de las condiciones para poder acordar la misma que el reo no hubiese sido declarado en rebeldía (art.2, segunda).

Dicha condición fue, posteriormente, incorporada al Código Penal de 1928, en su artículo 186.2ª y mantenida en los posteriores, hasta que desapareció cuando, el 17 de julio de 1983, fue modificado el Código de 1973.

Por tanto, desde 1983, no se exigía como condición previa que el reo no se encontrase en rebeldía ni tampoco servía esta para revocar la suspensión una vez concedida, no volviéndose a incorporar la referencia al término “rebeldía” en lo tocante a la suspensión hasta la reforma operada por la LO 1/2015, en vigor desde el 1 de julio de 2015, para decirnos que no se computará como tiempo de suspensión aquél en que el penado se mantenga en rebeldía.

La Junta de Presidentes de Audiencias Provinciales de Cataluña de 2010 se mostró partidaria de la concesión de la suspensión aun cuando el

reo no se encontrase presente, siempre que se cumpliesen los requisitos y no hubiese pronóstico fundado de peligrosidad.

El AAP de Barcelona (Sección 2ª) 700/2012, de 18 de septiembre dice:

“Si dicha suspensión integra obviamente un beneficio para quien ha sido condenado a pena privativa de libertad en sentencia firme, parece incuestionable que no cabrá considerarse errónea en derecho la decisión de no serle otorgado a quien se sustrae a la acción de la justicia, máxime cuando a través de su acción de situarse en ignorado paradero hace inviable que se le pueda notificar tal beneficio y, lo que es más relevante, comunicarle las condiciones a las que quedaría sujeta una eventual remisión condicional de la pena, como por ejemplo la imposibilidad de que volviese a cometer un nuevo delito durante el plazo por el que se suspendiese la ejecución, so pena de revocar la misma y ordenar el cumplimiento de la pena si se reincidiese en nuevos actos delictivos durante dicho periodo”.

Dicha resolución viene a confirmar la del Juzgado *a quo*, que deniega el beneficio al penado por hallarse en rebeldía, aunque también tiene en cuenta el impago de la responsabilidad civil, que ni siquiera se le pudo comunicar al reo, por hallarse en paradero desconocido. Que se pueda denegar el beneficio por el segundo de los motivos podemos compartirlo, pero no por el primero cuando hace años (desde 1983, como decíamos) que desapareció porque expresamente lo quiso el legislador⁴³⁵.

Lo que establece el actual Código Penal en su artículo 82 es que la decisión la tomará el Juzgado o Tribunal, con previa audiencia de las partes y que no se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía.

⁴³⁵ En idéntico sentido, el AAP de Sevilla (Sección 3ª) 191/2003, de 16 de junio.

Por tanto, hemos de diferenciar claramente entre la concesión del beneficio y el inicio del cómputo del plazo de suspensión. La concesión se adoptará y, a priori, el Juzgado o Tribunal no tiene por qué pensar que el reo no está localizado cuando ha sido juzgado, no existiendo impedimento para la concesión de la suspensión por el hecho de que el penado no estuviese localizado. Cuestión distinta será cuándo comienza a computar dicho plazo suspensivo, porque el artículo 82 es claro al decir que no se incluirá en el mismo el tiempo en que el reo haya estado en rebeldía, de modo que no sería acorde a dicha previsión que comenzase a contar y pasase dicho plazo sin haber sido hallado el condenado.

Por otro lado, la sentencia o el auto que acuerde la suspensión han de ser notificados en forma personal al penado, de modo que si no se le consigue notificar no puede comenzar el cómputo. Una práctica habitual cuando no se encuentra al reo es declararlo en rebeldía y dictar una orden de busca para traerle a presencia judicial y notificarle entonces, comenzando en ese momento a computar el plazo de suspensión.

Del mismo modo, el plazo para recurrir deberá computar desde la notificación en forma personal al penado.

Es interesante señalar no obstante que, para Colmenero⁴³⁶, la ausencia del reo demuestra su escasa voluntad por resocializarse desde el momento en que no está a disposición del Tribunal cuando tiene que ejecutarse la sentencia.

⁴³⁶ Colmenero Menéndez de Luarca, M. “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003”, Cuadernos de Derecho Judicial, Cendoj, 2005.

CAPITULO III.- LAS RESOLUCIONES SOBRE LA SUSPENSIÓN.

1.- FORMA DE LA RESOLUCIÓN.

La nueva redacción del artículo 82 del Código Penal dada por la LO 1/2015 establece un claro mandato a Jueces y Tribunales para que resuelvan sobre la concesión o denegación de la suspensión de la ejecución de la pena, ya en la propia sentencia que dicten.

Sin embargo, conscientes sin duda de la dificultad que se plantea muchas veces para ello, dejan la puerta abierta a que se resuelva, una vez firme la sentencia, mediante posterior auto. En este segundo supuesto, es también claro el mandato del legislador de que el auto se dicte con la mayor urgencia.

De esta nueva redacción hemos de criticar las siguientes cuestiones que, nos parece, perjudican al reo:

a) Se establece una audiencia a las partes únicamente cuando la resolución haya de adoptarse a posteriori, mediante auto. Si nos atenemos a la literalidad del precepto, parece que quede excluida dicha posibilidad cuando se resuelva en sentencia. Se pensará que, cuando Jueces y Tribunales resuelven en sentencia, ya han oído a las partes en el plenario, pero esa es una suposición que se cumple, en la práctica, en escasas ocasiones.

Cierto que el Juez o Tribunal habrá oído a las partes sobre numerosas cuestiones, cuantas se hayan planteado en el juicio. Sin embargo, sin saber las partes cuál va a ser el fallo, es rarísimo que se hable de la cuestión de la suspensión y, en ocasiones, que el abogado de la defensa saque a relucir el tema pudiera parecer que está asumiendo -siquiera de forma subsidiaria- un

fallo condenatorio que puede no ser adecuado mencionar, desde el punto de vista la estrategia y los intereses de su cliente.

Por tanto, rara vez se trata la cuestión en el juicio, quedando las partes sin ser oídas, si se resuelve en sentencia sobre la concesión o denegación del beneficio antes de dictar sentencia.

Es obvio que las sentencias absolutorias no plantean problema alguno. En cambio, si no se ha oído a las partes y la sentencia es condenatoria, de resultar denegada la suspensión ya no se puede oír a las partes sino en el recurso que contra la sentencia se formule, en cuyo caso no será el propio Juzgado o Tribunal quien las oiga sino el que resuelva el recurso contra la sentencia, ya que se trata de un recurso devolutivo.

Por ello, nos parece que, en todo caso, debería establecerse la necesidad de que, si existe la posibilidad de resolver sobre la suspensión en la sentencia y con independencia de cuál vaya a ser el fallo, se interpele por el órgano jurisdiccional a las partes para el supuesto de que la sentencia fuese condenatoria.

b) En los casos en que se resuelve con carácter posterior mediante auto, sí queda garantizada en cambio dicha audiencia, ahora de forma clara, para debatir la concesión o no del beneficio, a diferencia de la dudosa dicción anterior, donde aquella parecía dirigida únicamente a fijar el periodo de prueba una vez decidida sin audiencia la concesión, teniendo que ser interpretada por la jurisprudencia con disparidad de criterios, que fueron reconducidos en los últimos tiempos por el que creemos más garantista de entenderla ampliada a la discusión previa sobre su concesión o denegación.

La cuestión que plantea, a nuestro juicio, la resolución mediante auto es la de encomendar a un órgano distinto la decisión, en aquellos lugares donde existen Juzgados especializados en ejecutorias, tema que ya tratamos en un capítulo anterior, de modo que entendemos innecesaria su reiteración.

2.- MOTIVACIÓN.

Ya la STC 224/1992, de 14 de diciembre, abordaba la cuestión de la necesidad de que se motivasen no solo las resoluciones que acordasen la concesión de la suspensión (en aquel entonces se usaba el término “condena condicional”), sino también las que la denegasen. La referencia no es ociosa puesto que era frecuente no motivar aquellas resoluciones que la denegaban al interpretar literalmente el entonces artículo 92.1CP (hoy art. 80.1), que solo establece expresamente la necesidad de motivar para las resoluciones que la acuerden. En ese sentido, las SSTC de 8 de octubre de 2007, de 13 de noviembre de 2000⁴³⁷, de 15 de enero de 2001⁴³⁸, de 28 de junio de 1993⁴³⁹.

Para el TC no existe duda sobre la necesidad de motivar ambas (la decisión que concede o la que deniega) y, a nuestro juicio, tampoco por el hecho de que se está adoptando una resolución que debe revestir la forma de auto y, por ello, estar motivada de acuerdo con los arts. 245.1.b) y 248.2 LOPJ. La consecuencia de la falta de motivación es la declaración de nulidad.

⁴³⁷ “Sin olvidar, por otra parte, que la exigencia de motivación que deben revestir las resoluciones judiciales «ex» art. 24.1 CE adquiere un singular rigor cuando, como en el caso ahora enjuiciado, se trata de pronunciamientos que, en definitiva, afectan de alguna manera al derecho fundamental a la libertad personal garantizado por el art. 17.1 de la Constitución”.

⁴³⁸ “Las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad han de ser motivadas; han de exteriorizar los elementos necesarios para entender efectuada la ponderación de los fines de la institución y los bienes y valores en conflicto. Esto es, deben expresar la ponderación de las necesidades de seguridad colectiva (prevención general) y las necesidades de resocialización (prevención especial) en atención a la peligrosidad criminal del condenado”.

⁴³⁹ “En el caso de la remisión condicional de la pena, se confiere a los Tribunales la atribución de otorgarla motivadamente (art. 92 del Código Penal), exigencia predicable implícitamente también de la contraria. Una y otra decisión han de revestir la forma de Auto, pues tratan de cuestiones que por mandato legal deban fundarse, fundamentación limitada expresamente al punto que se decida (arts. 141 Ley de Enjuiciamiento Criminal y 242 LOPJ (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375)]. En definitiva, también la denegación del beneficio ha de ser motivada por exigencia del art. 24 de la Constitución [STC 224/1992 (RTC 1992\224)]”.

La resolución que se pronuncie sobre la suspensión, ora acordándola ora denegándola, debe revestir la forma de auto (artículo 141 LECrim, 245 LOPJ).

En ningún caso se puede basar la denegación del beneficio en el ejercicio por el acusado del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable al tratarse de un derecho fundamental⁴⁴⁰.

El Juez o Tribunal deberá pronunciarse sobre la concesión o no del beneficio y ello aunque no lo solicite ninguna de las partes. No será, sin embargo, necesario en aquellos casos en que puede apreciarse sin más la imposibilidad de su concesión, por no cumplirse el requisito del artículo 80.2.2ª CP, relativo al plazo no superior a dos años para la ordinaria. Los restantes requisitos entendemos que deben ser examinados de forma más detenida y darse la posibilidad a las partes de ser oídas antes de resolver.

No es posible la denegación tácita de la suspensión [AAP de Barcelona (Sección 3ª) 23/2013, de 8 de enero] de igual modo que tampoco lo es que no se resuelva sobre la suspensión de penas privativas de libertad que no superen los dos años, a pesar de no pedirlo ninguna de las “partes” [AAP de Madrid (Sección 15ª) 121/2012, de 20 de febrero], plazo que con el actual Código Penal se amplía en las situaciones que determina el artículo 80.

En primer lugar, había de procederse a resolver sobre la suspensión y solo cabía pronunciarse sobre la sustitución una vez denegada la anterior pues carecería de sentido si se acordase aquella [AAP de Madrid (Sección 15ª) 121/2012, de 20 de febrero].

⁴⁴⁰ “Con mayor razón, fundamentar la denegación de la suspensión de la ejecución en el ejercicio por el acusado de los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), con la consiguiente falta de colaboración con la Administración de Justicia, es a todas luces constitucionalmente inadmisibles, y lesivo del contenido de dichos derechos fundamentales (STC de 16 de abril de 2007)”.

En los tiempos en que el Código Penal (o, en su origen, la Ley de Condena Condicional) establecía unos supuestos de otorgamiento de la remisión condicional “por ministerio de la Ley”, no se debía hacer necesaria excesiva motivación puesto que se trataba de examinar si se cumplían las condiciones objetivas que determinaba la Ley⁴⁴¹. En cambio, la configuración actual hace necesaria esa motivación puesto que se deja en manos del Juez o Tribunal la valoración de un concepto jurídico indeterminado, la “peligrosidad criminal”. A este respecto, Navarro Villanueva⁴⁴² apunta la idea de crear un cuerpo de criminólogos adscritos a las Audiencias Provinciales, que pudieran auxiliar al Juez o Tribunal que ha de adoptar la resolución para evitar que puedan hacerlo condicionados por algún prejuicio. Y Marín de Espinosa⁴⁴³ se muestra favorable al apoyo de psiquiatras, psicólogos y, más todavía, a la formación en criminología de los Jueces.

Pero lo bien cierto es que es rarísimo encontrar algún caso donde el Juez o Tribunal se plantee la necesidad de recabar informes de especialistas, resolviéndose siempre según su criterio de mejor o peor forma y ello, entre otras cuestiones, porque la administración de Justicia no anda sobrada de medios ni de tiempo, salvedad hecha de los casos expresamente previstos como el informe del Médico forense en las solicitudes de suspensión por enfermedad grave con padecimientos incurables o los informes de deshabitación en casos de dependientes.

La exigencia de motivación es la forma de controlar, en una resolución que es facultativa para el Juez o Tribunal, si el mismo ha actuado arbitrariamente ya que, si se cumplen los requisitos objetivos como la duración de la pena o el hecho de ser delincuente primerizo y, pese a ello, se deniega el beneficio, será valorando circunstancias subjetivas como las

⁴⁴¹ Por ejemplo, en el Código Penal de 1928 que el reo hubiese delinquirido por primera vez, que no hubiese sido declarado en rebeldía, que la pena privativa de libertad no excediese de dos años, que no fuese uno de los delitos exceptuados de la condena condicional (art. 187CP) y concurriese además no ser mayor de dieciocho años o bien que en la condena se apreciase el mayor número de requisitos o condiciones para eximir de responsabilidad con arreglo a dicho Código (arts. 186 y 188 CP).

⁴⁴² Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., pág. 81.

⁴⁴³ Marín de Espinosa Ceballos, E. “Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código penal de 1995”, *Actualidad penal* núm. 35, La Ley, Madrid, 2000, pág. 753.

personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, el esfuerzo por reparar el daño causado, las circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que le fueren impuestas (art.80 CP).

La nueva regulación, a partir de la LO 1/2015, que reforma el Código Penal, que en su preámbulo ya habla de “mayor flexibilidad”, viene a introducir con la misma también mayor discrecionalidad y, con ello, mayor inseguridad jurídica o, mejor dicho, más diferencias en función del órgano que resuelva. Así lo entendemos y así lo entiende también Urbano Castrillo⁴⁴⁴.

Las leyes son las mismas, pero en función de la mayor benevolencia o severidad del órgano que las aplica, el resultado es un individuo en prisión o fuera de ella ante unos mismos hechos. Desgraciadamente, esta es una consecuencia con la que hemos de vivir y que es aplicable a cualquier fase del procedimiento, desde la preliminar hasta la de ejecución. Sin embargo, no podemos decir que la nueva regulación, que creemos en general positiva, venga a mejorar esta cuestión ya que, al dotarse al Juez o Tribunal de mayor margen discrecional, no pueden sino aumentar las desigualdades.

Sin duda, el legislador puede haber pensado que, al dar mayor flexibilidad o discrecionalidad, favorece la posibilidad de que el órgano que tenga que resolver sea más benévolo cuando aprecie que concurren circunstancias que así lo aconsejen. Sin embargo, olvida la posibilidad de que el órgano que resuelva no tenga como prioridad la resocialización del reo sino el mero retribucionismo, cosa que sucede con frecuencia en algunos Juzgados especializados en ejecutorias penales, donde los asuntos son meros expedientes sin cara ni vida propia y donde, difícilmente, existe la opción de acceder al Juez encargado, siquiera para explicar las particularidades que se dan en tal o cual asunto y que, sin duda con el espíritu del legislador, tendrían mejor solución que la que finalmente tienen, como hemos señalado en otros puntos de este trabajo.

⁴⁴⁴ Urbano Castrillo, E. “La nueva regulación de la suspensión de las penas privativas de libertad”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 7/2015, Aranzadi, Pamplona, 2015.

La ausencia de motivación o la insuficiencia de esta dificultarían al Tribunal *ad quem*, al conocer de un eventual recurso, saber si el Juez o Tribunal *a quo* han obrado correctamente al conceder o denegar la suspensión.

La Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/1995, de 16 de febrero, recordaba que el artículo 92.1 CP de entonces (el de 1973), que hoy sería el artículo 80.1 del de 1995, habla de “resolución motivada” y que la STC 224/92, de 14 de diciembre, “*señala que la motivación deviene en exigencia impuesta por el derecho a la tutela judicial efectiva que no puede faltar en ningún caso –tanto en la concesión como en la denegación del beneficio- sin menoscabo constitucional*”.

La misma Consulta de la FGE dice que, en nuestro ordenamiento, no existe un derecho fundamental a la remisión condicional de la pena. Que el artículo 17 CE no obliga, según la STC 54/86, de 7 de mayo, a los tribunales penales a conceder dicho beneficio, aunque se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 93 CP (hoy 81). Por ello, no es posible, entiende esta consulta, el planteamiento de un recurso de amparo por vulneración de un derecho fundamental en este sentido pero sí lo es por la vía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, si la resolución por la que se deniega la suspensión de la ejecución de la pena careciese de esa motivación (STC 209/93 de 28 de junio).

Vigente la Ley de Condena Condicional, que fue derogada por el CP 1995, el recurso que cabía contra la resolución que se dictase, conforme a la previsión del artículo 6 de la misma, era el que pudiese plantear el Fiscal fundado en error de hecho. De ahí se desprendía que el único legitimado activamente era el Ministerio Público, que podía interponerlo en cualquier tiempo, según decía también el citado artículo 6.

Esa referencia al error de hecho fue matizada por la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1908, entendido como la “*defectuosa observación de los elementos indispensables para suspender el*

cumplimiento de la pena (duración de la pena, ausencia de condenas anteriores,...), no los que pueden ser atendidos o dejar de serlo sin que la letra o el espíritu de la ley se tuerza”.

3.- EFECTO INTERRUPTIVO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA PENA.

La institución de la prescripción de la pena cumple un fin de seguridad jurídica importante e implica una autolimitación o renuncia del Estado al *Ius Puniendi* por el transcurso del tiempo.

Con frecuencia se ha planteado en doctrina y jurisprudencia si la suspensión de la ejecución de la pena tiene virtualidad para interrumpir el plazo de prescripción de esta. Dicho de otro modo, si la pena puede prescribir una vez acordada la suspensión, del mismo modo que lo haría si no se diese inicio a su ejecución.

La mayoría de autores son claramente partidarios de asimilar la suspensión a la misma ejecución y, por tanto, de entender que, una vez concedida la suspensión o iniciada la ejecución, el efecto es el mismo: que la prescripción queda interrumpida. En ese sentido encontramos a Manzares Samaniego⁴⁴⁵ o a Magro Servet⁴⁴⁶.

En sentido contrario se posiciona García San Martín⁴⁴⁷, aunque su respuesta entendemos que sería otra a la vista de la nueva versión del Código Penal, tras la reforma operada por la LO 1/2015.

⁴⁴⁵ Manzares Samaniego, J.L. “La prescripción de las penas y las medidas de seguridad”, Diario La Ley núm. 7.193, 10 de junio de 2009.

⁴⁴⁶ Magro Servet, V. “La prescripción de la pena cuando se ha acordado la suspensión de la ejecución, ¿se interrumpe?”, La Ley Penal núm. 82.

⁴⁴⁷ García San Martín, J. “La interrupción del plazo de suspensión de las penas”, Diario La Ley núm. 8.267, 10 de marzo de 2014.

Las cuestiones que plantea García San Martín ya han sido resueltas con la nueva versión del Código Penal puesto que, por un lado, aclara que se excluye del cómputo del plazo de prescripción de la pena el tiempo de suspensión de la condena ya impuesta. Y, por otro lado, que en aquellos casos en que el reo debe cumplir varias penas privativas de libertad, que se han de cumplir sucesivamente por orden de gravedad, mientras el penado cumple una no computa la prescripción para el resto. Es algo de sentido común puesto que, si no fuese así y al haberse de cumplir primero la de mayor duración, el resto prescribiría con facilidad y, prescrita una, habrían prescrito en cascada todas las posteriores.

Concretamente, es el nuevo apartado 2 del artículo 134 del Código Penal el que establece que el plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso durante el periodo de suspensión de la ejecución de la pena (epígrafe a) y durante el cumplimiento de otras penas cuando resulte aplicable lo dispuesto en el artículo 75.

De otro lado y, con anterioridad a lo que ahora ya prevé el Código, el Tribunal Constitucional ha declarado en numerosas ocasiones que los únicos actos susceptibles de interrumpir la prescripción de la pena son la ejecución de la misma o la suspensión, considerada como una modalidad alternativa de cumplimiento⁴⁴⁸. Ello implica que, desde que se dicta la sentencia condenatoria firme (o se quebranta la condena), comienza a contar el plazo de prescripción de la pena, que solo se verá interrumpido imposibilitando así la extinción de esta por prescripción, en el caso de inicio del cumplimiento o de suspensión.

⁴⁴⁸ STC (Sala 2ª) de 28 de mayo de 2014:

“Los órganos judiciales han sostenido que la suspensión de la ejecución regulada en los artículos 80 y ss. CP constituye una modalidad alternativa a la ejecución material, que durante su vigencia impide que se compute la prescripción de la pena”.

O la más reciente STC (Sala 1ª) 180/2014, de 3 de noviembre, que sigue afirmando:

“Como ya dijimos en la citada STC 81/2014, de 28 de mayo, al fiscalizar la actuación de los órganos judiciales en relación con la prescripción de las penas, el hecho de que se sostenga motivadamente que la suspensión de la ejecución regulada en los arts. 80 y ss. CP constituye una modalidad alternativa a la ejecución material, que durante su vigencia impide que se compute la prescripción de la pena no es contrario al texto constitucional”.

Ni la tramitación de un indulto ni la de un recurso de amparo son, en cambio, causas de interrupción de la prescripción de la pena (SSTC 97/2010, 3811/2012 y 187/2013), porque no producen su suspensión en tanto que alternativa de cumplimiento sino su paralización. En igual sentido, la Consulta 1/2012 de la Fiscalía General del Estado⁴⁴⁹.

De aquí se deriva que, la única suspensión a la que se reconoce por el TC efecto interruptivo de la prescripción de la pena, es a la suspensión de la ejecución de la misma regulada en los artículos 80 a 87 CP y no la que se produce durante la tramitación del indulto o el recurso de amparo.

La interrupción se mantiene mientras el penado cumpla con rigor las condiciones impuestas y, solo cuando incumpliese alguna (o regresase a España el extranjero expulsado en virtud del art. 89 o incumpliese la pena sustitutiva el penado), comenzaría de nuevo a contar el plazo de prescripción de la pena.

Por último, hay que tener presente, además, que las causas de interrupción de la prescripción del delito no son las mismas que las de la pena (STC de 9 de septiembre de 2013 y ATC de 7 de octubre de 2011).

⁴⁴⁹ “No se trata, como en los casos de petición de indulto o de tramitación de un recurso de amparo, de una paralización de toda la actividad judicial ejecutiva, con cese efectivo del ejercicio de esta función jurisdiccional. Se trata, antes bien, de una forma alternativa de cumplimiento que implica, de un lado, la sujeción del penado a concretas obligaciones y reglas de conducta, y supone, de otro, una actividad judicial de vigilancia permanente que obliga incluso a que el Juez o Tribunal encargado de la ejecución deba recabar preceptivamente informes de carácter periódico para comprobar el cumplimiento estricto de las obligaciones impuestas (artículos 83.2 y 87.4)”.

4.- EL PLAZO DE LA SUSPENSIÓN.

4.1.- Periodo o plazo de prueba.

Cuando hablamos de plazo de la suspensión o plazo de prueba nos referimos al plazo durante el cual el Juzgado o Tribunal acuerdan que el reo debe cumplir las condiciones⁴⁵⁰ que le son impuestas al concederle la suspensión: no delinquir de nuevo, como condición común en todo caso y, en la mayoría, otra u otras de las reglas de conducta a que se refieren los artículos 83 y 84 CP.

La Ley de condena condicional de 1908 hablaba del plazo de suspensión y establecía un plazo de tres a seis años en su artículo primero, siendo el mismo que se estableció, posteriormente, en el Código Penal de 1928; el de 1932, en cambio, ya lo rebajaba al actual de dos a cinco años, que se mantuvo en los de 1944 y 1973 hasta llegar al de 1995, que introduce un plazo de duración inferior en penas menos graves, aunque con algunas imprecisiones o carencias que tratamos a continuación. Solo apuntaremos, por ahora, que el plazo general es el de dos a cinco años, pero que en aquellas penas de carácter leve (la localización permanente de un día a tres meses, como única privativa de libertad), es de tres meses a un año y, en los casos de suspensión extraordinaria del artículo 80.5 CP, de tres a cinco años.

El artículo 56a del Código Penal Alemán también establece un plazo de prueba mínimo de dos años y máximo de cinco para la suspensión, por tanto, idéntico al nuestro.

Los plazos son fijados por el legislador en el artículo 81 del Código Penal vigente, que nos obliga a consultar, a su vez, el artículo 33 del texto,

⁴⁵⁰ Es frecuente hablar de condiciones o reglas de conducta, de forma indistinta y por ir mudando dentro de cada texto en pro de evitar reiteraciones que afean el estilo del escrito. Podemos referirnos, pues, a ellas como reglas de conducta, condiciones o también como deberes, obligaciones o prohibiciones, más conforme al nuevo contenido de la regulación sustantiva que amplía el elenco de nombres respecto de la anterior.

pues el primero de ellos utiliza el término “penas leves”, al diferenciar entre dos plazos de suspensión: uno, que oscila entre los dos y los cinco años si se trata de penas privativas de libertad no superiores a dos años; y otro, que oscila entre los tres meses y un año cuando se trate de penas leves, dejando de lado el de la extraordinaria por haber cometido el delito bajo los efectos del alcohol o las drogas. Las penas leves privativas de libertad son la localización permanente de un día a tres meses (art. 33.4.h) y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa que tendrá dicha consideración de leve cuando la tenga la pena a la que sustituya (art. 33.5).

En Italia el plazo de prueba no queda a discreción del Juez o Tribunal, sino fijado de modo exacto por la Ley que, en el artículo 163 del Codice Penale, determina que sea de cinco años para los delitos y de dos para las faltas.

Atendiendo a esta última previsión, la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa tendrá la consideración de pena menos grave cuando sustituya a una multa con dicha consideración que es, conforme al artículo 33.3.j), la de más de tres meses y, sin embargo, no existe previsión respecto de plazo de suspensión para ella, ya que el artículo 81 solo habla de penas privativas de libertad inferiores a dos años o penas leves, pero no de las penas menos graves que no sean privativas de libertad, como es el caso de la multa.

Entendemos que, si se ha de producir una aplicación analógica, no puede ser *in malam partem* equiparando una pena privativa de libertad sustitutiva del impago de una multa que podría ser de poco más de tres meses a la de prisión inferior a dos años, pues no guardaría ninguna proporcionalidad establecer para ambos casos un plazo de suspensión entre los dos y los cinco años, por más que se resolviese de forma proporcional dentro del mismo.

Esta es, en nuestra opinión, una carencia del Código Penal de 1995 que, no habiéndose subsanado en la reforma por LO 1/2015, en todo caso, debería resolverse a favor del reo estableciendo el plazo de suspensión de

las penas leves, esto es entre los tres meses y un año, pues la falta de previsión no puede implicar que se resuelva de forma perjudicial para el reo si se equiparase, como decíamos, una pena privativa de libertad sustitutiva del impago de una multa superior a tres meses a una pena de prisión inferior a dos años.

En sentido contrario se pronuncia Navarro Villanueva⁴⁵¹, que piensa que el plazo de prueba habitual es de dos a cinco años, siendo el de tres meses a un año excepcional para los casos concretos en que se prevé.

Pero, hasta hoy, la determinación del plazo de suspensión es competencia exclusiva del Juzgado o Tribunal que acuerde la misma y no se establecen criterios objetivos para su fijación –más allá de la diferencia que marca el artículo 81 CP- de modo que puede ser fuente de arbitrariedades.

El Código Penal obliga a Jueces y Tribunales a tener en cuenta -ex artículo 80.1 párrafo segundo, al que nos reenvía el artículo 81- a la hora de determinar el plazo de suspensión, las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, siendo interesante remitirnos a la obra de Ayo Fernández⁴⁵², que establece buenos ejemplos de cada criterio, si bien con referencia a la versión del Código anterior a la reforma de 2015.

El anterior artículo 80.2 CP preveía la audiencia de las partes como requisito previo antes de decidir sobre la duración del plazo de suspensión. En ese momento, ya que no existe otra audiencia a las partes prevista, podrían plantearse cuestiones como la de que el reo no tuviese interés en la suspensión de la pena, pues uno de los motivos podría ser precisamente la duración del plazo.

⁴⁵¹ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., pág. 66.

⁴⁵² Ayo Fernández, M. *Las Penas, Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 103.

Pensemos un instante en que, a un condenado que no pagase una pena de multa de 100 días se le sustituiría por una responsabilidad personal de 50 días de privación de libertad. En el otro lado de la balanza, estaría el riesgo de que se aplicase por el Juzgado o Tribunal, con un criterio menos garantista que el que defendemos ante la falta de previsión expresa, un plazo de suspensión entre dos y cinco años, con las inquietudes que ello implica.

Sin embargo, hoy el artículo 82.1 ya establece la audiencia previa a las partes para resolver sobre la suspensión, quedando así aclarado que la referida audiencia no tiene sentido, únicamente, para fijar el plazo sino que es procedente oír a los interesados antes de resolver.

Navarro Villanueva⁴⁵³ critica la imprecisión del legislador a la hora de establecer los criterios con base en los cuales determinar de forma más acotada el plazo de suspensión ya que el margen de la regla general, entre dos y cinco años, es muy amplio y debería aportarse algo más de seguridad jurídica.

Hay que tener claro que si se acuerda la suspensión y se impone un plazo para observar las condiciones establecidas, principalmente no delinquir de nuevo, aunque se interponga recurso contra la resolución que otorga el beneficio, comienza a computar dicho plazo pues dejar en suspenso el cómputo por la existencia de un recurso (que además no tiene efecto suspensivo) supondría alargar el periodo de prueba impuesto al reo. Así lo afirma la STC 251/2005, de 10 de octubre⁴⁵⁴.

⁴⁵³ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., pág. 67.

⁴⁵⁴ *“La propia dinámica de esta modalidad de contraprestación, por la que el titular del ius puniendi se compromete a remitir la pena en la medida en que el penado cumpla la mencionada condición, conduce a concluir que el periodo de prueba a que este último se somete se inicia en el mismo momento en que se notifica la resolución por la que se concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Carecería, en efecto, de sentido dilatar sine die dicho inicio a la espera de la resolución de eventuales recursos contra tal decisión por dos principales razones: en primer lugar, porque ello supondría, en este caso concreto, añadir a los dos años de “prueba” preestablecidos el periodo adicional de año y medio que medió entre la conclusión de dicho plazo y la tardía resolución del recurso de apelación presentado contra el Auto de concesión de la suspensión, con la consecuencia de que durante todo ese tiempo se estaría requiriendo del penado que no*

A confirmar esta tesis jurisprudencial ha venido la nueva regulación tras la LO 1/2015, que aclara que el periodo de prueba comienza a contar desde la fecha de la resolución que acuerda la suspensión (así lo recoge el artículo 82.2 CP), lo cual es una clara garantía para el reo que, con la anterior regulación, llegaba a soportar periodos de prueba muy superiores. Si a esta reformulación le sumamos el mandato de que se resuelva en sentencia siempre que sea posible, tenemos una nueva versión bastante mejor que la existente que soluciona un problema recurrente cual es que, en muchísimas ocasiones, se tardaba varios años en resolver sobre la suspensión (obviamente ya no en la sentencia) y, después, viene (ahora, afortunadamente podemos decir “venía”) un periodo de espera hasta la firmeza, para poder iniciar el cómputo del plazo sin lugar a dudas interpretativas.

Ahora bien, la STC 97/2010 entiende que es, desde la notificación personal al penado⁴⁵⁵ de la concesión del beneficio, cuando se comienza el cómputo del cumplimiento de la pena, si bien hay que observar que la

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

“De seguirse el criterio enunciado en los Autos recurridos en el sentido de que la presentación de un recurso de apelación contra los mismos suponía su ausencia de firmeza y, en consecuencia, una situación equivalente a que el beneficio en cuestión no se hubiera comenzado a disfrutar, estaríamos ante un supuesto de hecho en el que el penado no solo vería retrasado sine die el disfrute de la medida de suspensión condicional de la pena inicialmente concedida, sino también la extinción de dicha pena y, en consecuencia, su derecho a reclamar, en su momento, la cancelación del correspondiente antecedente penal. Sería, en definitiva, como si lo que en un principio se presenta como un beneficio para el condenado a pena corta privativa de libertad redundara finalmente en un claro perjuicio, derivado de su sometimiento a un periodo de tiempo más o menos largo y, en cualquier caso, indefinido antes de que pudiera comenzar a cumplir la condición impuesta y, con ello, a activar el cómputo del plazo previsto para que, una vez cumplida dicha pena, pudiera optar a la cancelación de tal antecedente penal. Lo que, lejos de favorecer su rehabilitación y reinserción social, retardaría indebidamente tal efecto”.

⁴⁵⁵ *“De esta forma, haciendo una aplicación estricta del artículo 134 del Código Penal, la suspensión de la ejecución de la pena supone, desde su notificación personal al penado – como acto de comunicación que asegura el conocimiento de las obligaciones y reglas de conducta que han sido concretamente impuestas–, el inicio del cumplimiento, en forma sustitutiva, de la condena inicial”.*

sentencia es anterior a la reforma de 2015 y, desde la misma, solo podrá ser perjudicial al penado el retraso que se deba a su rebeldía pero no el que sea imputable a la Administración de Justicia. Así lo estima también Gómez-Escolar Mazuela⁴⁵⁶.

Con la anterior regulación, se daban -y continúan dándose para los procedimientos en tramitación- casos en los que, por poner un ejemplo concreto en que tuvimos personal implicación como letrado, una sentencia dictada en julio de 2012 por la Audiencia Provincial de Valencia resolviendo un recurso de apelación contra la de primera instancia, fuese declarada firme en noviembre de ese mismo año por el Juzgado, pasase a un Juzgado especializado en ejecutorias y sólo se resolviese tres años después. De modo que el reo estuvo, en realidad, en un plazo de prueba indeterminado, ya que si hubiese cometido un nuevo delito aún sin haberse iniciado aquél, es obvio que sería tenido en cuenta a la hora de concederse o denegarse el beneficio, teniendo en cuenta lo que disponía entonces el artículo 80.1 CP (conducta posterior al hecho).

Creemos, pues, que la suspensión debería resolverse, en todo caso, en la propia sentencia de forma que fuese el mismo Juez o Tribunal que dicta aquella y conoce tanto al reo como sus circunstancias y las del delito, quien adopte tan importante decisión pero, sobre todo, porque no es aceptable que el periodo de prueba y la indefinición de si una persona tiene que entrar en prisión se postergue injustificadamente durante años, como viene siendo práctica habitual por la falta de medios que padece la Administración de Justicia. Parece una cuestión hipócrita que exista una atenuante de dilaciones indebidas para resarcir al acusado del tiempo que ha tenido que esperar para ser juzgado, con el consiguiente desasosiego vital que ello implica para casi cualquier persona, y, en cambio, una vez dictada la sentencia, no parezca importar a nadie esta cuestión y se mantenga en vilo al penado durante años para decirle si va a entrar en prisión o no. En el caso de la espera del juicio, al menos tiene la esperanza de resultar absuelto,

⁴⁵⁶ Gómez-Escolar Mazuela, P. “Cinco cuestiones sobre la nueva suspensión-sustitución de las penas privativas de libertad”, Diario La Ley, nº 8.688, 2016.

mientras que aquí ya tiene una condena, de modo que todavía puede ser más angustioso.

Sin embargo, la práctica pasa porque cada vez más son juzgados especializados en ejecuciones, distintos de los que dictaron la sentencia condenatoria, quienes deciden acerca de la suspensión. Ello no debe impedir que resuelvan con presteza, máxime eliminada la espera a la liquidación de la responsabilidad civil desde la modificación que permite que sea suficiente el compromiso del reo en los términos que determina el actual artículo 80.2.3ª CP.

4.2.- Momento a partir del que comienza el cómputo de la suspensión.

Este momento es aquel en que se dicta la resolución que la acuerda (art. 82.2 CP) y, si fuese en la sentencia, el momento en que esta deviene firme.

La nueva previsión, incorporada por la LO 1/2015, no deja de ser ambigua y puede dar lugar, a nuestro juicio a dos interpretaciones. La primera, que nos parece más beneficiosa para el reo, que el cómputo se inicie por el simple dictado de la sentencia o auto que concede el beneficio; la segunda, que en realidad es la más aceptada por Juzgados y Tribunales, que el plazo comience una vez notificada la suspensión al penado, aunque retro trayendo dicho cómputo a la fecha de la firmeza de la resolución.

No ocultamos, sin embargo, que más garantista nos parece que el plazo comenzase a contar desde la fecha de la sentencia que la acuerde y no desde su firmeza, si bien condicionada a esta última. Es decir, que una vez se declarase la firmeza de la sentencia, se retrotraiga el cómputo, en beneficio del reo, a la fecha en que se dictó la misma. Creemos que es más razonable, pues lo contrario implica que el reo queda dependiendo no solo de su buen comportamiento, sino de la mayor o menor rapidez con que declare la firmeza el órgano correspondiente e incluso de recursos que no hayan sido planteados por el mismo, ya que no se distingue entre firmeza del pronunciamiento que le afecte y bien podrían existir varios condenados

y no todos decidir recurrir el fallo. Pensemos que puede que la firmeza dependa de algo tan importante como un recurso, pero puede afectar también a dicha declaración la simple solicitud de aclaración, rectificación o complemento, aunque no se recurra la sentencia y, en ocasiones y dependiendo de órganos jurisdiccionales, esas incidencias tardan meses en resolverse.

A nuestro juicio, el reo está sometido a prueba -y creemos que siempre lo ha estado- desde que se inicia un proceso contra él y ello porque cualquier hecho delictivo que le pueda ser imputado va a jugar en su contra, siquiera sea por la vía de considerar la peligrosidad criminal del mismo y su inclinación a delinquir. A nadie debe escapar que, dictada sentencia condenatoria, el reo está sometido a prueba y bajo vigilancia, de modo que, si cometiese un delito, jugaría en su contra dentro de la facultad discrecional que el Juez o Tribunal tienen para conceder la suspensión, salvo que no fuera conocido y el reo mantuviese silencio al respecto, como toda prudencia indicaría que hiciese.

Por ello, cuanto antes se declare que comienza el cómputo del plazo de prueba, entendemos que se hace más justicia, pues lo contrario supone alargar el mismo y convertirlo en superior al verdaderamente determinado e incluso permitido por la Ley.

Sin embargo, la dilación en resolver sobre la suspensión ha sido tónica general en Juzgados y Tribunales, siendo la excepción resolver sobre ella en sentencia, postergándose incluso durante años dicha decisión en perjuicio del reo. Baste pensar que la cancelación de antecedentes penales es una cuestión de orden público y un derecho de todo penado que no puede ser dilatado injustificadamente. Sin embargo, si se acuerda la suspensión, dicha cancelación de antecedentes no puede tener lugar en tanto no se produzca la remisión definitiva de la pena (art. 136.2 CP), que a su vez no tiene lugar si el plazo de prueba no se ha superado.

Por tanto, es una cuestión clave que se acuerde, bien la concesión del beneficio de suspensión y, así y conforme al nuevo art. 82.2, el inicio del

cómputo del plazo de suspensión, bien la denegación que implicará el ingreso en prisión, porque en ambos casos el reo podrá cancelar sus antecedentes penales llegado el momento y sin más dilaciones achacables a terceros. En cambio, mientras no se acuerda ni la concesión ni la denegación, el reo está en un limbo judicial e impedido de dicha cancelación de antecedentes, cuestión que supone una pena añadida y la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de forma directa, y a la libertad, de forma indirecta.

Por último, resta decir que, si el penado se encontrase en rebeldía, no se computará como plazo de suspensión aquel en que se hubiera mantenido en dicha situación. Aunque debe tomarse con prudencia esta cuestión y considerar caso por caso para ver si, en verdad, ha existido rebeldía u otras circunstancias que hayan mantenido al penado incomunicado con el órgano jurisdiccional, especialmente teniendo en cuenta que existe un representante procesal y que, en tanto no haya una orden de ingreso en prisión, la libertad deambulatoria del condenado no está impedida.

La rebeldía, en este supuesto en que lo que se pretende es la notificación personal del auto concediendo la suspensión, juega un papel importante en perjuicio del reo porque, imaginemos, se dicta un auto concediendo el beneficio y se le intenta notificar al penado mediante la búsqueda de distintos domicilios en las bases de que dispone la Administración de Justicia que, dicho sea de paso, no son excesivamente actualizadas y, a veces, manejan datos con más de un año de desfase. Una deficiente información podría impedir conocer el domicilio del penado y hacer que se terminase declarando al mismo en rebeldía. De este modo, no comenzará el cómputo del plazo hasta que se le halle, aunque otra opción más beneficiosa y acorde con el tenor literal será que comience desde la firmeza de la resolución de concesión y se descuenta el periodo pasado en rebeldía. Pero, en cualquier caso, por una mala información, puede alargarse este periodo de prueba para el reo.

Si no se llega a declarar la rebeldía, cuando el penado sea hallado, por ejemplo tratando de averiguar en ese tiempo nuevos domicilios más actualizados, se le notificará el auto de suspensión, pero el cómputo se

retrotraerá al momento en que fue dictado, de tal modo que es más beneficioso porque, tal vez, puede incluso haber pasado el plazo de prueba y proceder ya la remisión condicional.

Pero, por buscar fallos a la regulación actual, si el momento en que debe iniciarse el cómputo es el de la firmeza de la resolución y no el de la fecha de la misma, en verdad tampoco será firme el auto hasta que sea notificado a todas las partes, reo incluido y, por tanto, el plazo no comenzará a contar hasta que transcurran los cinco días que el condenado tiene para recurrir en apelación el mismo. Por consiguiente, varias son las posibles situaciones y problemas a que puede dar lugar el tenor actual que, tratando de ser claro, no lo llega a ser tanto.

En nuestra opinión, si el penado ha sido juzgado y ha estado presente, debe seguir operando la presunción de que está a disposición del Juzgado o Tribunal y comenzar a contar el plazo de prueba a todos los efectos, porque lo contrario –por una mera notificación de algo que le es beneficioso, en principio- le acarrea más males que bienes. Es decir, por no restarle la posibilidad de recurrir el auto que acuerda que no ingrese en prisión, resulta que se le puede alargar enormemente el periodo de suspensión y, con él, la posibilidad de cumplir no solo una nueva pena sino esta que se le suspendió.

En la práctica, para notificar al reo la resolución que concede la suspensión, es habitual que si no se le encuentra, el Juzgado o Tribunal le declare en rebeldía y dicte una orden de busca contra él para que sea conducido a presencia judicial, simplemente para ser notificado.

5.- SOBRE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CENTRAL DE PENADOS Y REBELDES.

De la suspensión de la ejecución de la pena se tomaba anotación en una sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes.

Aunque la vigente versión del Código no dice nada al respecto, la Ley Orgánica de 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal de 1995 y se deroga el anterior de 1973, entró en vigor el 1 de mayo de 1996. En su artículo 82 se establecía que *“si el Juez o Tribunal acordara la suspensión de la pena, la inscripción de la pena suspendida se llevará a cabo en una Sección especial, separada y reservada de dicho Registro, a la que sólo podrán pedir antecedentes los Jueces y Tribunales”*.

Asimismo, su artículo 85.2 disponía que *“transcurrido el plazo de la suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena, ordenando la cancelación de la inscripción hecha en la Sección especial del Registro Central de Penados. Este antecedente penal no se tendrá en cuenta a ningún efecto”*.

Posteriormente fue dictada la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y entró en vigor el 1 de octubre de 2004. Dentro de las modificaciones realizadas con respecto al CP anterior, se encuentra la de los artículos 82 y 85, por los que se deroga la Sección Especial, sin perjuicio de la permanencia en la misma de las anotaciones ya existentes y la nueva inclusión, conforme a lo dictado por Jueces y Tribunales en las sentencias condenatorias dictadas en fecha posterior a la entrada de esta reforma de 2003, para aquellos delitos que se hubieran cometido entre el 1 de mayo de 1996 y el 1 de octubre de 2004.

En este contexto, aunque la Sección Especial se encuentra formalmente derogada por Ley, su función sigue vigente, ya que, conforme

a la finalidad que debía tener, la información contenida en ella sigue reservada a Jueces y Tribunales. Debido al retraso en la tramitación de asuntos que sufren nuestros Juzgados y Tribunales, a día de hoy nos encontramos sentencias condenatorias, que atendiendo a la fecha de comisión de los delitos Juzgados, recogen en sus fallos la inscripción en la Sección Especial de las penas privativas de libertad suspendidas, anotaciones éstas que ya solo puede realizar directamente el Registro Central de Penados y Rebeldes.

Asimismo, es también un momento importante la cancelación de la inscripción realizada en la Sección especial, que se produce cuando el Juzgado o Tribunal acuerda la Remisión definitiva de la suspensión de la pena y que, con motivo de la inscripción en la Sección especial, ha de cancelarse, conforme a lo dispuesto en el derogado artículo 85.2 del CP.

Con respecto a las funciones que cumple, señalar que son las mismas que para las que fue concebida la Sección Especial: evitar el perjuicio que suponía para el condenado la trascendencia pública, a través del Registro Central de Penados y Rebeldes, de la pena cuya ejecución ha sido suspendida.

Sobre la función del Registro, el manual del Servicio Común de Ejecución de la Oficina Judicial ⁴⁵⁷ dice:

“Las sentencias firmes condenatorias por delito y absolutorias con medidas de seguridad se deben anotar en el Registro Central de Penados dependiente del Ministerio de justicia, anotación que se realiza en la UPAD con validación final del Secretario Judicial. Este registro se crea a los efectos de que cualquier Juzgado y en cualquier momento, siempre que necesite saber las condenas que se han impuesto a una persona que ha sido puesto a disposición judicial,

⁴⁵⁷ Ministerio de Justicia. *Manual Servicio Común de Ejecución. Oficina judicial*, Secretaría de Estado de Justicia, Agosto de 2013, pág. 134.

pueda acceder de forma telemática al mismo para adquirir los datos que precise en este sentido. El SCEJ será quien vaya actualizando dicha nota de condena (practicando las anotaciones relativas a la ejecución, suspensiones, sustituciones etc.) hasta la extinción de las penas”.

Lo que no dice es que las condenas suspendidas no se anotan –o anotaban- en el Registro General sino en una Sección Especial, de acceso más restringido.

Si se acuerda la suspensión, la anterior versión del artículo 82 del Código Penal de 1995, en su versión vigente desde su promulgación hasta el 30 de septiembre de 2004, disponía que el Juzgado o Tribunal debía remitir al Registro Central de Penados y Rebeldes el acuerdo de suspensión para su inscripción en una sección especial, separada y reservada de dicho Registro, a la que solo podrán pedir antecedentes los Jueces y Tribunales. La versión actual, sin embargo, no contiene las referencias a dicha comunicación al Registro Central de Penados y Rebeldes.

La práctica consiste en aguardar hasta que el Juzgado encargado de la ejecución resuelve sobre la concesión o no del beneficio. Si no la concede, se ordena la anotación en el Registro con carácter ordinario y a la vista de quien consulte los antecedentes penales del reo; si se concede, se inscribe en una Sección Especial, a la que solo tienen acceso los Jueces y Tribunales. Pero no se produce una anotación antes de resolver sobre la suspensión.

La demora en la anotación de la suspensión en dicha Sección Especial, cuando existía, junto a los problemas que ello conllevaba, fue quizá causa de su desaparición pues, al no poder anotarse hasta que se resolvía sobre la suspensión, ora en sentido favorable en la Sección Especial, ora en sentido desfavorable en la general, conllevaba que en tanto no se decidiese sobre la suspensión, lo cual podía llevar incluso años en tanto se aclaraba la cuestión de la responsabilidad civil y posible insolvencia del reo, se daban casos en que un mismo individuo había cometido varios delitos sucesivos en el tiempo, había sido condenado y no constaban antecedentes penales del mismo, porque en todos ellos se estaba pendiente de resolver sobre la

suspensión. Y ello daba lugar también a que se concediese la suspensión aun no siendo delincuente primerizo por la referida tardanza, sin que a posteriori se pudiese revocar el beneficio por no ser causa prevista para ello. Con todo esto tuvieron que enfrentarse Jueces, Tribunales y fiscales y, muy posiblemente, contribuyó a la desaparición de la Sección Especial.

Lo cierto es que, de suspenderse la ejecución de la pena, no se anota en el referido registro y ello da lugar a que se produzca una discriminación en el caso de que se suspenda una ejecución derivada del artículo 53 CP, por imposición de responsabilidad personal subsidiaria ante el impago de multa. En el caso de quien pagó, el antecedente se inscribe, mientras que en el caso de quien no pagó y se le impuso la responsabilidad personal de prisión (dos cuotas de multa por cada día de prisión) y se le suspendió esta, no constará antecedente, en principio, aunque es posible que se haya inscrito ya al habersele impuesto la condena de multa puesto que la suspensión puede decidirse de forma rápida o tardar bastante, en función de la carga de trabajo del Juzgado o Tribunal y de si es el mismo que dictó la sentencia o alguno de los especializados en ejecutorias.

Las consultas al Registro, que pueden hacer como decimos Jueces y Tribunales con carácter exclusivo, tienen lugar en diferentes momentos pero, en lo tocante a la suspensión, se recaba la hoja histórico penal al tiempo de resolver, para ver los antecedentes y ya no suele volver a verse hasta el final del periodo de prueba, es decir, no se suele ir revisando por el órgano encargado de la ejecución mientras no existan incidencias conocidas.

Sin embargo, el Registro Central comunicará al Juzgado o Tribunal que hubiese acordado la suspensión, cualquier posible anotación por parte de otro órgano distinto y, del mismo modo, también es frecuente que este órgano comunique dicha anotación al encargado de la ejecución que acordó la suspensión. Eso supone que este último va a recibir una alerta por una o ambas vías, el Registro y el nuevo Juzgado o Tribunal que dicte nueva sentencia condenatoria contra el penado durante el plazo de prueba.

En la hoja histórico penal no solo puede hacer anotaciones el propio Registro sino también, por vía telemática, el órgano judicial que haya dictado sentencia, suspendido una ejecución de pena o sustituido la misma.

CAPÍTULO IV.- RECURSOS CONTRA LA RESOLUCIÓN ACERCA DE LA SUSPENSIÓN.

1.- RÉGIMEN DE RECURSOS.

La suspensión de la ejecución de la pena, a pesar de que se cumplan los requisitos necesarios para su concesión, es siempre una facultad discrecional del Juez o Tribunal de tal modo que, en muchas ocasiones aun cumpliéndose dichos requisitos, es posible que el órgano competente no la conceda. Contra el Auto (o la Sentencia) que la deniegue, caben los recursos que se indican a continuación, pero al tratarse de una facultad del órgano y tener carácter discrecional, las posibilidades del Tribunal *ad quem* al resolver el recurso se ven limitadas a la comprobación de que el ejercicio de la potestad discrecional no se ha convertido en arbitrariedad. Así lo indica, entre otros muchos, el AAP de Burgos (Sección 1ª), de 15 de febrero de 2010⁴⁵⁸.

Coincidimos con Navarro Villanueva⁴⁵⁹ en la necesidad de que se introduzca por el legislador una regulación en el régimen de recursos que sea más clarificadora y propia para la suspensión, ya que prácticamente no existe normativa y se echa en falta concreción, si bien en la actualidad parece haberse despejado la duda sobre las garantías de audiencia y contradicción, persiste la de los recursos que caben en cada caso, pues no es

⁴⁵⁸ “Si bien, existen posiciones doctrinales y jurisprudenciales que se inclinan por negar la viabilidad del recurso frente a resoluciones judiciales (dictadas en fase de ejecución y atinente, por tanto, al cumplimiento efectivo de la pena impuesta) denegatorias de la aplicación de institutos o medidas cuya concesión no es preceptiva sino facultad libre del Juez, entiende la Sala que es razón que abona la procedencia del recurso la del obligado respeto a la interdicción de toda arbitrariedad por parte de los poderes públicos consagrada en nuestro texto Constitucional. Tal respeto comporta que de la misma manera que el ordenamiento jurídico articula a través de los recursos la proscripción de la arbitrariedad, posibilitando la revisión del “factum” y de la correcta aplicación del Derecho en todos los supuestos en los que el Juez o Tribunal actúa bajo mandato legal estricto es decir, sin ejercer arbitrio alguno, aquellos deben ser también los instrumentos idóneos para que la parte pueda alegar ante el Tribunal a quem que, en el caso concreto, el Juez a quo no ha ejercido el arbitrio sino que ha incurrido en arbitrariedad”.

⁴⁵⁹ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., pág. 87.

suficiente tener que acudir al régimen general de la LECrim por los problemas que se suscitan en la suspensión y sustitución.

La resolución que concede o deniega la suspensión puede revestir la forma de auto o de sentencia como hemos visto con anterioridad. Sin embargo, la diferencia entre uno y otra tiene consecuencias sustanciales pues, como sabemos, contra la sentencia cabrá recurso de apelación si fue dictada por el Juzgado de lo Penal en primera instancia o puede caber el de casación si lo fue por la Audiencia Provincial en primera o única instancia (siendo este ya un recurso extraordinario y no propiamente una segunda instancia, pues sus motivos son tasados) o cabrá apelación ante la Sala de lo Penal del TSJ correspondiente si fue dictada en una causa ante el Tribunal del Jurado. Contra el auto cabrá reforma y apelación, cada uno con sus plazos.

Solo el recurso de apelación contra la sentencia tendrá efecto suspensivo⁴⁶⁰. Si el auto lo dictó el Juzgado de lo Penal, reforma y apelación o directamente el segundo, con posibilidad de plantear ambos de forma subsidiaria; si lo dictó la Audiencia Provincial, solo cabe súplica ante la misma, habiendo negado el Tribunal Supremo la posibilidad de recurrir dichos autos en casación (SSTS de 25 de marzo de 2002, 16 de octubre de 2000 y 19 de julio de 1999), ante la falta de previsión legal. Ahora bien, esa diferencia no debería suponer una desigualdad porque un condenado dispusiese de mayores opciones que otro. Si la resolución que se adopte careciese de motivación, conforme es entendida por el Tribunal Constitucional, ello podría ser objeto de un recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24CE.

La Ley de Condena Condicional de 1908 preveía varios recursos: uno que podía formular el Fiscal, fundado en error de hecho (art. 6), otro que podía formular el propio interesado en caso de que se dejase sin efecto la condena condicional por su incomparecencia a la audiencia pública en que

⁴⁶⁰ Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Navarra, 2011, pág. 125.

debía notificársele la misma (art. 8) y otro igual que el anterior que podía formular el interesado en caso de revocación de la condena condicional por no haber comunicado un cambio de domicilio (art. 10).

El Código Penal de 1928 no hablaba de recurso alguno aunque estaba vigente la Ley de Condena Condicional y, por tanto, los recursos antes citados.

El Código Penal de 1932 ya introdujo en su artículo 98 el recurso de casación, que se mantuvo en los Códigos de 1944 y 1973 (art. 95).

Sin embargo, el actual Código Penal de 1995 no contiene una sola referencia a recursos, debiendo entenderse que las resoluciones que se dicten quedan sujetas al régimen ordinario establecido en la LECrim y LOPJ.

En la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1971 se destacaba ya la insuficiencia en materia de recursos y la necesidad de una reforma que los regulase. No obstante ello, muchos años después la Consulta 1/1995, de 16 de febrero, de la Fiscalía General del Estado sentó criterios para el Ministerio Público ante dichas carencias. Entre otros, se entendía factible el recurso de amparo en toda resolución respecto de la condena condicional siempre y cuando se hubiese agotado la vía judicial ordinaria y se apreciase infringido alguno de los derechos fundamentales que dan lugar al amparo.

La consulta aclaraba, empero, la imposibilidad del Tribunal Constitucional de entrar en el fondo de un recurso sobre condena condicional puesto que no existe en nuestra Carta Magna un derecho fundamental a la remisión condicional de la pena y no cabe su invocación por la vía del derecho a la libertad del artículo 17 pues la STC 54/86 ya dejó claro que el referido artículo *“no obliga a los Tribunales penales a conceder dicho beneficio aunque se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 93 del Código Penal”* (hoy es el artículo 81CP).

Sobre el recurso contra el auto que otorga o deniega la condena condicional, la Ley de 1908 no era clara. Pero, tras decirnos que, tradicionalmente, se entendió que cabía también el recurso frente al auto denegatorio, la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1908, terminaba concluyendo que no cabía recurso, sino ciñéndose estrictamente a la interpretación literal de la Ley de Condena Condicional, es decir, que cabía frente a los autos que concedían la condena condicional y únicamente basándose en error de hecho. Para la Fiscalía, cualquier argumento en contrario era demasiado rebuscado, teniendo en cuenta que si la concesión era discrecional, no tenía sentido que después pudiese revisarse.

Atendiendo a dicha postura, el recurso que entendía procedente la Fiscalía era el de reforma y ulterior queja si estamos ante la decisión del Juez de lo penal o el de súplica si estábamos ante la decisión de un Tribunal.

Sobre su plazo, podrían ser interpuestos en cualquier momento conforme prevé el artículo 6 de la Ley de 1908, estando legitimado únicamente el Ministerio Fiscal.

Cuando el otorgamiento procedía por ministerio de la Ley, cabía recurso de casación, tanto si era denegatoria como favorable (art. 95 CP de 1973), pero hoy no consta dicha remisión en el Código de 1995.

Una cuestión de importancia sobre la casación es la duda que ya planteaba la Consulta 1/1995 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, puesto que la ley fue concebida en un tiempo en que solo las Audiencias Provinciales dictaban sentencias por delito pero, al poder hacerlo también los Juzgados de lo Penal, la cuestión cambia.

Así, cuando sea una Audiencia la que dicte la resolución, no hay discusión sobre la casación, que cabe ante el Tribunal Supremo. Pero cuando se trata de un Juzgado, la Consulta habla de varias posibilidades planteadas por la doctrina, como son:

a) la necesidad de no ceñirse a la interpretación literal sino adaptarla al momento, entendiendo que caben los recursos que la ley prevé contra los autos del Juez de lo Penal: reforma y ulterior queja (art. 787 LECrim).

b) la de caber apelación directa al igual que contra la sentencia, con apoyo en la STS de 5 de diciembre de 1990.

c) la conjugación de ambas: apelación ante la Audiencia y posterior casación ante el Tribunal Supremo.

d) la introducción de una casación *per saltum* para los casos en que la resolución hubiese sido dictada por el Juzgado de lo Penal. De este modo, tanto las resoluciones de la Audiencia como las de aquél tendrían acceso a la casación directamente.

La Consulta se decantaba por la postura b), de modo que si se tratase de un auto del Juzgado de lo Penal, cabría apelación; cabría casación cuando se tratase de auto dictado por la Audiencia Provincial y no cabría recurso si se tratase de un auto dictado por el Tribunal Supremo, por no caber tampoco este contra la sentencia que el mismo dictase. En síntesis, reconoce al auto las mismas posibilidades de recurso que a la sentencia, en cada caso.

A abonar la tesis de que la casación no cabe frente a la resolución denegatoria (o revocatoria) de la suspensión contribuyen las SSTS 208/200 de 18 de febrero; 56/2001, de 26 de enero; y 1597/2000, de 16 de octubre, entre otras. Del lado de la doctrina, Mapelli Caffarena⁴⁶¹.

Para Navarro Villanueva⁴⁶², dado el vacío legal en esta materia se ha de estar al régimen normal de recursos previstos en la LECrim. De tal modo que, si la decisión acerca de la suspensión condicional se contiene en la

⁴⁶¹ Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit.

⁴⁶² Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., pág. 84.

propia sentencia de condena, será posible la interposición de todos aquellos recursos que prevea la Ley respecto a aquella.

De todas formas, en los supuestos en que la resolución sobre el beneficio analizado se incluye en la sentencia, la decisión sobre la suspensión sería recurrible de forma autónoma respecto de los restantes pronunciamientos contenidos en la propia sentencia, también en opinión de la autora.

Si se trata en cambio de un auto dictado por el Juzgado de lo Penal, disintiendo de lo que opina Navarro (que –seguramente por error- cita el artículo 787 LECrim, dedicado a la sentencia de conformidad y no a los recursos posibles contra autos) el recurso posible es el de reforma, reforma y subsidiario de apelación o, directamente al tratarse de un auto, el de apelación, conforme permite el artículo 766 LECrim. Si el auto lo dictase la Audiencia Provincial, el único recurso que cabrá es el de súplica ante la misma (art. 236 LECrim) ya que no se prevé otro, ni siquiera el de casación (STS de 27 de abril de 1998), al no ser aplicable a este supuesto el derecho a la doble instancia penal. En ese sentido, podemos citar, como ejemplo conocido, el AAP de las Islas Baleares (Sección 1ª), de 10 de diciembre de 2013, en el famoso caso Palma Arena, donde se desestima el recurso de súplica planteado ante la AP contra el Auto de la misma que denegó la suspensión de una pena de prisión de 9 meses y 1 día contra el entonces ex presidente de la Comunidad Autónoma Balear que había sido Juzgado por la propia Audiencia.

Si se trata de auto dictado por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, cabrá recurso de apelación [art. 846.bis a) LECrim] ante el TSJ.

Si se hubiese producido una modificación legal que permita la concesión del beneficio en un supuesto en que se denegó conforme a la norma derogada, podría formularse recurso de revisión penal (art. 954 LECrim).

La estimación de un recurso de amparo implica el restablecimiento del recurrente en los derechos fundamentales que le hubieren sido conculcados, pero no puede alcanzar a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión que hubiere sido planteada al Juzgado o Tribunal que dictó la resolución que se entiende irrespetuosa con el derecho fundamental en cuestión. En el caso de la suspensión o sustitución de penas, ello implica que el Tribunal Constitucional nunca podrá pronunciarse sobre la concesión o no de la misma, como así se dice, entre otras en la STC de 15 de noviembre de 2004.

Antes de acudir a la formulación de un recurso de amparo es sabido que se han de agotar todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial (art. 44.1.a LOTC).

La STC de 16 de abril de 2007⁴⁶³ hace una interpretación garantista del precepto, admitiendo a trámite un recurso en un supuesto en que, habiéndose resuelto sobre la suspensión de la ejecución de la pena sin solicitud de parte y sin audiencia de los reos ni sus defensas, sin embargo no se había solicitado la nulidad de las actuaciones por este motivo antes de acudir al amparo constitucional.

⁴⁶³ “Dicha causa de inadmisión debe ser rechazada, pues, con arreglo a la doctrina de este Tribunal, al analizar el requisito del agotamiento de la vía judicial previa nuestro control se debe limitar a examinar si el mencionado recurso era razonablemente exigible, lo que se traduce en que el presupuesto procesal de agotar la vía previa no puede configurarse como la necesidad de interponer cuantos recursos fueren imaginables, bastando para dar por cumplido este requisito con la utilización de los que «razonablemente puedan ser considerados como pertinentes sin necesidad de complejos análisis jurídicos» (entre otras, SSTC 114/1992, de 14 de septiembre, F. 2, 51/2000, de 28 de febrero, F. 2, y 137/2004, de 13 de septiembre, F. 2). En otras palabras, «todos los recursos utilizables» ex art. 44.1.a LOTC no son la totalidad de los posibles o imaginables, sino únicamente aquellos que puedan ser conocidos y ejercitables por los litigantes sin necesidad de superar unas dificultades interpretativas mayores de lo exigible razonablemente, esto es, solo han de ser utilizados aquellos cuya procedencia se desprenda de modo claro y terminante del tenor de las previsiones legales, y además que, dada su naturaleza y finalidad, sean adecuados para reparar la lesión presuntamente sufrida (SSTC 169/1999, de 27 de septiembre, F. 3; 178/2000, de 26 de junio, F. 3; 101/2001, de 7 de mayo, F. 1; y 57/2003, de 24 de marzo, F. 2)”.

2.- EFECTOS DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO.

La Ley, una vez más, guarda silencio al respecto. Para Navarro Villanueva⁴⁶⁴, si se trata de resolución que acuerde conceder el beneficio, el recurso que se formule ha de admitirse en un solo efecto, mientras que se habría de admitir en dos cuando fuese contra resolución denegatoria de la condena condicional.

Lo que dice la Ley (arts. 217 y 223 LECrim), sin embargo, es que no tendrá efecto suspensivo si no se dispone expresamente. Por tanto, de no decirlo así la Ley, no es posible la suspensión, ni en caso de concesión ni en caso de denegación del beneficio, ya que no se dice nada en la LECrim sobre la suspensión de la ejecución de la pena.

La STC 251/2005 de 10 de octubre, resuelve un interesante supuesto donde el recurso del Ministerio Fiscal contra el auto que concedió la suspensión, dictada sin efecto suspensivo, produjo una importante confusión al Juzgado de lo Penal encargado de la ejecución. Al no tener dicho efecto, la suspensión acordada comenzó a operar y se dio la circunstancia de que la Audiencia Provincial no resolvió el recurso del Ministerio Público hasta varios años después, haciéndolo entonces en el sentido de estimarlo. Cuando se conoció el fallo del recurso ya había transcurrido el tiempo de cumplimiento de la pena aunque, sin embargo, la Juzgadora penal decretó el ingreso en prisión del reo, que luego corrigió el Tribunal Constitucional. La conclusión es que, careciendo el recurso planteado por el Fiscal de efecto suspensivo, comenzó a ejecutarse la sentencia de modo que, cuando se vino a estimar el recurso, ya había sido cumplida -aún sin ingreso en prisión-, puesto que se había acordado la suspensión.

El TC deja claro que, desde que se le notificó al reo la suspensión de la ejecución de la pena, comenzó a cumplir la misma. Dicho de otro modo, concedida la suspensión, comienza a contar el plazo establecido en la misma para que no delinca y, a pesar de que se recurra la suspensión, al no tener efecto suspensivo dicho recurso, sigue computando dicho plazo de tal modo

⁴⁶⁴ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., pág. 86.

que, si llega a transcurrir, ya carece de sentido una resolución del recurso de apelación en el sentido que fuere, porque el reo ha cumplido la pena que le fue impuesta, por más que no haya llegado a ingresar en prisión al haberse suspendido inicialmente. Cualquier resolución del Juzgado diferente de la remisión definitiva era extemporánea en aquel entonces, como vino a reconocer el TC⁴⁶⁵.

Por tanto, podemos concluir como lo hace la STC 251/2005 de 10 de octubre, diciendo que un eventual recurso interpuesto contra la resolución que otorgue la suspensión no tiene carácter suspensivo ni interrumpe, por tanto, el cómputo del plazo de suspensión establecido porque, de no ser así, supondría alargar *sine die* y en perjuicio del reo el tiempo de prueba establecido.

No hay que olvidar la gran cantidad de recursos de amparo que se interponen contra las resoluciones denegatorias de la concesión del beneficio. En dichos casos, por la especial configuración del recurso, fuera de la esfera de los ordinarios y extraordinarios previstos en la LECrim, la suspensión sí tiene una clara razón de ser que el propio Tribunal refiere en su reiterada jurisprudencia y que trata, en definitiva, de que no se pierda el fin del amparo en el caso de que su resolución –que puede dilatarse incluso durante años- fuese favorable al reo.

⁴⁶⁵ “En coherencia con lo anterior, sostiene el demandante de amparo que el Auto dictado en apelación por la Audiencia Provincial de Valladolid carecería de trascendencia práctica al ser de “aplicación extemporánea”, toda vez que la suspensión de la ejecución de la pena ordenada por Auto del Juzgado de lo Penal era inmediatamente ejecutiva, sin que la interposición por el Ministerio Fiscal de recursos de reforma y de apelación produjera efectos suspensivos respecto de tal decisión. De manera que, al haber transcurrido los dos años de prueba sin delinquir de nuevo que le habían sido impuestos al actor como condición para que la suspensión condicional de la pena se convirtiera en remisión definitiva de la misma, y habida cuenta del cumplimiento por este de dicha condición, la pena debía entenderse íntegramente cumplida sin que el Auto de la Audiencia Provincial, dictado año y medio después de haberse cumplido el referido plazo de dos años en libertad sub conditione, pudiera tener efecto práctico alguno en relación con una pena ya cumplida en la indicada modalidad”.

3.- EL RECURSO CONTRA LA SENTENCIA DE CONFORMIDAD.

La conformidad del acusado se regula, de forma especial en lo relativo a la sentencia, en el artículo 787 LECrim, donde se establece la forma en que ha de llevarse a cabo aquella, sin que sea objeto de este trabajo entrar en dicho procedimiento.

Simplemente, a efectos de un eventual recurso contra la sentencia que se dicte con conformidad, diremos que la regla no va a ser la posibilidad de recurrir la misma, especialmente porque será habitual que el juzgado o tribunal pregunte, una vez dictada la misma de forma oral, si las partes van a recurrirla o no para, en este caso, decretar su firmeza en ese acto.

Con carácter previo a su dictado, al tiempo de recabar el órgano jurisdiccional el consentimiento del acusado, ha de cerciorarse de que este es prestado de forma libre y consciente de las consecuencias que implica pues, de albergarse dudas, se deberá ordenar la continuación del juicio, del mismo modo que, cuando haya varios acusados, si alguno no accediera a conformarse.

Igualmente, el juzgado o tribunal debe comprobar, antes incluso de recabar la conformidad del acusado, que la calificación que se ha efectuado de los hechos es correcta y que la pena procedente a dicha calificación lo es también.

Bajo estas premisas, que el acusado venga a desdecirse de dicha conformidad no podría amparar un recurso contra la resolución dictada, so pena de amparar un fraude. De este modo, la regla general será que la sentencia dictada con conformidad, no tenga recurso y sea declarada firme en el mismo acto de ser dictada, sin perjuicio de su posterior redacción escrita.

Como excepción a dicha regla estaría el hecho de que la sentencia escrita se apartase de lo verdaderamente acaecido y grabado, en cuyo caso su recurso sería más que justificado. O, también, que se hubiesen descuidado los deberes de vigilancia respecto de la correcta calificación o que el acusado prestase libremente su consentimiento, siendo este último supuesto el más difícil de demostrar en nuestra opinión.

Fuera de estos casos, resta decir que casi toda sentencia hace mención en su fallo a distintos pronunciamientos tales como la pena impuesta, las posibles consecuencias accesorias a la misma, imposición de costas y, si se cumple con el mandato del legislador en materia de resolución acerca de la concesión o denegación del beneficio de la suspensión, un pronunciamiento acerca de esta.

Por ello, ante la diversidad de pronunciamientos que pueden contenerse, es perfectamente posible que el reo preste su conformidad a uno o varios, pero no al resto, en cuyo caso es perfectamente factible el recurso frente al resto, si bien no deberá asentirse con la declaración de firmeza si el juzgado o tribunal pretende declararla en el acto.

Así, si la sentencia resuelve denegar el beneficio de la suspensión, es posible recurrir frente a ella si no se declaró la firmeza ni se prestó consentimiento ante dicha denegación, aunque estos supuestos son poco habituales ya que, cuando el acusado se conforma, lo habitual es que se haya discutido acerca de si se le va a suspender o no la ejecución, por tratarse de un importante condicionante a la conformidad.

Véase, por ejemplo, el caso de la SAP de A Coruña (Sección 1^a) 559/2014, de 8 de octubre, que atiende un recurso contra una sentencia dictada con la conformidad del acusado, quien aceptó una condena a pena de prisión de ocho meses (sobre la que no se plantea discusión), pero no a la denegación de los beneficios de suspensión y sustitución de la misma que fueron resueltos en la propia sentencia y con los que no estaba conforme y fueron el objeto del recurso.

En la resolución citada, al no existir una plena conformidad que alcanzase a todos los pronunciamientos de la misma, obviamente no se pudo decretar la firmeza en ese mismo momento, conforme prevé el artículo 801.2 LECrim⁴⁶⁶.

⁴⁶⁶ En idéntico sentido se muestra la SAP de Las Palmas (Sección 1ª) 124/2014, de 6 de junio.

CAPÍTULO V.- REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN.

1.- INTRODUCCIÓN.

Si se otorga al reo el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena ello implica, siempre y en todo caso, el cumplimiento de una condición común que es la de no delinquir durante ese plazo, llamado de prueba. El quebrantamiento de esta condición da lugar a la revocación de la suspensión, conforme previene el artículo 86.1.a) del Código Penal, al suponer el fracaso de la prueba y de las expectativas depositadas en el reo⁴⁶⁷.

Además de la condición de no delinquir que, como decíamos, es denominador común de toda suspensión, si la pena cuya ejecución se suspende es de prisión (recordemos que hay otras dos penas privativas de libertad distintas de la prisión que pueden suspenderse) el Juez o Tribunal sentenciador, si lo estima necesario, puede condicionar la suspensión al cumplimiento de alguna o algunas de las condiciones que establecen los artículos 83 y 84 CP. En este caso, el quebrantamiento no implica forzosamente la revocación de la suspensión pues el artículo 86, semejante en el contenido aunque diferente en la dicción al anterior 84.2 CP ofrece varias posibilidades que a continuación veremos, en función de la gravedad o reiteración del incumplimiento.

A diferencia de la concesión, que es discrecional, la revocación se encuentra sujeta a supuestos tasados y, por ello, en nuestra opinión, a las garantías que se derivan del principio de legalidad.

Con las modificaciones derivadas de la LO 1/2015, se ha eliminado la revocación obligatoria que se preveía cuando la pena suspendida fuera de

⁴⁶⁷ Suárez-Mira Rodríguez, C; Judel Prieto, A; Piñol Rodríguez, J.R. *Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en Manual de Derecho Penal*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, pág. 485.

prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género y se hubiesen incumplido por parte del reo las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 4ª y 6ª, del apartado 1, del artículo 83.

Nos parece adecuado jurídicamente puesto que cada caso ha de considerarse de forma autónoma y no automática, para evitar resultados discutibles como el del AAP de Madrid (Sección 27ª) 90/2006, de 7 de marzo, donde se trataba de una ex pareja que pretendía rehacer su vida en común, después de que ambos hubieran sido condenados en una sentencia de conformidad por una pelea doméstica. El hecho de haber quebrantado la condición de no aproximarse el uno al otro determinó la revocación, sin entrar a valorar que, en el momento de ser sorprendidos quebrantando la misma, se encontraban hablando amigablemente.

2.- LA NUEVA COMISIÓN DE UN DELITO.

Aunque algunos autores hablan de revocación automática⁴⁶⁸, no creemos que sea el término más adecuado, ya que el artículo 86.1 CP lo que dice es que “el Juez o Tribunal revocará”, de modo que no es algo que opere de forma automática, sino más bien un mandato que ha de ser cumplido siguiendo su correspondiente trámite, donde se hace necesaria la audiencia al Fiscal y demás partes (86.4 CP). Pero, además, la nueva dicción del precepto se encuentra completada con la expresión “y ello ponga de manifiesto que la expectativa en que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida”. Por ello, creemos que no puede hablarse –menos ahora- de una revocación automática puesto que va a requerir que el Juzgado o Tribunal que la concedió vuelva a plantearse las circunstancias que tomó en consideración a la hora de concederla y ver si el nuevo delito quiebra esa expectativa o, por el contrario, puede ser mantenida. En esas circunstancias, no cabe el automatismo.

⁴⁶⁸ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 89.

Así mismo, la resolución que revoque la suspensión tendrá que atenerse a los requisitos de motivación exigidos legal y jurisprudencialmente, cuestión que no encaja con una revocación automática ya que habrá que estar al caso concreto.

Más adelante veremos el procedimiento a seguir para la revocación ya que no es automática, como decimos. Para empezar, no se tratará sin más de que el reo haya sido detenido o se le haya imputado la comisión de un delito sino que, respetando el derecho a la presunción de inocencia y el principio de legalidad penal, en su manifestación de garantía jurisdiccional, no podremos concluir que el reo es culpable hasta que recaiga sentencia condenatoria contra el mismo y esta sea firme. Es por ello que, en tanto esto no suceda, la suspensión de la ejecución que fuera acordada continuará vigente y no podrá ser revocada y, si llega a superarse el plazo de prueba sin que exista sentencia condenatoria firme, deberá remitirse la pena por más que a posteriori recaiga sentencia y devenga firme (AAP de Valencia de 22 de febrero de 2016).

Por otro lado, el Código Penal no establece distinción entre delitos dolosos e imprudentes a la hora de hablar de la revocación, ya que se limita a decir en su artículo 86 “sea condenado por un delito”. De este modo, habrá que acudir a la respuesta de la jurisprudencia a la hora de ver si un delito imprudente puede considerarse incluido y es capaz de dar lugar a dicha revocación. Así, el AAP de Madrid (Sección 27ª), de 27 de julio de 2009 entiende que el carácter imprudente del delito no excluye la revocación y, por el contrario el AAP de Badajoz (Sección 3ª), de 26 de julio de 2006, sí lo excluye.

En nuestra opinión, si el anterior delito imprudente no excluye la consideración del reo como primerizo, no debe ser tampoco causa de revocación pues, en ambos casos, estamos ante delitos no deseados por el reo, achacables no a la voluntad de delinquir sino a su imprudencia o culpa.

Autores como Prats Canut y Tamarit Sumalla⁴⁶⁹ o Navarro Villanueva⁴⁷⁰ son partidarios de una interpretación favorable al reo, que no incluya el delito imprudente -ni la hoy extinta falta- dentro del concepto delinquir del artículo 86, de modo que ninguno de ambos sea suficiente para revocar la suspensión, con tesis como la que entiende que si la imprudencia no es susceptible de excluir la concesión del beneficio, menos debe serlo para favorecer la revocación.

En Italia, por ejemplo, sólo la comisión de un delito propiamente es causa de revocación, mas no de lo que ellos llaman “contravvenzione”, que sería el equivalente a nuestra anterior falta⁴⁷¹; y, en Alemania, el Código Penal habla de aquellos delitos cometidos con premeditación en el tiempo de prueba (art. 56g), cuestión que deja bien claro que se exceptúan los cometidos por imprudencia.

Si en el delito imprudente falta la voluntad de contravenir la norma y lo que existe es un descuido del deber de diligencia, ha de ser tenido en cuenta para considerar que el delito no implica el fracaso del plazo de prueba concedido al reo, pues no entraba en sus planes quebrantar la confianza en él depositada.

Igualmente, si de las ya desaparecidas faltas hablamos, hay que recordar que, cuando estas existían, el castigo que el legislador preveía para las mismas no eran nunca penas privativas de libertad sino de otros derechos distintos o, habitualmente, penas pecuniarias, cuestión por la que cabe entender que no había de ser mayor la respuesta penal en el caso de cometerse por el sometido a prueba una falta, de modo que pudiese implicar la revocación del beneficio y el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

⁴⁶⁹ Prats Canut, J.M.; Tamarit Sumalla, J.M. En *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, (Dir. Quintero Olivares), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 644.

⁴⁷⁰ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., pág. 90.

⁴⁷¹ Padovani, T. *Diritto Penale*, Giuffrè Editore, Milano (Italia), 2002, pág. 305.

Queda claro, sin embargo, que cuando el Código habla de comisión delictiva se está refiriendo a que, acordada la suspensión y fijado el plazo de prueba, el reo no cometa dentro del mismo un nuevo delito. Cualquier condena que el reo pudiese sufrir dentro del referido plazo pero que se refiera a hechos cometidos antes de la suspensión no afectan a esta última, ya que lo que se ha de observar es la buena conducta del reo durante el plazo de prueba pero no la anterior o posterior al mismo. La anterior dará lugar, no obstante, a que si se ha de valorar nuevamente una posible suspensión de la ejecución de la pena, se observe que el delincuente no es primerizo y, con base en ello, no se acceda a la concesión, pero no podrá servir para la revocación del beneficio. La posterior implicará que, una vez se ha superado el plazo de prueba sin delinquir de nuevo, la Ley ordena la remisión definitiva y, tras ella, cualquier delito que se cometa daría lugar a que no se considerase delincuente primerizo al sujeto, sin influencia alguna en la pena ya remitida⁴⁷².

Un debate que podría plantearse es el relativo a aquellas sentencias condenatorias por delitos cometidos dentro del plazo de prueba, puesto que la casuística puede ser variada:

a) Que se dicte la sentencia dentro del plazo de suspensión.

En ese supuesto, se puede plantear también si se debe cumplir la pena suspendida en su integridad o solo en lo que restase de plazo de suspensión. Por ejemplo, aquel reo que fue condenado a un año de prisión y al que se le concedió la suspensión y al que condenan nuevamente cuando solo le faltan cuatro meses para poderse beneficiar de la definitiva remisión, ¿debería cumplir íntegramente el año o solo cuatro meses?

Aunque todo parece apuntar a que la pena habría de ser cumplida de forma íntegra, no hay que olvidar que la suspensión es una modalidad de cumplimiento de la pena aún por la vía de dejar en suspenso la misma y, como tal modalidad, comienza desde que se le notifica al reo la suspensión.

⁴⁷² En ese sentido, por todos, el AAP de Valencia de 22 de febrero de 2016.

A avalar esta afirmación dentro del Derecho de la Unión, contribuyen las Conclusiones de la Abogada General en el asunto C-288/05 Staatsanwaltschaft Augsburg contra Jürgen Kreitzinger presentadas el 5 de diciembre de 2005, donde se dice:

“Una condena a una pena privativa de libertad cuya ejecución se ha suspendido a condición de que durante un período determinado el condenado cumpla determinados requisitos establecidos de conformidad con el Derecho del Estado en el que se dictó la sentencia condenatoria es una sanción que se ha ejecutado o que se está ejecutando en el sentido del artículo 54 del CAAS y, siempre que concurran los demás requisitos previstos por dicha disposición, da lugar a la aplicación del principio non bis in idem consagrado por dicho artículo”.

Por tanto, aunque fuera de prisión, ya estaba cumpliendo la pena y podría discutirse, en nuestra opinión, que el tiempo pasado no fuese computado a cuenta del restante por cumplir.

b) Que se dicte superado este y remitida la pena de forma definitiva.

En estos supuestos puede suscitarse la cuestión de un doble cumplimiento. Bien es cierto que se establece la condición de no delinquir durante el plazo de suspensión o periodo de prueba y que, su incumplimiento acarrea la revocación del beneficio. Pero, ¿qué sucede si se ha llegado a producir la remisión definitiva por el transcurso completo del plazo y recae condena por hechos delictivos cometidos dentro del mismo?

Prats Canut y Tamarit Sumalla⁴⁷³ afirman que, aunque la condena recaiga a posteriori de superar el plazo de prueba y concederse la remisión, habría lugar a la revocación de la suspensión y al cumplimiento de la pena por aquellos delitos cometidos dentro del referido periodo.

⁴⁷³ Prats Canut, J.M.; Tamarit Sumalla, J.M. En *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, (Dir. Quintero Olivares), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 643.

Matizando esta postura encontramos a López Lorenzo⁴⁷⁴, para quien el auto que acuerda la remisión definitiva deviene inatacable pero, si todavía no ha sido dictado -piénsese que a veces, si no lo pide la defensa del penado, el Juzgado puede tardar mucho en dictar el auto aunque el periodo de prueba haya sido superado, al igual que sucede con la cancelación de antecedentes ya caducados y que no se cancelan administrativamente-, sí ve posible la revocación del beneficio pues lo contrario implicaría, para la autora, amparar la comisión de delitos al final del periodo de prueba, conscientes de que no podrían ser juzgados antes de acabar el mismo.

No compartimos dicha tesis, en primer lugar porque el dictado del auto no es algo que dependa del reo sino del Juez o Tribunal y, por tanto, no puede dejarse a la falta de medios o la lentitud de estos el riesgo de ingreso en prisión de una persona. En segundo lugar, tampoco creemos que quien delinque en un momento determinado lo haga pensando en si se va a suspender la ejecución de la pena, de modo que juegue con los plazos calculadamente, entre otras cosas porque es muy infrecuente que el delincuente tenga una formación jurídica mínima en ese sentido y porque, de actuar así, estaríamos ante un delincuente habitual y la suspensión no le sería aplicable como regla.

3.- EL INCUMPLIMIENTO DE LAS REGLAS DE CONDUCTA.

El anterior artículo 84 CP preveía tres consecuencias alternativas para los casos en que el penado incumpliese las condiciones o deberes impuestos durante el plazo de prueba, que podían ser la sustitución de las impuestas por otras, la prórroga del plazo de suspensión sin que pudiese exceder de cinco años y, en último lugar, la revocación de la suspensión cuando el incumplimiento fuese de carácter grave.

⁴⁷⁴ López Lorenzo, V. “La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal”, La Ley Penal núm. 9, 2004.

Hoy existe en ese sentido la misma previsión, aunque se ha cambiado la ubicación de la misma, siendo regulada ahora en el actual artículo 86 CP donde, por separado, se establecen en primer lugar (art 86.1 b y c) las consecuencias del incumplimiento grave o reiterado, que da lugar a la revocación, de igual modo que una serie de actuaciones más del penado como el intento de sustraerse al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria, facilitar datos inexactos sobre bienes objeto de comiso o no pagar la responsabilidad civil. Y, en segundo lugar (art. 84.2), el incumplimiento que no tenga carácter grave o reiterado, dando lugar a la sustitución de las prohibiciones, deberes o condiciones impuestas por otras o a la prórroga del plazo de suspensión.

Como novedad, dicha prórroga tiene como límite la mitad del inicialmente impuesto, aclarándose la duda que pudo existir con la anterior regulación sobre si los cinco años se referían al plazo máximo de prueba - incluido el inicialmente impuesto- o dichos cinco años se refiriesen a la duración de la propia prórroga. Somos partidarios de entender que cinco años es el periodo límite, relacionándolo con el también anterior artículo 80.2 CP, que establecía el límite del periodo de prueba en ese plazo. En ese sentido ya se manifestaban Prats Canut y Tamarit Sumalla⁴⁷⁵, al afirmar que el plazo límite de suspensión, incluidas todas las prórrogas que pudieran acordarse durante el mismo, no debía exceder de cinco años.

Por otro lado, aparte de que se modifiquen unas condiciones por otras, es también posible que el Juzgado o Tribunal imponga otras nuevas, manteniendo las ya impuestas (art. 86.2.a).

Lo que parece claro es que el incumplimiento de las condiciones iniciales trae como consecuencia un castigo al reo, una modificación de su situación a peor y ello porque, si se le cambian las condiciones, no será para imponerle otras más beneficiosas; si se le imponen nuevas, manteniéndose las anteriores, se le está gravando más; y si se revoca la suspensión, va a cumplir la pena cuya ejecución se dejó en suspenso. En todos los casos, nos

⁴⁷⁵ Prats Canut, J.M.; Tamarit Sumalla, J.M. En *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, (Dir. Quintero Olivares), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 646.

parece que la consecuencia es gravosa para el reo y que el empeoramiento viene como consecuencia lógica de su conducta, sirviendo como advertencia en los casos de modificación o prórroga y como castigo efectivo en el caso de la revocación.

A priori, la respuesta más benevolente con el infractor parece que puede ser la sustitución de condiciones, seguida en orden de gravedad por la prórroga, aunque en ocasiones y dependiendo de otros factores, es posible que el reo prefiera la revocación o la prórroga a la modificación o a la imposición de nuevas condiciones, principalmente pensando en que se le quieran imponer reglas de conducta más gravosas.

Lo cierto es que en la práctica, es poco habitual la sustitución de unas reglas por otras, siendo más común la revocación ante el incumplimiento y posterior ingreso en prisión. Y es también bastante habitual que los penados a los que se les ha concedido la suspensión e impuesto condiciones a cumplir, incumplan estas y acaben cumpliendo la pena de prisión.

Cuando se trata del incumplimiento de las condiciones impuestas por el artículo 84 CP, en la práctica, cuando se trata del pago de multa, se entiende grave o reiterado cuando habiendo sido notificado no ingresa nada en dos meses consecutivos o cuando realiza ingresos aleatorios o de cantidades ridículas y, si se trata de la realización de TBC, se entiende grave o reiterado cuando no comparece ni justifica su incomparecencia.

Una de las novedades introducidas por la LO 1/2015 está directamente vinculada a la también nueva introducción de la mediación en el Código penal. En lo concerniente a la suspensión de la ejecución, el artículo 84.1.1^a CP prevé que el Juzgado o Tribunal pueda condicionar la misma al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación y, en ese caso, el artículo 86.3 CP establece que, en el caso de que se revoque la suspensión, los gastos que haya realizado el penado conforme al acuerdo referido alcanzado en la mediación, no le serán devueltos. El precepto aclara que dichos gastos guardan directa relación con la reparación del daño causado por el delito.

A nuestro juicio, la medida es acertada. El resarcimiento al perjudicado, que es exigible incluso de forma autónoma en la vía civil, es una cuestión distinta de la pena y es de justicia que el perjudicado sea reparado oportunamente, cuestión que en muchas ocasiones no es nada fácil. Si a ello añadimos que estamos en sede de un incumplimiento de condiciones por parte del penado, se entiende perfectamente la previsión del legislador.

A continuación, el propio artículo 86.3 CP sí prevé un abono a la pena de los pagos efectuados en concepto de multa y los trabajos cumplidos en beneficio de la comunidad. Dicha previsión es también consecuente puesto que la multa y los TBC se vinculan a la pena y no a la responsabilidad civil.

Sin embargo, cuando el Juzgado o Tribunal se vea en la tesitura de tener que abonar multa o trabajos, será porque el perjudicado ya haya sido reparado, puesto que el orden de imputación de pagos del artículo 126 CP no permite que sea de otro modo. Solo contemplamos que pueda producirse un abono de multa o trabajos a la pena sin que el perjudicado haya sido reparado, cuando la responsabilidad civil no consista en entregar una suma de dinero sino, por ejemplo, en una obligación de hacer, reservada para la menor parte de supuestos, ya que la reparación por equivalente pecuniario es la más común.

Para adoptar estas medidas era y sigue siendo preceptiva la audiencia a las partes (antes se hacía una referencia genérica a “las partes” y ahora al “Fiscal y a las demás partes”), si bien como decíamos la regulación ha pasado del artículo 84 al 86 CP.

Otra novedad que ha traído la LO 1/2015 a la revocación de la suspensión de la ejecución es la introducida en el actual art. 86.4 inciso segundo, cuando se faculta al Juez o Tribunal para revocarla y ordenar el inmediato ingreso en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima.

En esos casos, sigue diciendo el precepto, el órgano jurisdiccional podrá *“acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver”*.

En nuestra opinión, el final del artículo encierra una previsión que puede ser fuente de arbitrariedades y que excede del momento en que se pretende que se adopte. Ciertamente, la fase en que nos encontramos, dictada sentencia y suspendida la ejecución de la pena -sin olvidar que la ejecución puede haber dado inicio para ejecutar otras consecuencias del delito como la responsabilidad civil-, no es una fase de instrucción y la adopción de una medida cautelar de prisión provisional -aunque en el artículo 86 CP parece que se ha optado por ocultar esta denominación- debe cumplir en todo caso con los requisitos y perseguir los fines que, a tal efecto, establece el artículo 503 LECrim, que afirma con claridad que *“la prisión provisional solo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos”*, remitiéndonos a su contenido para evitar desviarnos del tema que nos ocupa.

Parece, sin embargo, que la previsión del art. 86.4 CP no se ajusta a lo ordenado por la LECrim y que, incluso, se otorga la facultad al Juzgado o Tribunal de omitir la comparecencia de prisión. Esta contradicción que, a pesar de la también reciente modificación de la LECrim, no ha sido coordinada entre ambos textos, nos hace inclinarnos por la previsión asentada y más garantista de la Ley procesal, antes que por la del Código Penal que obvia las garantías de los derechos fundamentales a la libertad, a la defensa o a la tutela judicial.

Todas las posibilidades que nombra el artículo 86.4 CP vienen recogidas como motivos para acordar la prisión provisional en el artículo 503 LECrim, pero siempre que concorra antes que nada *“la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito”*. En cambio, el artículo 86.4 CP no requiere la previa comisión de un hecho que pudiera revestir estos tintes sino, simplemente, prevé que pueda ser acordada para evitar la comisión de los mismos. Nos parece, pues, una medida cautelar

adoptada sin las garantías que exige la LECrim y de forma anticipada a cualquier comisión delictiva.

No queremos decir que si el Juez prevé que el individuo puede representar un peligro para terceros, puede huir o delinquir, no pueda acordar dicha prisión como medida cautelar, pero ya no será por el delito ya Juzgado y condenado cuya pena se ha suspendido sino por otros distintos que deberán ser objeto de investigación y enjuiciamiento, correspondiendo por tanto a otro Juez o Tribunal encargado de la nueva instrucción, la adopción de dicha medida cautelar y no podemos compartir que se pueda acordar la revocación de la suspensión, de este modo carente de garantías, cuando la causa para que ello pueda tener lugar la establece con claridad el propio artículo 86.1: que “*sea condenado por un delito cometido durante el periodo de suspensión...*”.

Si el propio artículo exige que exista una condena firme para la revocación, es una contradicción flagrante y ausente de respeto a los derechos fundamentales antes enunciados que, tan solo unos epígrafes después, se dé carta blanca para acordar la prisión provisional por la mera existencia de un riesgo, sin acreditar que exista *fumus boni iuris* y omitiendo la comparecencia de prisión prevista en el artículo 505 LECrim ya que esta es, en el artículo 86 CP, una facultad del Juez o Tribunal, a diferencia de una obligación como establece la Ley procesal.

4.- SUPUESTOS DE REVOCACIÓN.

Para Magro Servet⁴⁷⁶, el auto o sentencia que concede la suspensión debería recoger la advertencia al reo de lo que sucederá si incumple las condiciones, de modo que se le prevenga ya de la posible revocación. Esto es lo que hacen en buena medida los juzgados de ejecutorias.

Además, el auto que acuerda la suspensión de la ejecución es de los que debe ser notificado en forma personal al reo y, de no dar con él, no se le puede notificar y tampoco se le puede revocar el beneficio que ya ha sido concedido, dando lugar a que no comience el cómputo del plazo de prueba por declararse la rebeldía del penado. No somos partidarios de que sea de otro modo puesto que, si se le ha concedido el beneficio es porque estaba localizado en ese momento, aunque quizá operase dicha presunción por hallarse representado de procurador pero, en suma, se le ha concedido y no hay causa legal para revocar la suspensión por el mero hecho de no poder ser notificado. Así, el beneficio de suspensión queda en suspenso -verbigracia- sin que proceda su inicio hasta que sea hallado el condenado, pero en modo alguno será posible la revocación por no ser hallado y, no solo eso, sino que al no poder ser advertido de lo que sucederá si incumple las condiciones impuestas, si lo hiciese tampoco podría serle revocado.

Yendo más allá, si cometiese un delito en el tiempo que medie entre la concesión del beneficio y su notificación, no será tenido en cuenta para la revocación (AAP de Murcia 358/2009, de 9 de octubre).

En realidad, se trata de una laguna legal pues bien puede suceder que, tras la concesión de la suspensión, si no se logra notificar al reo el beneficio, este delinca y no sea procedente sin embargo la revocación, porque no lo ha hecho, en puridad, dentro del plazo de prueba que no ha podido comenzar a contar precisamente por su ausencia o rebeldía.

⁴⁷⁶ Magro Servet, V. “La revocación de la medida de suspensión de la ejecución de la pena por incumplimiento de las medidas acordadas con base en el art. 83.1.5º in fine del CP en la violencia de género”, La Ley Penal núm. 93, mayo 2012.

Los supuestos de revocación, como los recoge el Código Penal desde su reforma por LO 1/2015 (art. 86), son que el penado:

a) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

El nuevo tenor, al que se añade respecto del anterior la valoración de que la expectativa en la que se fundaba la suspensión ya no puede ser mantenida, creemos que es acertado y permite excluir de la revocación algunos casos, como la comisión de delitos que no llevan aparejada pena de prisión sino de distinta naturaleza. En efecto, era desproporcionado que alguien a quien se le había suspendido la pena de prisión tuviese que cumplir la misma por cometer un delito castigado con pena de multa.

En ese sentido, la Circular de la FGE 3/2015, de 22 de junio, sobre el régimen transitorio, tras la reforma operada por LO 1/2015, indica que la comisión de un nuevo delito durante el período de suspensión no implica automáticamente la revocación de este beneficio, salvo que revele que la expectativa en que se fundó su concesión ya no puede ser mantenida⁴⁷⁷, ello conforme a la dicción de la nueva regulación.

En cambio, el AAP de Cádiz (Sección 6ª) 46/2005, de 2 de marzo es partidario de no revocar el beneficio cuando al reo le quedaban pocos meses para que venciese el plazo de suspensión y delinquiró nuevamente, teniendo en cuenta que su trayectoria era buena, el pronóstico de reinserción favorable y que el nuevo delito cometido era patrimonial, con pena de prisión de un año.

⁴⁷⁷ En ese sentido, el AAP de Zaragoza (Sección 1ª) 419/2012, de 20 de junio; STS de 17 de noviembre de 1969; Consulta Nª 3 de la Fiscalía General del Estado de 22 de abril de 1983.

En este punto no siempre ha existido una doctrina y jurisprudencia pacífica. Como nos dice Yáñez Román⁴⁷⁸, el artículo 14 de la Ley de Condena Condicional daba lugar a que se acordase la revocación cuando el reo era condenado durante el plazo de suspensión (si lo hubiese sido antes, no se hubiese concedido la misma por falta de cumplirse el requisito de primeridad delictiva) por un delito cometido antes de concederse la misma; o bien por un delito cometido dentro del plazo de suspensión, recayendo la condena antes de expirar el plazo. O, recayendo incluso la condena una vez superado el plazo de prueba, pero por un delito cometido dentro del mismo⁴⁷⁹, salvo que se hubiera dado la prescripción. En los tres supuestos había lugar a la revocación, por aplicación del artículo 14 de la Ley de Condena Condicional de 1908.

Yáñez Román criticaba la STS de 17 de noviembre de 1969 porque, a su juicio, contravenía el tenor del propio artículo 14 LCC. Sus conclusiones nos parecen muy interesantes y nos remitimos a la obra por lo extenso que sería tratarlas aquí pero, sobre todo, porque está haciendo alusión a la propia Ley de 1908 y jurisprudencia muy antigua que solo desde el punto de vista histórico nos parece que pueda sernos de interés. Sería extendernos demasiado y desviar el objeto de nuestro trabajo, amplio de por sí y que se debe centrar en la actual regulación e interpretación de los Tribunales, por motivos prácticos.

García Arán⁴⁸⁰ o Llorca Ortega⁴⁸¹ sostenían, antes de la clarificación que aporta la actual versión del Código Penal (modificado por LO 1/2015), que la revocación debía limitarse solo al caso en que el delito se hubiese cometido durante el plazo de prueba y hubiese recaído sentencia firme dentro del mismo periodo. La primera de las cuestiones está aclarada por el actual artículo 86 CP, mas no la segunda de ellas, ya que el precepto se

⁴⁷⁸ Yáñez Román, P.L. “El tipo de la revocación de la condena condicional”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

⁴⁷⁹ Cuello Calón, E. *La moderna penología: represión del delito y tratamiento de los delinquentes. Penas y medidas. Su ejecución*, Bosch, Barcelona, 1958, hace referencia a la revocación por sentencia recaída tras el plazo de prueba por un delito cometido durante el mismo.

⁴⁸⁰ García Arán, M. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 112.

⁴⁸¹ Llorca Ortega, J. “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad”, Estudios de Derecho Judicial, Cendoj, 1996.

limita a decir “sea condenado”, sin mención alguna a la firmeza de la resolución.

En sentido contrario se posicionaba Alcácer Guirao⁴⁸², partidario de la revocación de la suspensión -incluso después de remitida la pena- si recaía condena por un delito cometido durante el periodo de prueba.

De entrada, la nueva literalidad del precepto implica, no ya que el reo cometa un delito durante el plazo de suspensión (como se exigía hasta la reforma por LO 1/2015), sino que sea condenado por un delito cometido durante el referido plazo, clarificándose así lo que antes tenía que ser aclarado por la jurisprudencia y era apuntado por autores como, por citar solo uno, Cano Paños⁴⁸³, dando lugar durante mucho tiempo a dispares interpretaciones como la del AAP de Castellón de 20 de julio de 2003, cuya fundamentación y fallo comparte Vidal Castañón⁴⁸⁴ y de las que discrepamos en su integridad, como lo hace ahora el nuevo Código Penal, tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

El referido Auto acuerda la revocación de la suspensión de una pena privativa de libertad que fue concedida el 22 de diciembre de 1995 por plazo de dos años. De aquí se deduce que debió acordarse la remisión definitiva el 22 de diciembre de 1997. Sin embargo, en marzo de 1996 el reo cometió un nuevo delito, aunque su sentencia condenatoria solo fue dictada el 31 de enero de 2000. Es meses después de esta fecha, en septiembre de 2000, cuando se acuerda revocar la suspensión al penado, es decir, más de dos años después de la fecha en que debió acordarse. Cierto es que el reo no debió delinquir dentro del plazo de prueba, sin ser menos cierto que dentro del mismo no pudo hablarse de delito alguno, puesto que no había recaído

⁴⁸² Alcácer Guirao, R. “La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes en el nuevo Código Penal”, en Anuario de Derecho penal y Ciencias sociales, XL-VIII, fasc. II, septiembre-diciembre 1995, pág. 904.

⁴⁸³ Cano Paños, M.A. “La suspensión de la ejecución de la pena a drogodependientes y los silencios del legislador del año 2010”, Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXXI, Santiago de Compostela, 2011, pág. 112.

⁴⁸⁴ Vidal Castañón, A. *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad: análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor*, Bosch, Barcelona, 2006, pág. 55.

sentencia. Este es el criterio que adopta el vigente Código Penal y que creemos más justo, antes y ahora.

Sin embargo, nos parece reprochable que el Juzgado mantuviese al reo en un limbo procesal entre diciembre de 1997, en que debió dictar de oficio un auto acordando la remisión definitiva y septiembre de 2000, en que lo que hizo fue acordar la revocación de una suspensión acordada por plazo de dos años en 1997. De este modo, el penado estuvo sometido a prueba durante casi cinco años para, finalmente, acabar cumpliendo la pena inicialmente impuesta, algo que podría interpretarse como un juego con la libertad de las personas que, quizá a un delincuente habitual le traiga sin cuidado, pero que a la mayoría de personas les provoca gran desasosiego por el hecho de vivir en espera de saber si un día entrarán en prisión o no, teniendo derecho a cumplir cuanto antes cualquier pena que se les impusiere.

Así pues, se refuerza la exigencia en garantía del reo: no solo el delito habrá de haberse cometido durante el plazo de prueba, descartándose por tanto cualquier posible delito cometido antes (en ese sentido Llorca Ortega⁴⁸⁵, entre otros, sosteniendo que un delito cometido antes de otorgar la suspensión pudo impedir aquella de haber existido sentencia firme pero no es causa de revocación por no haberse cometido tras la concesión del beneficio, criterio que suscribimos enteramente) o después de este sino que, también, la sentencia firme deberá producirse dentro de aquél. Teniendo en consideración que el plazo de prueba para las penas leves será de tres meses a un año (artículo 81), podemos descartar cualquier posible revocación de la suspensión de la ejecución respecto de las mismas, salvo en condenas con conformidad. En todos los demás casos, es harto improbable por no decir imposible, que en tan breve plazo pueda cometerse el delito, instruirse la causa, juzgarse, dictarse sentencia condenatoria y resolverse su recurso deviniendo firme.

A esta conclusión llegamos nosotros y, sin duda y atendiendo a la falta de claridad del actual art. 86.1.a) CP, habrán opiniones contrarias de quienes piensen que también es posible la revocación de la suspensión por un delito

⁴⁸⁵ Llorca Ortega, J. “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad”, cit.

cometido dentro del periodo de prueba, cuando la sentencia firme recaiga después de superado este. Para nosotros, si el periodo de prueba se ha superado, tiene que dictarse de forma inmediata auto que acuerde la remisión definitiva de la pena y, a falta de previsión legal en contra, debe tener carácter irrevocable, pues lo contrario atentaría contra los principios de legalidad y de seguridad jurídica, ya que podría suceder perfectamente que un delito cometido dentro de dicho periodo se viniese a juzgar bastantes años después y su sentencia adquiriese firmeza después de otros tantos más, en cuyo caso carecería de sentido que viniese a revocarse la suspensión de una pena que pudo ser remitida hace diez años perfectamente. Es por ello que somos partidarios de que, para que pueda ser revocada la suspensión por la comisión de un delito, la sentencia firme debe recaer dentro del plazo de prueba y no superado este y remitida la pena de forma definitiva.

Sin embargo, González Cano⁴⁸⁶ plantea la posibilidad de que, en el auto en que se acuerde la remisión definitiva, se haga mención expresa a la posibilidad de revocación si recayese a posteriori una sentencia condenatoria por delito cometido dentro del periodo de prueba, en cuyo caso se cumpliría la pena inicialmente suspendida. A nuestro juicio, ello sería introducir una medida perniciosa para el reo que no está prevista en la Ley y, por tanto, sería una vulneración del principio de legalidad penal.

A la anterior dicción del precepto se añade ahora una exigencia o, más bien, facultad concedida a Jueces y Tribunales, de tal modo que no se produce una revocación automática por la comisión delictiva sino que es posible valorar si la misma ha frustrado la expectativa con que se acordó la suspensión. A nuestro modesto entender, pensamos que no puede ser otra sino la de resocialización del penado o, dicho de otro modo, si se concedió la suspensión pensando en darle a este una segunda oportunidad para no delinquir y reinsertarse en la sociedad con más posibilidades que lo haría tras su paso por prisión, si se desvanece esta esperanza, a la vista del tipo de delito cometido o de las circunstancias en que tuviese lugar el mismo.

⁴⁸⁶ González Cano, M. I. *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

La Consulta de la Fiscalía General del Estado de 22 de abril de 1983 distinguía la revocación de la suspensión, por la comisión de un delito y condena firme del mismo durante el plazo de suspensión (exactamente el supuesto único que ahora contempla el Código Penal) y la revocación de la remisión, por recaer -una vez remitida la pena- sentencia condenatoria por un delito cometido dentro del plazo de suspensión. No hace falta decir que no somos partidarios de esta tesis por los motivos antes citados.

Sobre el *dies a quo*, Navarro Villanueva⁴⁸⁷ habla de la posibilidad de que, en tanto no existe sentencia firme pero se conoce la comisión del delito cometido dentro del plazo de suspensión, se pueda proceder a una “suspensión de la suspensión”, es decir, a dejar sin efecto el beneficio de forma cautelar.

Nuestra opinión es diferente por dos motivos:

1º.- Si la sentencia no es firme, no existe base para tal afirmación y se estaría poniendo en duda el derecho a la presunción de inocencia, que no solo opera hasta que recae una primera sentencia condenatoria sino hasta que se declara la firmeza de la misma. Y, por otro lado, no es nada desdeñable el número de sentencias condenatorias que se revocan por el Tribunal *ad quem*.

2º.- Por lo innecesario de la medida ya que, de “suspenderse la suspensión”, lo que procede es el cumplimiento de la pena privativa de libertad. No vemos la urgencia de que tenga lugar mientras la sentencia no es firme porque, si existiese alguna situación de *periculum in mora*, es posible adoptar una medida cautelar en el seno del procedimiento en que se juzga el posterior de los delitos.

Las nuevas configuraciones de la concesión y de la revocación de la suspensión, que nos parecen beneficiosas al reo (en especial la revocación), impiden que se tomen en consideración, sin embargo, todos aquellos

⁴⁸⁷ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., pág. 93.

posibles ilícitos cometidos por el penado con anterioridad a acordar sobre la suspensión, salvo por la vía de valorar los mismos a efectos de peligrosidad criminal. En efecto, los ilícitos que no hayan sido declarados tales por sentencia condenatoria firme, no podrán computarse a efectos de valorar la primeridad delictiva y, a posteriori, ya no tienen efectos revocatorios al no haberse cometido durante el periodo de suspensión, incluso aunque la sentencia se dicte dentro de este.

Por tanto, ni se puede denegar la concesión del beneficio, en el sentido estricto de entender que el candidato a la suspensión no es delincuente primerizo, ni se puede revocar después la misma, ya que la nueva configuración de la revocación deja bien claro que el delito se tiene que haber cometido y Juzgado (obviamente con sentencia condenatoria y firme) en el periodo de prueba. La única posibilidad de que esos eventuales hechos delictivos se valoren es integrarlos en el concepto de peligrosidad criminal, entendiendo el órgano que deba resolver que el reo ofrece un pronóstico de reiteración delictiva que le hace indigno de concederle el beneficio.

A pesar de que ello pueda suponer que se conceda la suspensión a algún delincuente que no la merezca, lo cierto es que la medida es garantía del respeto de los derechos más elementales de la persona y de las normas básicas del Derecho Penal. Y tampoco debe preocupar demasiado por el simple hecho de que, aunque dichos hechos criminales no sean tenidos en cuenta para la concesión o revocación de la suspensión en un momento concreto, obviamente llevarán su investigación, enjuiciamiento y, si procede, sentencia condenatoria, cuyo fallo ya no podrá quedar en suspenso (como norma general y dejando a salvo las posibles excepciones a que pudiera dar lugar el caso concreto) al no concurrir la condición de reo primerizo.

Otra cuestión es que se añade un mandato-facultad a Jueces y Tribunales, concretamente que controlen que el penado no haya cometido un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. Si es un requisito o condición previo a la remisión, somos partidarios de entender

que dicha comprobación debe hacerse de forma rápida, de forma que se garantice al reo el derecho a la remisión de la pena, sin que la dilación en acordar la misma pueda operar como una prórroga por la vía de hecho, cosa que sucede con mucha frecuencia.

Es decir, si el reo ha superado el plazo de prueba, la remisión debería acordarse al día siguiente de vencer dicho plazo y ni un solo día después. En cambio, si se ha de hacer una labor por constatar los extremos antes citados que recoge el artículo 87, no parece posible que vaya a poder ser acordada la remisión con tanta presteza, máxime con los tiempos judiciales que se manejan. Esto, per se, ya es una restricción o vulneración del derecho fundamental a la libertad del reo, por lo que hay que procurar que se produzca por el tiempo mínimo indispensable y no se dilate de forma innecesaria.

Por último, la manera de comprobar si el reo ha sido condenado entendemos que no puede ser otra, sino la consulta al Registro Central de Penados y Rebeldes.

b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.

Si el incumplimiento no es grave ni reiterado, dará lugar a la imposición de otros deberes o prohibiciones o a que se prorrogue el plazo de suspensión, como establece el mismo artículo 86.

Como novedad, se establece la de sustraerse al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria (novedosos en la reforma por LO 1/2015), que operará como causa de revocación. Sin duda, la experiencia habida durante estos últimos años ha sido determinante para la modificación del precepto, obligándose ahora al reo a colaborar de forma activa en el cumplimiento de los deberes y prohibiciones impuestas al acordarse la suspensión.

Para Llorca Ortega⁴⁸⁸, si estamos ante un incumplimiento reiterado, sería innecesaria la audiencia al reo puesto que es preceptiva la revocación. Sin embargo, no niega la posibilidad de que, en dicha audiencia, exponga el mismo alguna causa de fuerza mayor que justifique el referido incumplimiento o, incluso, si el mismo no le fuere imputable.

El control en los programas formativos se suele realizar por medio de firmas y presentación del DNI, comunicándose en caso de inasistencia a los Servicios Sociales Penitenciarios que, a su vez, lo comunicarán al Juzgado o Tribunal para que lo tenga en cuenta a efectos de revocar la suspensión o acordar lo procedente.

c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.

Se refiere a condiciones como el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en una mediación, el pago de una multa o los trabajos en beneficio de la comunidad, exigiéndose como en el resto que se trate de un incumplimiento grave o reiterado.

d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta es otra de las novedades habidas tras la LO 1/2015, sin duda como refuerzo a la necesaria satisfacción de la víctima o perjudicado y en íntima relación con la nueva previsión del artículo 80.2.3^a CP donde, a diferencia de la anterior regulación, el control de que el reo haya satisfecho

⁴⁸⁸ Llorca Ortega, J. “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad”, cit.

la responsabilidad civil o intentado satisfacerla de forma activa dentro de sus posibilidades, se hace a posteriori de la concesión del beneficio y no antes en aras de agilizar la resolución sobre la suspensión que, hasta ahora, se dilataba mucho (durante años en muchos casos) por el tiempo supuestamente invertido por el órgano judicial en averiguar el patrimonio o posibilidades del reo.

En verdad, lo habitual es que el Juzgado o Tribunal haga unas mínimas averiguaciones, aquellas que están a su alcance por medios telemáticos, como son la consulta de entidades bancarias colaboradoras, AEAT, TGSS, INEM o DGT y requiera al reo para que efectúe pagos, si es que no lo hace de forma voluntaria tomando esta la iniciativa.

Al hilo de esta consideración, hemos de hacer mención a una cuestión que sucede con no poca frecuencia y que nos parece una perversión del sistema, que tiene su origen en la escasez de medios y la abundancia de causas, sin que ni una ni otra circunstancia puedan justificar que se actúe como exponemos.

Se trata del problema de la prescripción de la pena mientras se resuelve sobre la suspensión. Ya hemos dicho que no es infrecuente que el Juzgado o Tribunal (más pronto el primero) tarde años en resolver sobre la suspensión mientras averigua bienes o realiza los hallados para satisfacer la responsabilidad civil. Como quiera que hay mucha carga de trabajo, es bastante usual que un expediente vaya siendo visto de tarde en tarde, cada varios meses y que las gestiones no den el fruto que deberían, al no poder ser atendidas con intervalos de tiempo inferiores. Por este motivo, hay penas que pueden llegar a prescribir mientras el Juzgado no alcanza a resolver sobre la suspensión, teniendo en cuenta que sus resoluciones pueden ser, además, recurridas y ello aumenta la tardanza en resolver.

Así, en delitos menos graves especialmente, no es descartable que pueda llegar la prescripción (fijada en los 5 años). No es esto lo que debe preocuparnos sino el que, con el temor de que llegue a darse la misma, el Juzgado encargado de la ejecución, corra cuando llega dicho plazo a su fin, para evitar la prescripción. Tampoco debería preocuparnos siempre que la

prisa no conlleve dejar de lado algún derecho fundamental del penado, pero no siempre es así. Concretamente, podemos mencionar un caso que nos ocupa en la actualidad donde han transcurrido casi los cinco años, la condena fue a pena de prisión catalogada como pena menos grave y, por tanto, su prescripción se encuentra muy cerca. En estas circunstancias, a pesar de que durante esos cinco años apenas se ha producido actividad, el Juzgado correspondiente, especializado en ejecutorias, se ha apresurado a dictar sendos autos, denegando la suspensión sin realizar una serie de diligencias que fueron solicitadas por esta defensa y que acreditarían que el penado podría ser acreedor del beneficio de suspensión.

Analizando el Derecho comparado, en el Código penal de Alemania (art. 56.f) existen casi idénticas causas de revocación: la comisión de un nuevo delito, el incumplimiento grave o reiterado de las prohibiciones o deberes impuestos.

Una diferencia importante con el Derecho alemán es que, incluso cuando se ha cometido un nuevo delito, el Tribunal puede obviar la revocación imponiendo otras obligaciones o deberes, especialmente sometiendo al condenado a un asistente de libertad condicional o prorrogar el plazo de prueba, siempre que con esas medidas sean suficientes.

Y, como nota diferencial, también en el Código alemán (art. 56.g) es posible la revocación incluso después de remitida la pena de forma definitiva, aunque con un límite de un año de modo que, si el reo delinquirió durante el plazo de prueba pero la sentencia firme se dicta dentro del año posterior a la remisión, es posible la revocación de la suspensión, ordenándose el cumplimiento, siempre teniendo en cuenta otro límite, el de los seis meses tras la firmeza de la sentencia, transcurrido el cual ya no es posible la revocación.

Desde ahora, como decíamos, la decisión de suspender se adelanta y no espera que se pague la responsabilidad civil –antes tampoco se pagaba, al menos completamente, en muchos casos, aunque sí transcurría mucho tiempo en los más de los casos- para resolver sobre la suspensión. Creemos

que, de este modo, será más fácil (aunque no habitual) que la decisión sobre la suspensión la adopte el mismo órgano que dictó la sentencia y no el Juzgado de ejecutorias allá donde los haya.

Como apuntábamos, si el penado incumple de forma leve o no reiterada las prohibiciones, deberes o condiciones que le hubieran sido impuestas no dará lugar, sin embargo, a la revocación sino al establecimiento de otros nuevos o a la prórroga del plazo, conforme determina el epígrafe segundo del mismo artículo 86.

Así pues, queda clarificado en la Ley que no tiene lugar la revocación de la suspensión porque recaiga condena por unos hechos anteriores a la suspensión que hayan sido Juzgados posteriormente a esta. En ese sentido, Almenar Berenguer⁴⁸⁹ y, como ilustrativo, el AAP de Cádiz (Sección 3ª) 118/2012, de 10 de abril, que revoca el auto del Juzgado de lo Penal que, a su vez, revocaba el beneficio de la suspensión, en un caso en que el reo fue condenado por un delito de impago de pensiones, supuestamente acaecido durante el periodo de prueba.

La conclusión central estriba en el hecho de que las pensiones ya se venían impagando con anterioridad a la concesión de la suspensión, tratándose de un delito “permanente” conforme dice la AP aunque, en nuestra modesta opinión, entendemos que más bien sería continuado. Sin perjuicio de una u otra consideración, apreciamos una interpretación benevolente si tenemos en cuenta que, tanto el delito continuado como el permanente, se entienden terminados cuando se perfeccionan por la producción del resultado típico (STS 1125/99, de 9 de julio), que es cuando comienzan a prescribir, momento que coincide en el delito continuado con el día en que se cometió la última infracción y en el permanente cuando cesa la actuación ilícita. Por esto último, vemos difícil dicha consideración ya que el reo no había pagado más y, difícilmente, puede entenderse que cesase. Si decimos benevolente es porque, tanto en un supuesto como en

⁴⁸⁹ Almenar Berenguer, M. “Apuntes sobre algunos problemas prácticos que suscita la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, con especial referencia a la incidencia de las últimas reformas de la parte general del Código Penal”, Diario de Jurisprudencia El Derecho núm. 2272, año 2006.

otro, lo cierto es que parece que pudieran entenderse cometidos tras la concesión del beneficio y no antes.

El AAP de Madrid (Sección 17ª), de 6 de marzo de 2012, acuerda la remisión definitiva de la pena en un caso en que el reo cometió un delito dentro del periodo de prueba, recayó sentencia de instancia dentro de dicho plazo pero esta fue recurrida y se dictó ya fuera del plazo de prueba. Por tanto, no toma como referencia el momento de comisión del hecho sino el de la firmeza de la sentencia y, con base en ello, entiende que no procede revocar la suspensión sino acordar la remisión definitiva⁴⁹⁰.

Para Muñoz Conde⁴⁹¹, si recae condena por delito imprudente durante la suspensión, aunque la Ley no lo excluya (art.84.1), no debe revocarse la misma porque: 1) No tiene sentido que los antecedentes por delito imprudente permitan suspender la pena (art.81,1ª) y, en cambio, el delito imprudente durante la suspensión obligue a revocarla; 2) “Si suspender la pena supone poner a prueba al condenado, la comisión de una imprudencia en la que no hay intención de infringir la ley no deberá ser considerada como un fracaso de dicho sometimiento a prueba⁴⁹²”.

En idéntico sentido se manifiesta García Arán⁴⁹³. Y, en sentido contrario, Sánchez Yllera⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰ En idéntico sentido, encontramos el AAP de Valladolid (Sección 2ª), de 17 de enero de 2008: “El dato posterior de que fue condenado por el Juzgado de lo Penal número uno de Palencia durante el plazo de suspensión acordado por el Juzgado de lo Penal número uno de Valladolid, llegó a conocimiento del Juzgado de lo Penal número uno de Valladolid con posterioridad al auto de remisión definitiva, que ya había adquirido firmeza, sin que quepa una interpretación extensiva del artículo 130-3º del Código Penal en contra el reo.

Este Tribunal inicia esta línea doctrinal, a través de la presente resolución. El principio de seguridad jurídica, en que basa su resolución el Juzgado de lo Penal de Valladolid, es de plena aplicación al auto de remisión definitiva”.

⁴⁹¹ Muñoz Conde, F. *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 561.

⁴⁹² Prats Canut, en Quintero Olivares –dir.- *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

⁴⁹³ García Arán, M. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 110.

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género introdujo novedades en los entonces artículos 83.1.6^a, párrafo segundo y 84.3, siendo obligatorio en esos casos imponer al condenado al que se aplicaba la suspensión lo que establecía el artículo 83.1.1^a, 2^a y 5^a CP. Y, si se incumplían dichos deberes, a diferencia de otros delitos, se revocaría la suspensión. Hoy sigue siendo causa de revocación, pero no se establece una agravación por tratarse de condiciones impuestas en aquellos casos en que el delito guarda relación con la violencia de género, sino en función del criterio de gravedad o levedad del incumplimiento de las condiciones, deberes o prohibiciones impuestas.

Continúa diciéndonos Muñoz Conde que ha de tenerse claro que el espíritu de la LO 1/2004 es la persecución de aquellos actos de violencia que son manifestación de discriminación, desigualdad, sometimiento, menosprecio del hombre hacia la mujer, pues eso es la violencia de género. Por tanto, en aquellos otros casos en que se produzca una actuación que, pudiendo ser constitutiva de delito o falta, no contenga estos tintes, no debería llevar al dictado de una sentencia con aplicación del artículo 153 o 173 CP y, en consecuencia, ello habrá de ser tenido en cuenta a la hora de aplicar los artículos 83 y 84 CP.

Antes no era posible la revocación porque el reo dejase de satisfacer la responsabilidad civil en los casos de pago aplazado pudiendo, según Navarro Villanueva⁴⁹⁵, procederse a la averiguación patrimonial y embargos sobre sus bienes o, en caso de constatarse la insolvencia, declararse la misma en ese momento posterior. Sin embargo ahora, desde la reforma por LO 1/2015, es perfectamente posible, incluso por el hecho de que el reo oculte patrimonio, entorpezca el decomiso, dé información inexacta sobre bienes, etc.

El artículo 125 CP no dice que la insolvencia no se pueda declarar en cualquier momento y, no habiendo sido declarada en el momento previo a

⁴⁹⁴ Sánchez Yllera, I. *Comentarios al Código penal de 1995*, Dir. Tomás Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 484.

⁴⁹⁵ Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, cit., pág. 64.

acordar la suspensión, entendemos que nada obsta a que se haga a posteriori, aunque debiera velarse por la protección del perjudicado, a nuestro juicio, agotándose la averiguación del patrimonio del reo por todos los medios de que el órgano jurisdiccional disponga, alcanzando -en la medida de lo posible y dada la escasez de instrumentos- a poder constatar que no se haya producido una insolvencia punible por cualquiera de sus posibles formas.

Constatada dicha insolvencia, podría esperarse a que el reo viniese a mejor fortuna pero ello supondría dejar al perjudicado en situación de incertidumbre y, por el momento, sin resarcimiento alguno.

En ese caso, quizá lo más conveniente fuese la declaración de la referida insolvencia en aras a permitir, en aquellos casos en que sea posible, que el perjudicado se beneficie de los efectos de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, desarrollada por Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo. Y, en los casos en que no fuesen beneficiarios de esta norma, se dejase abierta la ejecución esperando que el reo viniese a mejor fortuna.

La Ley 4/2015, de 30 de marzo de protección de la seguridad ciudadana, viene a trasponer la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos.

Dicha Ley 4/2015, de 30 de marzo, pretende ser “el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctima de delitos”, ampliándose los beneficios a todas ellas en mayor o menor medida y no solo a aquellas que lo son de delitos violentos o contra la libertad sexual conforme a la actual regulación. La Ley 4/2015 deberá ser desarrollada reglamentariamente, porque no establece compensaciones económicas sino derechos de participación en el proceso, información, asistencia jurídica, etc., que nos parecen de carácter programático pero sin contenido pecuniario que es, en definitiva, casi la única forma que existe de

compensar a los perjudicados cuando no es posible una reparación *in natura*.

Una cuestión a tener en consideración en lo relativo a la revocación por impago de las responsabilidades civiles es la de aquellos casos en que el reo asume un compromiso o plan de pagos para lograr así la suspensión y, posteriormente, no lo cumple pero alega que se encuentra sin capacidad económica para recurrir así una eventual revocación. En ese caso, estaríamos ante un fraude de ley porque su situación de insolvencia no es sobrevenida si existía cuando asumió el compromiso y ocultó la misma con la intención de que se le concediese.

En la práctica, lo habitual es que si el reo asume un plan de pagos razonable, no se averigüen bienes ya que existe el compromiso y no se va a iniciar la vía de apremio. Si no se cumple el plan o la cantidad que se ofrece es ridícula, sí es habitual averiguar bienes para constatar si el penado está tratando de dificultar el pago de la responsabilidad civil.

5.- PROCEDIMIENTO PARA LA REVOCACIÓN.

Sobre el procedimiento, el Código Penal únicamente nos dice que el Juez o Tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. Por tanto, es claro que es preceptiva la audiencia a todas las partes con carácter previo a revocar el beneficio.

Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima.

Esta novedad, a modo de revocación expés para casos excepcionales, no nos parece adecuada, porque la casuística a que se refiere creemos que se relaciona más bien con la comisión de un nuevo delito (riesgo de reiteración

delictiva, riesgo de huida, protección de la víctima) y no con la del ya juzgado. Por ello, pensamos que es posible adoptarlas como medidas cautelares si se evidencia que el reo puede ser un peligro para la víctima, por el hecho de estar fuera de prisión o que puede huir, por algún motivo, principalmente porque quien tiene suspendida la ejecución de la pena es poco probable que pretenda huir, salvo que sea por haber cometido un nuevo delito, en cuyo caso estaríamos, como hemos dicho, en las medidas cautelares que se pueden adoptar iniciada la investigación (sumario, diligencias previas o urgentes).

El Juez o Tribunal también podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver. Aunque lo introduzca la LO 1/2015, nada impidió que el órgano judicial llevase a cabo ambas tareas, por lo cual nos parece innecesaria la introducción en el Código Penal y una reiteración dentro el mismo epígrafe cuarto del artículo 86.

Lo que es claro es que no bastará para la revocación la simple comisión de un delito, sino la existencia de una sentencia condenatoria que haya alcanzado firmeza, como ya apuntaba Yáñez Román⁴⁹⁶ en su día. Cuestión distinta es que sea posible que la causa de revocación y el procedimiento para declarar la misma se inicien dentro del periodo de suspensión pero se alarguen después de este, dado que ha de producirse la audiencia a las partes y el auto de revocación o cualquier otra resolución conexas que se dicte es susceptible de ser recurrida y, por tanto, su firmeza puede dilatarse durante varios meses.

La forma que habrá de revestir la resolución, a pesar del silencio legal, ha de ser la de un auto por el contenido, su necesidad de motivación y la imposibilidad de que sea una sentencia en ese momento.

⁴⁹⁶ Yáñez Román, P.L. “El tipo de la revocación de la condena condicional” en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

Actualmente, la revocación de la suspensión implica que se ordene la ejecución de la pena sin establecerse mayores indicaciones pero, hasta que fue modificado el artículo 85 en 2004, se ordenaba también la inscripción de la pena en el Registro Central de Penados y Rebeldes. Parece que esta omisión coincide con la operada por la misma reforma del Código Penal sobre el artículo 82, epígrafe primero.

6.- CONSECUENCIAS DE LA REVOCACIÓN.

Si se llega a dictar auto declarando revocada la suspensión de la ejecución de la pena que fuera acordada en su momento, ello da lugar, en primer lugar, a que en dicho auto se ordene la ejecución de la pena que quedó en suspenso.

El anterior artículo 85 CP determinaba que, revocada la suspensión, se ordenaría la ejecución de la pena. En la versión que estuvo vigente entre la entrada en vigor del Código y el 30 de septiembre de 2004, se añadía que se ordenaría la inscripción de la pena en el Registro Central de Penados y Rebeldes, como se ha señalado más arriba. Sin embargo, en 2004 desapareció dicha alusión.

Hoy, el artículo 86.1 ya establece de forma unificada que, al revocar la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena. Obviamente, en el mismo auto que se resuelva una cuestión, seguirá la otra como consecuencia inmediata.

En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos. Sin embargo, el Juez o Tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2ª y 3ª (art. 86.4 CP).

Mientras no se produce un pronunciamiento que revoque la suspensión o, por el contrario, que remita la pena definitivamente, no se pone fin a la situación de suspensión de la ejecución respecto del reo. Ahora bien, ¿qué sucede si el plazo de prueba ha transcurrido sin que el reo delinca pero no se ha dictado todavía el auto que acuerda la remisión y, en estas circunstancias, el reo comete un nuevo delito? ¿Podría dictarse un auto revocatorio entonces? Como ya hemos dicho anteriormente, creemos que la respuesta debe ser negativa, que el penado no debe sufrir las consecuencias de un retraso judicial y que el mandato del legislador es claro cuando se refiere a “transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito (...) acordará la remisión de la pena”, no admite prórroga de dicha situación en contra del reo, con independencia del momento en que se venga a dar cumplimiento a lo ordenado. Lo contrario supondría una suspensión de la ejecución *sine die*, opuesta a los principios de seguridad jurídica y legalidad que implican que el reo tiene derecho a saber que ha cumplido la pena, saldando así su deuda con la sociedad y al derecho a la libertad, consecuencia ineludible de haber saldado dicha deuda.

Otra de las consecuencias será que, revocada la suspensión, no cabe plantear la sustitución, hoy reformada a lo que algunos llaman una modalidad de suspensión, aunque a mí no me parece sino que la sustitución ha desaparecido, salvo para los extranjeros, conforme al artículo 89 CP.

En ese sentido, el AAP de Cantabria (Sección 3ª) 92/2016, de 7 de marzo; el AAP de Álava (Sección 2ª) 157/2012, de 3 de marzo⁴⁹⁷ o, entre la doctrina, Tena Aragón⁴⁹⁸. La STC 81/2014, de 28 de mayo, fue vinculante, determinando que la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad se concibiese por el legislador como un modo alternativo a la ejecución de la condena, no siendo por tanto posible sustituir la pena suspendida después de revocada la suspensión, pues la sustitución del hoy

⁴⁹⁷ “Pues bien, en estas circunstancias, entiende la Sala que, una vez que se ha suspendido la pena, se ha entrado en el período de suspensión, y se ha revocado posteriormente la suspensión, no es posible jurídicamente valorar ni conceder la sustitución de la pena, por la propia dicción del art. 88 CP, puesto que solo es esta factible si se ha concedido antes de dar inicio a la ejecución”.

⁴⁹⁸ Tena Aragón, Mª. F. “Suspensión y sustitución de penas en delitos de violencia de género”, Cuadernos Digitales de Formación, Cendoj, 2010.

desaparecido artículo 88 exigía que se valorase antes de darse inicio a la ejecución. No obstante lo antedicho, durante tiempo fue una posibilidad aceptada y aplicada por la jurisprudencia.

Un problema que se suscita con demasiada frecuencia y tiene su origen, normalmente, en la escasez de medios con que cuenta la administración de Justicia es el de las revocaciones tardías, esto es, aquellos casos en que existe una causa de revocación que no es detectada hasta mucho tiempo después de tener lugar y que hace que se plantee la posible revocación, muchas veces cuando termina el periodo de prueba. Al respecto, la Junta de Presidentes de las Audiencias Provinciales de Cataluña⁴⁹⁹ estableció un deber de seguimiento semestral de los asuntos para evitar que, existiendo causa de revocación, esta se pospusiera. Nos parece acertado, pues lo contrario no suele ser un beneficio para el reo si al final ha de ingresar en prisión. De tener que suceder, lo mejor parece que sea cuanto antes y solo en algunos casos aislados el hecho de cumplir la pena de prisión más tarde pudiera suponer un beneficio al reo, como por ejemplo el fallecimiento del mismo en dicho intervalo.

⁴⁹⁹ Audiencias Provinciales de Cataluña. “Jornadas en Caldes d'Estrachs del 12 y 13 de mayo de 2010”.

CAPÍTULO VI.- REMISION DEFINTIVA.

El actual artículo 87.1 CP establece que, transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, este acordará la remisión de la pena⁵⁰⁰.

Por tanto, cuanto menos existe un requisito que el penado debe haber cumplido, el de no haber delinquido durante el periodo fijado. Y, en aquellos casos en que se haya impuesto alguna condición, deber o prohibición, será también requisito que el penado los haya cumplido satisfactoriamente.

La práctica habitual es que el Juzgado o Tribunal encargado de la ejecución, en principio y si no recibe comunicación del Registro Central de Penados y Rebeldes ni de otro órgano jurisdiccional, porque el reo hubiese sido condenado en otro proceso, solicite al término del periodo de prueba impuesto la hoja histórico penal y valore en ese momento el cumplimiento o no de las condiciones para acordar la remisión definitiva o la revocación, dictando un auto que será susceptible de recurso.

La suspensión de la ejecución de la pena es, como decíamos en el anterior capítulo, una modalidad de cumplimiento de la misma, una forma diferente de que el reo se resocialice y reinserte en la sociedad, acompañada en muchos casos de la imposición de prohibiciones, deberes o condiciones que tienen diversas finalidades de protección de la víctima, resarcimiento, reinserción y resocialización del penado.

⁵⁰⁰ El AAP de Burgos (Sección 1ª) 565/2011, de 20 de octubre estima el recurso interpuesto por la representación del penado contra el que, tras haber sido dictado auto que acordó la remisión de la pena, se le dictó otro revocándola y pretendiendo su ingreso en prisión.

Como modalidad de cumplimiento tiene que tener un día perfectamente determinado en que haya de concluir, garantizándose al reo su derecho a obtener una resolución en que se dé por cumplida la pena y por saldada su deuda con la sociedad. Por ese motivo, dicha situación no puede quedar indeterminada o al arbitrio de nadie, sin que sean una excepción Jueces y Tribunales, salvo en los casos en que la Ley así lo determine y que se asocian a incumplimientos por parte del reo de alguna o algunas de las condiciones, prohibiciones o deberes que le hubieran sido impuestos, siendo el principal el de no volver a delinquir durante el tiempo que dure la suspensión.

Hay que diferenciar entre el momento en que se puede producir la cancelación de los antecedentes penales en aplicación del artículo 136 CP que será, conforme a este, una vez transcurridos seis meses para las penas leves, dos años para las penas que no excedan de 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes, tres años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años, y cinco para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años, siendo de diez años para las penas graves.

Ha desaparecido en la actual versión la exigencia de tener satisfechas las responsabilidades civiles que antes se contenía en el artículo 136.2.1º, sin duda porque en la actualidad el incumplimiento de los plazos de pago concedidos es causa de revocación. Aunque podría suceder que el plan de pagos fuese superior en el tiempo al plazo de prueba, en cuyo caso entendemos que debería concederse la remisión en cualquier caso, siempre que el reo esté cumpliendo dicho plan y que, además, concedida la misma, si dejase de pagar no habría posibilidad de revocarla.

Por ello, y para no perjudicar a la víctima, lo más acertado pasará por establecer un fraccionamiento del pago de la responsabilidad civil coincidente con el periodo de prueba que es, en la práctica, lo que intentan hacer los Juzgados aunque se enfrentan muchas veces a la imposibilidad de cohonestar el respeto a la Ley (que se trate de un plan de pagos que pueda ser cumplido en un tiempo razonable) y la situación del reo, muchas veces incapaz de hacer frente con sus medios a una responsabilidad civil que

puede ser muy alta. En esos casos, muchos Juzgados aceptan que vaya pagando en la medida de sus posibilidades, aunque no vaya a hacerlo dentro del plazo de prueba y, transcurrido este, posiblemente ya no tenga mayor aliciente para continuar haciéndolo, sin perjuicio de que se puedan embargar bienes o derechos hasta la liquidación total de la deuda.

El artículo 136.2 CP es el que fija el *dies a quo* de los cómputos, siendo de vital importancia puesto que, en ocasiones, un día es determinante de que se considere que el reo tiene antecedentes penales que actúen en su contra para concederle el beneficio de la suspensión o que, por el contrario, ya no los tiene porque han sido o debieran haber sido cancelados conforme a este artículo.

Así, el artículo establece que los plazos *“se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena, el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión”*.

La literalidad del precepto, de todo punto correcta, precisa sin embargo desgranar cuanto se condensa en tan breves líneas. Así, vemos que parece claro que, a efectos de la cancelación de antecedentes delictivos, hay que comenzar a contar el día siguiente a aquel en que queda extinguida la pena. Por tanto, si se condenó a una pena (la que fuere, puesto que no se reserva a la prisión ya que puede ser la de privación de un derecho distinto del de libertad) a un reo el 2 de enero de 2010 y la duración de la misma fue de 2 años, ello significa que el día 3 de enero de 2012 quedó extinguida y que, por tanto, el día 4 de enero (el siguiente al de la extinción) comienza el cómputo del plazo para la cancelación de los antecedentes penales.

Tratándose de una pena de dos años, el plazo para la cancelación conforme al 136.1.c) CP será de tres años, salvo que lo hubiere sido por un delito imprudente, en cuyo caso lo sería de dos [136.1.b) CP]. Esto supone que los antecedentes penales del reo se cancelaron, o debieron cancelarse, el

3 de enero de 2015 (2014 si se hubiese tratado de una condena por delito imprudente).

Lo que no nos dice el precepto es cuál es el *dies a quo* para el cómputo, aunque parece obvio que, tratándose de una pena a cumplir (porque posteriormente nos habla del caso de la suspensión), será el mismo día en que comience a cumplirse la misma.

Sin embargo, el caso de la cancelación de antecedentes en la remisión condicional es tratado de forma particular y se establece como requisito que se haya acordado previamente la remisión definitiva y, una vez acordada esta, el artículo 136.2 CP nos presenta un galimatías pues hay que obtener primero la remisión definitiva y, una vez obtenida, hemos de hacer dos cálculos:

1º) Cálculo del cumplimiento de la pena. Hay que tomar como *dies a quo* el día siguiente a aquel en que se acordó la suspensión y como *dies ad quem* el final del plazo de condena. Ello supone que, si se condenó al reo el 02/01/2010 a dos años de privación de libertad (en este caso sí ha de tratarse de una pena privativa de libertad, puesto que las de distinta naturaleza no puede ser suspendidas) y se acordó la suspensión mediante sentencia de esa misma fecha, la pena debería quedar extinguida el 03/01/2012.

Si se acordó la suspensión mediante posterior auto, por ejemplo de 02/03/2012, debería quedar extinguida el 03/03/2012. Nótese que no sirve de referencia la fecha de la condena sino la de la suspensión, del mismo modo que no servía de referencia (*dies a quo*) el día de la sentencia condenatoria sino el de comienzo de cumplimiento de la pena.

2º) Cálculo del momento en que puede considerarse cancelado el antecedente. No debemos perder de vista que el Código Penal establece como requisito básico que se haya producido la remisión definitiva, sin tener en cuenta en cambio el momento en que esta se produzca.

Acordada dicha remisión, el *dies a quo* será el siguiente y, desde el mismo, se computará el plazo de cancelación de los establecidos para cada pena en el artículo 136.1 CP.

De entre las variadas incidencias que pueden presentarse, hemos de citar de modo especial una en la que participamos profesionalmente, relativa a un cliente condenado a una pena privativa de libertad de escasa duración como consecuencia de la comisión de un delito contra la ordenación del territorio. En concreto, por haber construido su casa sin licencia, aunque se tratase de una zona perfectamente consolidada urbanamente, con multitud de casas en igual situación aunque no afectadas por sentencia condenatoria alguna y en un área con servicios y suministros.

El asunto lo asumimos existiendo ya sentencia firme y auto que acordaba la suspensión de la ejecución de la pena e imponía, de forma genérica, la obligación de colaborar con el Ayuntamiento y el Juzgado en todo lo relativo a la demolición de la vivienda.

Previamente a acordar la suspensión, el Juzgado de lo Penal la denegó en tanto no se llevase a cabo la demolición por parte del penado, diciendo que una vez se produjese la misma acordaría la suspensión. Posteriormente, la concedió, con la fórmula genérica que decimos, pues la Audiencia Provincial de Castellón entendió que no se podía forzar a que la demolición la llevase a efecto el propio penado y cabía hacerla de forma subsidiaria por el Ayuntamiento.

La vivienda fue demolida y el plazo de prueba superado por el penado sin haber delinquido y habiendo colaborado cuando se le requirió para abandonar la vivienda, entregando incluso las llaves al ente municipal. Sin embargo, la situación económica del reo, que se había quedado sin hogar y estaba jubilado, no daba para pagar el coste de la demolición que ascendía a más de treinta mil euros. Por ese motivo, el juzgado denegó la remisión definitiva de la pena con base en que el penado no había “pagado la responsabilidad civil”.

A nuestro juicio, la resolución –recurrida sin éxito ante la Audiencia que no entró siquiera en el fondo del asunto- incurría en una serie de errores, como que se considerase responsabilidad civil la demolición, cuando de ser así no sería discrecional del juez (art. 319 CP), sino obligatoria en todo caso y cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la propia AP de Castellón, ha declarado que la demolición es una consecuencia del delito, pero no constituye responsabilidad civil.

Por otro lado, no se había establecido como condición que el condenado tuviese que pagar el coste de la demolición sino que colaborase, sin más. Por ello, la imposición años después de esa obligación de pago no pudo nunca constituir una condición que no había sido impuesta al penado al tiempo de acordar la suspensión, entendiéndose que el reo debe conocer la pena concreta que se le ha impuesto, al igual que la responsabilidad civil, para el caso de que la hubiese habido.

Por ello, si el juzgado entendía que el pago de la demolición era una suerte de responsabilidad civil, con la entonces regulación de la suspensión (año 2010) el Juez no pudo nunca conceder la suspensión sin haberse cumplido previamente el requisito de tenerla satisfecha, pero sí la concedió.

Para mayor desconcierto, la consecuencia de no cumplir la condición, en el caso en que el Juzgado sostenía que así fue -una condición impuesta bajo la genérica mención de “colaborar con el Ayuntamiento y el Juzgado en la demolición”- no pudo ser nunca no otorgar la remisión definitiva, sino revocarla o imponer nuevas condiciones. Sin embargo, no hizo ni una ni otra cosa, limitándose a no conceder jamás la remisión de la pena.

De este modo, no habiéndose remitido la pena a día de hoy, el antecedente penal del reo sigue sin cancelar y seguirá así por años sin término en lo que supone, a nuestro juicio, un incumplimiento de los principios básicos de legalidad y seguridad jurídica, con el derecho de todo condenado a tener por cancelados sus antecedentes y por cumplida su pena, debiendo saber qué día tendrá ello lugar y no pudiendo alargarse *sine die* ni

REMISIÓN DEFINITIVA

hacerse depender de su mejor o peor fortuna, esto es, del día en que tenga aquellos más de treinta mil euros para pagar la demolición de su casa.

LIBRO IV.- LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA.

CAPÍTULO I.- INTRODUCCIÓN.

Cuando comenzamos este trabajo, planteamos este apartado con autonomía propia a la suspensión, dado que la institución de la sustitución la tenía, dentro de las alternativas a las penas privativas de libertad.

En la actualidad, tras las reformas habidas en el Código Penal por la LO 1/2015, el escenario es bastante diferente y la sustitución se ha convertido, aunque solo sea en parte, en una modalidad de la suspensión sujeta a condiciones en todo caso, habiéndose derogado el artículo 88 CP y subsistiendo únicamente para el caso de extranjeros del artículo 89 CP, con importantes modificaciones.

Esta es una reforma no exenta de crítica, porque la sustitución que regulaba el anterior artículo 88 CP era, en muchas ocasiones, más favorable al reo que lo es ahora en su modalidad de suspensión y, sobre todo, porque no era incompatible con esta⁵⁰¹.

A pesar de estos cambios, hemos creído conveniente tratar en un libro aparte esta institución, no tanto por la extensión, sino por diferenciarla de la suspensión, porque, de este modo, facilitará su estudio y porque no solo se ciñe al extinto artículo 88 y al vigente 89. Podemos encontrar otros supuestos, en concreto la sustitución imperativa del artículo 71.2 CP y nos parece de interés traer a colación lo que la institución fue hasta hace poco, los problemas que planteaba y que, en mayor o menor medida siguen vigentes a la hora de su aplicación en los supuestos en que se mantiene como tal.

⁵⁰¹ Gómez-Escolar Mazuela, P. “Cinco cuestiones sobre la nueva suspensión-sustitución de las penas privativas de libertad”, Diario La Ley, nº 8.688, 2016.

Si en el libro primero de este trabajo hemos hablado ya de cuestiones comunes y diferencias entre ambas instituciones, aquí hablaremos de la sustitución para extranjeros con todas las particularidades introducidas por la reforma de 2015, del modo en que se procede al sustituir una pena, de las penas sustitutivas que son aquellas que se imponen en lugar de las originariamente impuestas y algunas cuestiones más.

Sobre su origen, es más fácil identificar el de la suspensión que el de la sustitución porque, aunque entró en nuestro Código Penal con carácter posterior, existen huellas de la misma que se remontan a muy antiguo, perdiéndose en el tiempo.

López Contreras⁵⁰² hace una profunda labor de búsqueda en ancestrales instituciones y encuentra similitudes con otras como la “composición” del Derecho Romano, que permitía, como alternativa a la Ley del Talión, que la parte ofendida pudiese acceder a sustituir la venganza por el sacrificio de un animal ofrecido a los dioses. O, en la Alta Edad Media, donde la pena privativa de libertad era secundaria de la pena de muerte o la aplicación de la Ley del Talión y para no perder mano de obra, los señores feudales preferían sustituir estas penas por la imposición de otras de carácter dinerario, quedando solo para el caso de insolvencia las de privación de libertad. Era algo más parecido a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, como nos dice el autor.

En la Baja Edad Media, la situación dio un vuelco y, ante la abundancia de mano de obra, escaseó el trabajo al tiempo que aumentaron los pillajes y otros delitos, de tal modo que se primó la imposición de penas de muerte y torturas, en pro del exterminio de los delincuentes. Era la época del Derecho penal del terror (concepto a que alude Mir Puig⁵⁰³) pues los pobres no tenían defensa alguna. Existía una forma de sustitución que era el

⁵⁰² López Contreras, R.E. *La sustitución de las penas privativas de libertad*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, págs. 12 y ss.

⁵⁰³ Mir Puig, S. *Introducción a las bases del Derecho penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2003, pág. 64.

exilio o destierro a otras ciudades como sustitutivo de la pena de muerte que López Contreras equipara a la expulsión de extranjeros del artículo 89 CP.

Más tarde, en la época mercantilista de la Edad Media se produjo un aumento del comercio por el descubrimiento de América y creció la necesidad de mano de obra, volviéndose a considerar más importante mantener en vida al delincuente, que era utilizado para trabajos forzados en las penitenciarías, entendiéndose una forma de sustitución las penas de trabajos forzados en lugar de las de muerte, penas corporales o el destierro.

Si de la razón de ser de la sustitución hemos de hacer alguna mención, diremos que guarda gran similitud con la de su institución hermana, la suspensión. En definitiva, lo que ambas pretenden es evitar el paso por prisión de un individuo que ha delinquido y ha sido condenado a una pena privativa de libertad de corta duración, fundamentalmente por pensarse que la cárcel es un lugar más propicio para corromperle que para reformarle.

En efecto, si alguien comete un delito grave, la respuesta penal equivalente va a ser la condena a prisión por un tiempo considerable, como regla general. En esos casos, no se plantean alternativas, porque se considera que la prisión es el lugar adecuado para el penado y será allí donde se trate de ofrecerle programas de reinserción social.

En cambio, cuando la pena es menor, de corta duración, se considera que su paso por prisión, con el contacto que supondría –pese al régimen de clasificación- con los delincuentes habituales y los más avezados criminales, solo tendría efectos perniciosos para el reo. En ese caso, es mejor procurar una alternativa que, siendo una pena y teniendo pues carácter aflictivo como tal, no sea de prisión sino de distinta naturaleza. Es aquí donde comparten la razón de ser ambas instituciones, si bien, cuando se trata de la sustitución, no se exige que el condenado carezca de antecedentes (tampoco en la modalidad de la suspensión del art. 80.3 CP, de reciente introducción) y la pena que se sustituye es siempre la prisión, a diferencia de la suspensión, extensible a cualquier pena privativa de libertad.

En cuanto a las clases de sustitución, distinguiremos, en primer lugar, la ordinaria, otrora regulada en el artículo 88 CP y hoy como modalidad de

la suspensión en el artículo 80.3 CP. Como decíamos, hablamos de la misma a efectos de su estudio, ya que ha sido durante años una alternativa a la prisión distinta de la suspensión e incluso es posible que existan penas sustituidas por esta vía relativas a procedimientos antiguos, si bien hay que decir -de entrada- que, a la hora de plantear la suspensión o la sustitución, en la práctica muchos Juzgados y Tribunales no se guían por la Ley que fuese aplicable al tiempo de comisión del delito, ni tampoco por la más favorable entre ese momento y la extinción de la pena sino por la Ley vigente en el momento de adoptar la decisión de conceder o no el beneficio.

Ello implica que, aunque estemos en un procedimiento anterior a la entrada en vigor de la LO 1/2015 para el Código Penal, si la decisión acerca de la suspensión o la sustitución ha de adoptarse vigente ya la reforma operada por la misma, será con el nuevo Código Penal con el que se dilucide la cuestión, aunque esta no es una cuestión pacífica, porque otros órganos opinan que estamos ante normas sustantivas (también refiriéndose a los artículos 80 a 89) y que, por tanto, ha de aplicarse al reo la versión que le sea más beneficiosa en todo ese lapso de tiempo. A ello hacíamos ya alusión cuando, en el correspondiente capítulo, tratábamos la naturaleza de la suspensión.

Por otra parte, en el artículo 89 CP, está prevista la denominada “expulsión sustitutiva” para el caso de extranjeros, sobre la que se han hecho profundas reformas, principalmente en cuanto a no diferenciar a los residentes legales de los ilegales, que era fuente de discriminación y no precisamente en todo caso salían los que contaban con permiso de residencia, sino al contrario. También, con la novedad de hacer cumplir parte de la pena de prisión en España antes de ser expulsados, ya que la anterior regulación daba sensación de que los extranjeros podían delinquir de forma impune porque, cuando eran condenados, se les sustituía la pena por la expulsión de territorio español. A ella dedicaremos un capítulo.

Y encontramos también la sustitución del artículo 71.2 CP, denominada así mismo “imperativa”, puesto que no es discrecional para Juzgados y Tribunales concederla o no, sino que viene obligada –igual que sucedía cuando existía la suspensión por ministerio de la Ley- cuando la pena de prisión es inferior a tres meses. Esta también sigue vigente y podemos decir que, como tal sustitución, es la única de la que pueden ser beneficiarios los sujetos españoles, ya que la ordinaria es ahora una suerte de suspensión.

CAPÍTULO II.- SUSTITUCION ORDINARIA.

1.- LÍNEAS GENERALES.

Comenzaremos por decir que la sustitución implica, como su nombre mismo indica, sustituir una pena impuesta por otra distinta y que tiene su sentido desde el momento en que la que se sustituye es una pena privativa de libertad, más concretamente la prisión ya que el artículo 89 solo prevé -y el anterior 88 preveía- la sustitución para esa pena concreta, que se cambia por otra sustitutiva de distinta naturaleza. Su finalidad es, al igual que en la suspensión, evitar que el reo ingrese en prisión por el nocivo efecto que esta puede tener en cualquier individuo, aunque aquí no se exija que se trate de un delincuente primerizo. De este modo no puede, entonces, hablarse de evitar ningún efecto corruptor en quien no está acostumbrado al ambiente carcelario ya que no siempre será así, al no reducirse su concesión a quienes delinquen por vez primera, como decimos.

La LO 1/2015, dentro de las profundas reformas que vino a implantar en el Código Penal, derogó el artículo 88 del mismo, donde se regulaba la sustitución ordinaria, dejando únicamente el artículo 89, que se ocupaba y ocupa de la extraordinaria para el caso de extranjeros. De este modo, podemos decir que, de los dos artículos que regulaban este instituto, solo ha quedado el dedicado a los extranjeros, con las modificaciones que luego veremos.

Sin embargo, el Código afirma que la sustitución ordinaria, aquella que se regulaba en el artículo 88, se ha convertido en una modalidad de suspensión, ubicándose ahora dentro del artículo 80.3 aunque, en nuestra modesta opinión, lo que ha sucedido es que ha desaparecido la sustitución ordinaria, sin perjuicio de que, dentro de las suspensiones, se haya introducido la posibilidad de suspender penas de prisión que individualmente no excedan de dos años, sin exigirse que el reo sea delincuente primerizo ni que la suma de las penas impuestas no supere los dos años, siendo parecido el resultado. Pero el contenido del precepto ha quedado bastante simplificado, de modo que habrá que ver si se aplica,

cómo y con qué resultado, porque nos parece que no solo estamos ante un cambio de denominación.

El cambio producido en el Código Penal no ha tenido reflejo en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, ya que aquí sí sigue existiendo la sustitución en su artículo 51, aunque se refiera, como bien sabemos, a medidas y no penas.

La anterior regulación, por no olvidar una institución tan recientemente extinguida, distinguía el caso en que la pena de prisión a sustituir no excediese de un año, que podía ser sustituida por multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, de otro lado, la pena de prisión que no excediese de seis meses, donde se preveía la posibilidad de sustitución por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente. Aunque el artículo 88 no lo decía de forma expresa, es la conclusión a que se llegaba tras la lectura del precepto y la referencia al término "también".

Y preveía la sustitución por alguna de las tres penas referidas, incluso en aquellos casos en que no estuviese expresamente prevista en el concreto tipo del Código Penal, cuando las circunstancias personales del penado, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejasen, siempre que no se tratase de reos habituales⁵⁰⁴.

Este requisito, el de no tratarse de reos habituales, sigue existiendo en el actual artículo 80.3, siendo a nuestro juicio la nota más característica que permite establecer que este artículo es la herencia del anterior 88, unida después a la consecuencia de que la sustitución sea acordada, esto es, la imposición de lo que ahora se denominan "medidas" por el legislador, que no son otras sino la multa o los trabajos en beneficio de la comunidad (por remisión al actual art. 84).

⁵⁰⁴ Sobre la necesidad de valorar una serie de circunstancias como las personales del reo, su conducta, la naturaleza del hecho o el esfuerzo por reparar, de cara a acordar la sustitución - hoy suspensión-, vid. la SAP de Las Palmas, de 6 de junio de 2014.

Muñoz Conde⁵⁰⁵ cree más adecuado que se hubiese eliminado la exigencia de no ser reo habitual, al igual que en la suspensión ordinaria, puesto que ya se valora esta circunstancia como personal del autor al verse si tiene condenas anteriores.

Al igual que la suspensión, la sustitución ordinaria de la que estamos hablando había de acordarse antes de que se comenzase el cumplimiento o ejecución de la pena (art. 88), bien directamente en la sentencia o, con posterioridad a la misma, mediante el dictado de un auto.

El artículo 88.3 CP establecía que, en ningún caso, se podrían sustituir penas que fueran sustitutivas de otras, referencia que hoy no existe en el artículo 80.3.

El cambio de regulación no nos parece que sea beneficioso sino perjudicial para el penado, desde el momento en que antes, sustituyendo una pena por otra, cumplida la misma, ya comenzaba a computar el plazo de cancelación del antecedente, mientras que ahora este plazo no comenzará a discurrir hasta que se produzca la remisión definitiva y, por otra parte, el reo está sometido a un plazo de prueba que antes no debía superar.

Además de ello, donde antes no se exigía al penado que hubiese satisfecho la responsabilidad civil, aunque sí se tuviese en cuenta el esfuerzo por reparar, ahora es requisito previo para la concesión (siquiera mediante la asunción de un plan de pagos), aunque puede suscitarse una duda interpretativa porque el precepto no es claro al afirmar que “se condicionará”, sin que quede claro si será una condición para conceder esta modalidad suspensiva o quiere decirse que se concederá imponiendo la reparación como condición, de tal modo que su incumplimiento pueda dar lugar a la revocación posterior. Somos partidarios de hacer esta última interpretación pues es más acorde al contenido del artículo 80.2.3ª CP y lo contrario supondría una contradicción dentro del mismo artículo.

⁵⁰⁵ Muñoz Conde, F. *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

2.- DISYUNTIVA ENTRE SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN.

Con la anterior regulación no existía una regla para optar por aplicar la suspensión o la sustitución en la mayoría de casos y dependía de la voluntad del Juzgado o Tribunal, que podía optar entre una u otra, salvo que se tratase de prisión inferior a tres meses, en cuyo caso el artículo 71.2 obligaba y obliga a sustituir la pena de prisión por multa, TBC o localización permanente. En el resto de casos, se planteaba la disyuntiva entre ambos institutos y la Ley guardaba silencio, de modo que o bien nos encontrábamos con que el Juez o Tribunal oyese a las partes antes de resolver o bien que lo hiciese inaudita parte porque, como comentábamos en su momento, el antiguo artículo 80.2 CP solo refería una audiencia para fijar el plazo de la suspensión, no para decidir sobre la opción entre esta y la sustitución.

A pesar de que, como decimos, el único artículo que obligaba a elegir entre suspensión y sustitución es el 71.2, lo cierto es que en los casos de enfermedad grave y drogadicción no parece que existiesen dudas a la hora de acordar la suspensión con base en el principio de especialidad, siempre que se cumpliesen las condiciones que para esos casos se determinaban.

Para Ayo Fernández⁵⁰⁶ se planteaba un problema interpretativo entre los artículos 71.2, para el que es indiferente la reincidencia o la habitualidad y el artículo 88.1 -cuando existía- que no permitía la sustitución de ninguna pena cuando se tratase de delincuentes habituales. Para el autor la respuesta ante esta situación estaba en el propio artículo 71.2, esto es en la suspensión, de modo que, cuando estuviésemos ante penas de prisión inferiores a tres meses, si no era reo habitual o reincidente, se había de sustituir en todo caso y si había reincidencia o habitualidad, se había de suspender igualmente.

⁵⁰⁶ Ayo Fernández, M. *Las Penas, Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 122.

Particularmente, éramos partidarios de que la Ley incorporase la obligación de dar audiencia a las partes, principalmente al condenado, a fin de que pudiese valorar los pros y contras de una u otra institución. Creemos que cada caso había de verse de forma individualizada, ya que lo que para un penado podía ser mejor, podría no serlo para otro. Ha de tenerse en cuenta que la suspensión implica no cumplir ni la pena principal ni una pena alternativa, mientras que la sustitución supone precisamente eso, sustituir la principal por otra alternativa. Pero, en cambio, suspender la pena implica someterse a un plazo de prueba durante el cual el hecho de delinquir haría que se revocase el beneficio y se tuviese que cumplir la pena en su integridad, mientras que la sustitución no tenía un plazo de prueba como tal, sino que solo cuando se quebrantaba la pena sustitutiva se procedía a ejecutar la sustituida pero, además, descontando el tiempo cumplido.

No obstante, con la actual regulación, a nuestro entender, se ha impuesto al reo lo más gravoso de ambas instituciones ya que se le impone el plazo de prueba que la sustitución no conllevaba y se le imponen con frecuencia reglas de conducta que, en definitiva, son muchas veces lo mismo que sustituir la pena privativa de libertad por otra obligación.

Si el reo es una persona con facilidad para delinquir, entendemos más adecuada –a priori y sin ver sus concretas circunstancias- la sustitución que la suspensión. Para delincuentes primerizos –con la misma premisa de ver el concreto caso- sería mejor la suspensión. Y, en ambos casos, habría que ceñirnos, en primer lugar, a si verdaderamente es posible optar por una u otra o existiese de partida algún condicionante, como pudiera ser que la pena superase el año y no fuese posible acordar la sustitución pero sí la suspensión. Por tanto, es necesario estudiar cada caso al detalle, reforzándose por este motivo la necesidad de oír a las partes. De hecho, en la práctica, lo habitual era que optase a la sustitución quien no podía optar a la suspensión.

No obstante, a veces Jueces y Tribunales actuaban de un modo mecánico, considerando a la suspensión una institución principal y a la sustitución como subsidiaria de aquella, de tal modo que, normalmente mediante providencia, era fácil encontrarnos con que se daba traslado a las

partes para que, directamente, se pronunciasen sobre la suspensión de la ejecución de la pena, en casos en que era posible tanto esta como la sustitución.

Para llevar a cabo la sustitución, reservada ahora al caso del artículo 71.2 o para extranjeros (art. 89), se utiliza un sistema de conversión en que cada día de prisión equivale a dos cuotas de multa o una jornada de trabajo o un día de localización permanente.

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, modificó el tercer párrafo del art. 88.1 CP, estableciendo que en condenas por violencia de género, la pena de prisión solo podía ser sustituida por trabajo en beneficio de la comunidad (no por multa) y, además, se impondrían obligatoriamente las condiciones de las reglas 1ª y 2ª del anterior artículo 83.1 CP y la sumisión a programas específicos de reeducación. Actualmente, el artículo 80.3 que regula la nueva modalidad suspensiva heredera de la sustitución, no impone ya TBC, aunque el artículo 83.2 sí impone en estos casos otras condiciones similares. A nuestro juicio, la imposibilidad de que se pudiese aplicar la multa tenía un claro sentido aflictivo y buscaba que el penado no pudiese eludir el escarnio y la molestia que supone muchas veces realizar TBC con el pago de la sanción, obligándole a someterse a los trabajos, muchas veces realizados en plena calle donde pueden ser identificados.

Junto a la anterior sustitución ordinaria, el Juez o Tribunal podía imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el anterior artículo 83, de no haberse establecido en la sentencia como penas, por un tiempo que no podía exceder de la duración de la pena sustituida.

Por su parte, la anterior sustitución extraordinaria, prevista en el extinto artículo 88.1, párrafo segundo, alcanzaba a penas que no excediesen individualmente de dos años, aunque sumadas sí pudiesen superar dicho límite, al igual que se permite ahora con la suspensión del artículo 80.3. Antes se hacía clara referencia al pernicioso efecto que podía tener lugar al

ingresar en prisión el penado y la necesidad de evitarlo en la medida de lo posible, referencia que hoy no se contiene en el 80.3 CP.

Con la actual regulación, al haberse convertido la sustitución en una modalidad de la suspensión, se decide en un único momento y ya no cabe, como sucedía, que revocada la sustitución por cualquier causa, se solicitase entonces un pronunciamiento sobre la suspensión o al revés.

CAPÍTULO III.- SUSTITUCIÓN EN CASO DE EXTRANJEROS.

1.- INTRODUCCIÓN.

La sustitución de la pena para extranjeros se incluyó por primera vez en el Código Penal de 1995 ya que no existía en el de 1973, si bien existía un precedente en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (derogada el 1 de febrero de 2000). Así, la citada LO 7/1985, disponía en su artículo 21.2º, párrafo segundo, que:

“Si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquel, su expulsión del territorio nacional como substitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta”.

Como apunta De La Rosa Cortina⁵⁰⁷, “el fenómeno de la inmigración ha alcanzado unas dimensiones tales que ha supuesto una convulsión jurídica, teniendo su traducción en sucesivas y motorizadas reformas legislativas y reglamentarias y en una abundante jurisprudencia y doctrina de la Fiscalía General del Estado”.

Actualmente, su regulación se encuentra en el artículo 89 del Código Penal, si bien tras cuatro modificaciones⁵⁰⁸, cuyo origen sitúa la Circular 7/2015, de 17 de noviembre, de la FGE en el elevado número de reclusos

⁵⁰⁷ De la Rosa Cortina, J. M. “La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003”, Diario La Ley núm. 6402, 17 de junio de 2004.

⁵⁰⁸ Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003, 5/2010 y 1/2015.

extranjeros, que en la actualidad es de alrededor del 30% de la total población penitenciaria, como lo demuestra el hecho de que se haya impuesto dicha expulsión cuando el penado extranjero llegue al tercer grado penitenciario o se le conceda la libertad condicional.

El actual artículo 89 CP establece una sustitución de forma obligada, sin distinción entre extranjeros que residan legal o ilegalmente en España, cuando se trate de penas de prisión (se excluyen las penas distintas a la prisión, incluso aunque sean privativas de libertad) superiores a un año. Se excluyen ya de entrada las de menor duración, debiendo estarse a la pena efectivamente impuesta como ya refiriera la Circular de la FGE 2/2006 en su día y planteándose, al menos, dos dudas acerca de la duración: la primera de ellas, si se deben sumar las impuestas en una misma sentencia o considerarse por separado y la segunda, si se pueden suspender las superiores al año, obligándose en cambio a cumplir las inferiores, siendo todas ellas impuestas en la misma sentencia.

La Circular 7/2015 de la FGE se muestra a favor de no sumar penas y de la sustitución de todas las impuestas en una misma sentencia⁵⁰⁹ y somos también partidarios de que así sea, puesto que poco sentido tendría sustituir unas por expulsión y obligar al reo a quedarse en territorio español cumpliendo las de duración inferior al año, sobre todo teniendo en cuenta la finalidad de la expulsión del artículo 89. Respecto de la suma, nos parece más garantista diferenciar pena por pena y no sumar, ya que el resultado puede dar lugar a respuestas penales de mayor entidad que las pretendidas por el legislador.

En estos casos, se prevé la sustitución por la expulsión del territorio español, con una serie de salvedades:

⁵⁰⁹ Fiscalía General del Estado. Circular 7/2015, de 17 de noviembre, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015.

-cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En este caso, el Juez o Tribunal puede acordar que se cumpla una parte, que no puede superar los dos tercios, sustituyéndose el resto por la expulsión, si se le concede el tercer grado o la libertad condicional.

Ya existía jurisprudencia⁵¹⁰ que avalaba esta consideración que, en definitiva, se trata de no hacer una aplicación automática de la expulsión sustitutiva y de no dar la apariencia de que el extranjero que delinque va a saldar su deuda con la vuelta a su país.

-cuando la pena impuesta o la suma de varias exceda de cinco años, también se ordena al Juez o Tribunal ejecutar la misma, total o parcialmente, con el mismo fin antes señalado y sustituyendo por expulsión el resto cuando acceda al tercer grado o alcance la libertad condicional.

-cuando a la vista de las circunstancias del hecho y de las personales del autor, en particular su arraigo en España, resulte desproporcionada.

-cuando se trate de ciudadanos de la UE, salvo que supongan una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública.

-cuando el reo hubiere sido condenado por delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis CP, que son delitos donde el perjudicado es también un extranjero y se relacionan con sus derechos laborales o el tráfico de personas.

La Circular 7/2015 de la FGE establece unos criterios para el Ministerio Público que pasan por rechazar la sustitución completa de la pena

⁵¹⁰ SSTS 28/2012 de 25 de enero; 245/2011 de 21 de marzo; 842/2010 de 30 de septiembre; 366/2006 de 30 de marzo; 1189/2005 de 24 de octubre; 1162/2005 de 11 de octubre; 636/2005 de 17 de mayo; 1546/2004, de 21 de diciembre; 1249/2004 de 28 de octubre; 901/2004 de 8 de julio.

en una serie de casos vinculados a delitos con violencia sobre las personas, delitos en los que la víctima es persona especialmente vulnerable, aquellos en los que se viola el domicilio o los perpetrados por bandas criminales, entre otros.

La expulsión, a pesar de que sea acordada, es en ocasiones muy difícil de ejecutar debido a numerosos problemas como, por ejemplo desconocer el lugar de origen del reo, ya que es frecuente que, para evitar la expulsión, oculten su nacionalidad; también, que no exista un tratado entre España y el país de origen; o que las autoridades consulares y diplomáticas del Estado de origen se nieguen a documentar al penado o aceptar su retorno; o el elevado coste de la repatriación; y, en otros casos, porque devolver al lugar de origen al extranjero representa un riesgo para su vida o integridad física⁵¹¹.

El artículo 89 CP fue endurecido considerablemente por la LO 11/2003, de 29 de septiembre. En esos casos, se sustituían obligatoriamente las penas de prisión inferiores a 6 años por la expulsión. Antes era facultativo y, desde 2003, obligatorio, hasta la reforma operada por la LO 1/2015 con las consecuencias que estamos viendo.

El problema que se plantea, según Muñoz Conde⁵¹² y otros autores, con las problemáticas de expulsión antes apuntadas es que se está discriminando a algunos inmigrantes puesto que, si no es posible la expulsión, forzosamente cumplen la pena de prisión y no les es posible beneficiarse de la suspensión, salvo que cumplan los requisitos para ello.

Con referencias a la anterior regulación (antes de la LO 1/2015), donde se distinguía entre el extranjero residente legalmente en España del

⁵¹¹ Fiscalía General del Estado. Circular 7/2015, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015.

⁵¹² Muñoz Conde, F. *Derecho Penal. Parte general*, cit.

que estaba ilegal, Ayo Fernández⁵¹³, afirmaba que la expulsión de un extranjero no residente legalmente en España era discriminatoria porque, sustituyéndose una pena por una medida administrativa, se empeoraba la situación del extranjero, ya que, si este quebrantaba la medida, el tiempo pasado fuera del territorio español no le computaba a efectos del cumplimiento de la pena sino que había de cumplir todas las que le fueron sustituidas.

No compartimos, en parte, la opinión del autor, porque no creemos que se sustituya una pena por una medida administrativa sino por otra pena, ya que así lo dispone el Código Penal en su artículo 89 y no se trata de una norma penal en blanco sino de una pena alternativa expresamente contemplada en el texto punitivo.

Sí entendemos que se produce una diferencia respecto de los nacionales, pero que creemos justificada por el hecho de que a estos se les sustituía por otra pena, que les supondría el pago de una multa, una obligación de hacer, etc. (con la anterior regulación) o se les suspende la ejecución (con la actual) algo, en definitiva, gravoso a diferencia de la expulsión de extranjero que, aunque para el reo pueda suponer un verdadero gravamen si su voluntad era permanecer en territorio español, ni le supone un pago, ni una obligación de hacer, ni le impide el libre desplazamiento por cualquier otro territorio que no sea España y con las limitaciones que cada país imponga, en su caso. Es decir, al expulsado de España por aplicación del artículo 89 CP, nada le impide irse como turista a otro lugar o a trabajar con un permiso que le habilite para ello. Sin embargo, a los extranjeros que residen legalmente en España o a los españoles se les haría cumplir la pena de prisión si superase el año o, excepcionalmente los dos años (art. 88), sin darles la opción de elegir.

Por tanto, es claro que existe una diferencia de trato, pero que no entendemos discriminatoria puesto que, si el extranjero expulsado que incumpla su prohibición de regreso en el plazo establecido se vería

⁵¹³ Ayo Fernández, M. *Las Penas, Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

cumpliendo la pena de forma íntegra (algo que sucedería a posteriori y por pura voluntad del propio reo, cuando decide quebrantar la pena impuesta), no es menos cierto que el español o el extranjero no expulsado comienzan a computar un plazo de prueba y cumplir las condiciones que les fueron impuestas. Sin perjuicio de ello, entendemos que detrás del artículo 89 CP puedan haber razones de política criminal en que se valore como más conveniente por el legislador que un delincuente esté alejado de nuestro territorio y no le cueste al Estado su manutención, al tiempo que se reduce la delincuencia, frente al ánimo retributivo y resocializador, pudiéndose comprender que quien debe preocuparse más por este último sea su país de origen.

Una de las primeras sentencias tras la reforma operada por la LO 1/2015, en aplicar el nuevo plazo mínimo para la expulsión sustitutiva es la SAP de Madrid (Sección 26ª) 606/2015, de 23 de julio, que deniega la solicitud del Fiscal al no tratarse de una pena superior al año de prisión. E incluso antes de la entrada en vigor de la reforma, ya la SAP de Guipúzcoa (Sección 1ª) 123/2015, de 15 de junio, aplicó el periodo mínimo, cuando se solicitaba por el Fiscal la expulsión en una condena de tres meses de prisión. En cambio, la SAP de las Islas Baleares (Sección 2ª) 160/2015, de 10 de junio, confirma la expulsión de un extranjero condenado a un año de prisión, que hubiese podido quedarse en España de recaer la sentencia de apelación pocos días después y una vez en vigor la reforma del Código Penal.

Otra sentencia de 2015, la SAP de Madrid (Sección 16ª) 482/2015, de 26 de junio, desestima el recurso planteado por la defensa de un penado, que resultó absuelto al apreciarse una eximente completa de alteración psíquica ya que, en este caso, no se impuso pena alguna sino, simplemente, una medida de seguridad, respecto de la que no cabe la expulsión sustitutiva para extranjeros, que era lo pretendido por la defensa. De este modo, el acusado resultó absuelto, pero privado de libertad al acordarse una medida de seguridad consistente en internamiento en centro psiquiátrico, aparentemente nociva para él, por cuanto resultaba más restrictiva de su derecho a la libertad que la expulsión pero, en cambio, vista como una necesidad para tratarle en su situación de enfermo mental y, obviamente,

eliminando el peligro que para el resto de la sociedad pudiera representar su libertad deambulatoria.

El artículo 89.9 CP establece una excepción a la expulsión de extranjeros que hayan cometido delitos relacionados con la trata de seres humanos (177 bis), contra los derechos de los trabajadores extranjeros (312 y 313) y de inmigración ilegal (318 bis) pues, como dice Hervella Concepción⁵¹⁴, el reo que fuese expulsado tras haber sido condenado por uno de estos delitos podría, sin regresar a territorio español, seguir cometiendo los mismos delitos desde el extranjero. Efectivamente, estos delitos suelen cometerse en el seno de organizaciones criminales y sería bien sencillo para el delincuente reubicarse en otras tareas de las que se llevan a cabo en el país de origen, tales como la captación de víctimas para la trata o el engaño con la intención de enviarlas a España. A la organización criminal le bastaría cambiar de puesto en la cadena al expulsado de modo que podría seguir con su actividad criminal, motivo por el que es acertado que no se acuerde la expulsión.

2.- PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LO 1/2015.

Con la LO 1/2015, de 30 de marzo, ya no se aplica a españoles sino, en exclusiva, a extranjeros. Por tanto, ha sido suprimida la sustitución ordinaria del artículo 88, que se ha transformado en una modalidad de la suspensión con aplicación de lo que la Ley llama “prestaciones o medidas” que pueden ser la multa, los trabajos en beneficio de la comunidad y, como novedad, los acuerdos alcanzados en un proceso de mediación, al haber desaparecido la localización permanente.

Se elimina la distinción entre el extranjero residente legal o ilegalmente, muy criticada durante el tiempo en que estuvo vigente la norma, volviéndose con ello a lo que establecía la LO 7/1985, que tampoco

⁵¹⁴ Hervella Concepción, S. “Las normas penales y el derecho de extranjería”, Revista española de Derecho del Trabajo nº 108/2001, Civitas, Pamplona, 2001.

hacía dicha distinción. El fundamento de la expulsión pasa a ser ahora la carencia de nacionalidad del delincuente y no su condición de irregular⁵¹⁵.

Con la nueva regulación, se reserva a aquellos supuestos en que el reo ha sido condenado a penas que, en conjunto, superan los dos años, pero, individualmente, no; o aquellos en que el reo no es primerizo, pudiendo darse incluso ambas circunstancias juntas, siempre que no se trate de reos habituales. Se establecen como límite a la expulsión las penas que, individualmente o sumadas en su conjunto⁵¹⁶, superen los cinco años. En esos casos, se cumplirá en prisión la parte de pena que el Juez determine y el resto se sustituirá por expulsión, como ya apuntaba Úbeda de los Cobos⁵¹⁷ en 2006.

Muñoz Conde⁵¹⁸ plantea que la discrecionalidad rige para el Juez desde antes de acordar la suspensión, esto es, en el momento de aplicar la pena. De este modo, si el Juez no fuese proclive a conceder la suspensión, puede optar por imponer una pena que supere los dos años, de modo que ya condiciona la aplicación de la alternativa.

Aunque ello pudiera ser así, queremos añadir estas dos posibilidades que el autor no contempla:

a) que no sea el Juez sentenciador el que resuelva sobre la suspensión, sino el Juez encargado de las ejecutorias penales allá donde los hay.

⁵¹⁵ Leganés Gómez, S. “La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015”, Diario La Ley, nº 8.579, 2015.

⁵¹⁶ Era necesaria la aclaración al artículo 89, puesto que en la anterior versión de 2015, no se especificaba si el límite (entonces de seis años) debía aplicarse a las penas sumadas o a cada una en concreto.

⁵¹⁷ Úbeda de los Cobos, J.J. “La modificación del régimen de expulsión de extranjeros como sustitutivo de la pena de prisión en la reforma del Código Penal”, Diario La Ley núm. 6.577, 25 de octubre de 2006.

⁵¹⁸ Muñoz Conde, F. *Derecho Penal. Parte general*, cit.

b) que haya una limitación previa por la pena más elevada de las solicitadas por las acusaciones, de modo que ninguna de estas supere los dos años, siendo imposible al Juez acordar una superior a la más alta de las que se piden.

Como umbral mínimo se establece que no podrán sustituirse por expulsión penas de prisión que no superen un año de duración. Como máximo, que no superen los cinco años de prisión, pudiendo sumarse - siendo ello una novedad de la reforma operada por la LO 1/2015- las diferentes penas impuestas en la misma sentencia (art. 89.2CP), aunque en los casos en que se superan los cinco años se prevé una parte de cumplimiento en prisión y la sustitución por expulsión del resto, conforme dicta el mismo precepto.

De este modo, el actual tenor del artículo 89 CP deja claro que el instituto de la suspensión no es aplicable como tal a penados españoles sino, únicamente, a los que sean extranjeros, pudiendo decirse que el beneficio de que antes pudieran gozar por esta vía los reos foráneos se ha transformado en una modalidad de suspensión.

Aunque la imposición de condiciones es discrecional para el órgano jurisdiccional, existen dos límites, que el nuevo Código identifica y que son, en primer lugar, que sea necesario para evitar la comisión de nuevos delitos y, el segundo, que los deberes y obligaciones no pueden ser ni excesivos ni desproporcionados.

Para el caso de los extranjeros, el artículo 89.4 CP dice que, en esos casos se atenderá a las “*circunstancias personales, naturaleza del hecho, conducta y, en particular, el esfuerzo por reparar*”. Esta es una novedad, ya que antes no se contemplaba, a pesar de que el Informe del CGPJ al Proyecto de Ley Orgánica 11/2003, ya apuntó la importancia de que se valorasen dichas circunstancias antes de proceder a la expulsión.

Entre las cuestiones a valorar están el arraigo, la situación familiar, la duración de la pena, la naturaleza del hecho (gravedad, alarma social,...),

incluso la duración de la posible prisión preventiva que podría haber completado buena parte de la pena impuesta⁵¹⁹.

El actual artículo 89.8 CP recoge la posibilidad que antes se contemplaba en el 89.6, refiriéndose a aquellos casos en que la expulsión se frustra por cualquier motivo, principalmente que se desconozca el país de origen del condenado o que dicho Estado no quiera aceptarlo. En dichos casos, no queda claro si el reo debe cumplir, sin más, la pena o es posible su suspensión conforme a los artículos 80 y ss., aunque existe jurisprudencia del TC que avala la posibilidad de suspensión.

Las condiciones exigidas se incrementan considerablemente, imponiéndose siempre una de las medidas del artículo 84.1.1ª y 2ª, esto es, multa o trabajos en beneficio de la comunidad, que se fijarán con los criterios de conversión de dos días multa o uno de trabajos, por uno de privación de libertad, con un mínimo de la quinta parte de la pena impuesta. Ello supone que, si se impuso una pena de prisión de treinta meses (dos años y medio), la multa o los trabajos deberán ser impuestos, al menos, por seis meses.

La sustitución para extranjeros, a diferencia de la suspensión, no requiere el cumplimiento de los requisitos de primeridad delictiva, ni de satisfacción de la responsabilidad civil aunque tampoco supone la exclusión de esta última, que seguirá exigiéndose en todo caso. Primaba antes el hecho de deshacerse del extranjero mandándolo fuera de nuestras fronteras, incluso a costa de sacrificar el fin preventivo especial y general o el de reinserción social. Y ahora, con la actual regulación, se cumplen dichos fines por medio del cumplimiento de parte de la pena para terminar con la expulsión en aquellos casos en que la pena supera los cinco años. De este modo, el penado extranjero no tiene la capacidad de decidir si elige expulsión o cumplimiento, pues lo hará el Juez o Tribunal de oficio y por imperativo legal. Si la pena, en cambio, no supera los cinco años de prisión, el Juez o Tribunal ya no está obligado sino facultado para acordar la expulsión o el

⁵¹⁹ Úbeda de los Cobos, J.J. “La modificación del régimen de expulsión de extranjeros como sustitutivo de la pena de prisión en la reforma del Código Penal”, cit.

cumplimiento de una parte. La expulsión tras haber cumplido parte de la pena en prisión puede suponer frustrar los tratamientos que el condenado esté recibiendo de cara a su resocialización⁵²⁰.

Como dice Ayo Fernández⁵²¹, el fin de la sustitución de la pena por expulsión, en aplicación del artículo 89 CP, no es tanto el cumplimiento de una pena alternativa sino que el extranjero no vuelva a pisar territorio nacional en un largo periodo de tiempo. En opinión de Salvador Concepción⁵²² y de Berdugo y Gómez de la Torre⁵²³, la desmasificación de las cárceles es el motivo principal de la medida y, por ello, la primera⁵²⁴ aboga por el riguroso cumplimiento de la audiencia al penado y motivación exhaustiva en que se contemplen sus circunstancias personales, el posible arraigo, situación familiar, etc., de modo que no se automatice la sustitución, siendo motivo de trato discriminatorio frente a otros reos españoles o extranjeros que deban cumplir la pena en prisión y tampoco se cree una sensación de que el extranjero que reside ilegalmente queda impune, aunque la diferencia entre el residente legal o ilegal hoy día haya desaparecido.

López Lorenzo⁵²⁵ afirma que la finalidad de la sustitución en caso de extranjeros, no es la prevención general ni especial sino, simplemente, descongestionar las cárceles y expulsar de forma automática a los extranjeros que delincan en nuestro país.

⁵²⁰ Vidal Castañón, A. *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad: análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor*, Bosch, Barcelona, 2006, pág. 85.

⁵²¹ Ayo Fernández, M. *Las Penas, Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 130.

⁵²² Salvador Concepción, R. "Problemas que presenta la expulsión del extranjero como medida sustitutiva a su condena penal", *Derecho y Proceso penal* n° 28/2012, Aranzadi, Pamplona, 2012.

⁵²³ Berdugo y Gómez de la Torre, J.R. "Alternativas a las penas de prisión. La libertad Condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 63 CP", *Cuaderno Derecho Judicial N°III*, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

⁵²⁴ La autora estudió la cuestión con la anterior regulación del artículo 89, siendo plenamente válida en la comparativa con nacionales españoles.

⁵²⁵ López Lorenzo, V. "La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal", *La Ley Penal* núm. 9, 2004.

En idéntico sentido se pronuncia Giménez García⁵²⁶, al sostener que la finalidad de esta expulsión es desmasificar las cárceles de población reclusa extranjera, aunque apostille que no debe ignorarse que, en muchas ocasiones, la expulsión es inviable por desconocerse la nacionalidad de los delincuentes o, aun conociéndose, no existe tratado de extradición con el país en cuestión, sin contar con algún otro impedimento para llevarla a la práctica.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2015, de 22 de junio, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por LO 1/2015, prevé la revisión de aquellas sentencias en que se haya acordado la expulsión en penas privativas de libertad distintas de la prisión, en penas de prisión inferiores a un año, y en penas de prisión que excedan del límite de cinco años establecido en el artículo 89, en los supuestos de sustitución de la pena impuesta por la expulsión del territorio nacional.

Sobre la naturaleza jurídica de la expulsión, algunos autores⁵²⁷ consideran que es una medida de seguridad no privativa de libertad, por así considerarla dentro de su catálogo el artículo 96.2.2ª CP.

Por otro lado, se establece la audiencia del Ministerio Fiscal y de las demás partes (art. 89.3) cuando la sustitución no se resuelve en la propia sentencia sino posteriormente. Queremos suponer que, al resolver en sentencia, el Juzgado o Tribunal ha planteado la cuestión en el propio plenario y oído a las partes, resolviendo después en la propia sentencia. En caso contrario, nos parecería una conculcación del derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva. La cuestión de la audiencia al penado ya estaba prevista en la redacción original del artículo 89.1 a la promulgación del CP

⁵²⁶ Giménez García, J. “La sustitución de las penas de prisión. Especial referencia a la expulsión de extranjeros”, Cuadernos de Derecho Judicial, Cendoj, 2005.

⁵²⁷ Úbeda de los Cobos, J.J. “La modificación del régimen de expulsión de extranjeros como sustitutivo de la pena de prisión en la reforma del Código Penal”, Diario La Ley núm. 6.577, 25 de octubre de 2006.

De la Rosa Cortina, J. M. “La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003”, Diario La Ley núm. 6.402, 17 de junio de 2004.

de 1995, aunque en este momento inicial no se previese la audiencia a las partes; posteriormente, en la versión que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, se introdujo también la audiencia a las partes pero, como curiosidad, la versión que estuvo vigente entre el 1 de octubre de 2003 y el 22 de diciembre de 2010 sólo hablaba de la audiencia al Ministerio Fiscal, sin mención a la del penado⁵²⁸. Sobre la necesidad de oír al reo, la SAP de Madrid (Sección 27ª), de 13 de noviembre de 2006⁵²⁹.

Para Vidal Castañón⁵³⁰, la audiencia implica la necesidad de que el reo sepa de antemano que existe la posibilidad de expulsión, esto es, debe poder ir preparado a la misma para poder efectuar las alegaciones que entienda necesarias. De ahí que la Circular 2/2006 de la FGE establezca la directriz para los Fiscales de solicitar la expulsión ya en las conclusiones provisionales del escrito de acusación.

Si se optase por la expulsión sin audiencia, se estaría negando la posibilidad de ser oído, tanto al reo como al resto de partes, y quizá, sus alegaciones serían vitales para conocer algún dato que aconsejase la pertinencia de adoptar o no la medida. Sin embargo y pese a lo que diga el tenor del precepto, cuando se formulan alegaciones a un Juzgado o Tribunal, existe siempre un deber por estos de dar respuesta a las mismas y ello implica que, con independencia de ese trámite formal de audiencia, cada parte puede plantear aquellas cuestiones que entienda que debe conocer el órgano jurisdiccional.

⁵²⁸ De este periodo, la STS 901/04, de 8 de julio.

⁵²⁹ *“Por lo tanto, al no ser automática la sustitución de la pena por la expulsión, en cuanto exige algunos requisitos sobre los que puede y debe practicarse prueba, y en cuanto cabe una excepción basada en las características del hecho criminal, incluyendo en ellas las circunstancias del culpable, es preciso oír al acusado sobre la cuestión; que haya existido la posibilidad de que el acusado proponga prueba sobre los hechos pertinentes y alegue lo que le convenga sobre el particular, y que en la sentencia se efectúe una motivación suficiente en función de las características del caso que justifique la resolución finalmente adoptada”.*

⁵³⁰ Vidal Castañón, A. *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad: análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor*, Bosch, Barcelona, 2006, pág. 84.

No obstante lo anteriormente dicho, interpretar de forma lógica, coherente e integradora el artículo 89.3CP, no puede llevarnos sino a pensar que la audiencia es forzosa en todo caso, puesto que se establece como obligatoria la audiencia cuando la resolución no se haga en sentencia sino (en un auto) de forma posterior a aquella. No sería lógico que se estableciese la audiencia en función del tipo de resolución, sin ningún criterio que justificase esa diferente consideración del auto respecto de la sentencia.

Pensamos que lo único que justificaría la ausencia de mención a la audiencia previa cuando se resuelve por sentencia es que, si se declara el juicio concluso para sentencia, ya no existe previsión de que las partes se dirijan al Juzgado o Tribunal entre este momento y el dictado de la resolución.

Queremos decir con todo esto que el precepto, una vez más, no es claro y sí mejorable, de tal modo que quedase claramente dicho que el Juzgado o Tribunal puede optar por la expulsión o por el cumplimiento en España cuando entienda que es más aconsejable, pero que en ambos casos lo hará siempre previa audiencia de todas las partes. Si quiere resolverlo en la sentencia, dicha audiencia debería ser oral en el propio juicio y antes de darlo por concluso; si, en cambio, es a posteriori de la sentencia, podrá ser oral o escrita y la resolución será un auto motivado (aunque sea una redundancia por la necesidad de que todos los autos son motivados).

A la luz de cuanto hemos dicho, una cuestión que se puede plantear es qué sucede cuando el Juzgado o Tribunal, haciendo uso de lo previsto, previa resolución en sentencia, oiga a las partes como es forzoso. En este caso, prácticamente se estaría adelantando el fallo (algo posible, previsto para las sentencias dictadas *in voce*) puesto que si todavía no hay sentencia y el Juez quiere oír a las partes es, muy posiblemente, porque ya está pensando en un fallo condenatorio y quiere saber qué tienen que alegar a la expulsión o al cumplimiento de la condena en España. Por ello, quizá lo más adecuado en estos casos, sería no resolver en sentencia sino, posteriormente y una vez conocida la misma para el caso de condena, mediante auto posterior, que es en realidad la práctica más extendida.

Otro de los problemas que han venido planteándose a lo largo de los años en que ha estado vigente la sustitución de la pena por expulsión para el caso de extranjeros que no residiesen legalmente en España es la discriminación que representaba respecto de los que sí tenían su residencia legal y no podían verse beneficiados⁵³¹; o la discriminación frente a nacionales. Claro está que, quien sufre la condena, es quien sabe si le conviene más pasar un tiempo en prisión con tal de permanecer en España o, por el contrario, prefiere la expulsión.

La anterior regulación suponía un problema por las desigualdades a que daba lugar y, también, por la sensación de impunidad que dejaba ver el hecho de que un delincuente no ingresase en prisión tras la comisión de un delito. A ello se sumaba la falta de cumplimiento de los fines de prevención general y especial de la pena y su fin resocializador⁵³².

Como muestra de la jurisprudencia que se oponía a la expulsión por entender que dejaba sensación de impunidad para el resto de extranjeros, haciendo perder a la pena su fin preventivo, el AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª), de 19 de abril de 2004. O, muy ilustrativa, la STS 686/2008 de 18 de octubre:

"no es difícil imaginar un caso "de excepción" para denegar la sustitución. Tal sería el supuesto de un ciudadano hispanoamericano que se dedica a introducir droga en España, siempre con el cuidado de no exceder de 750 grs. reducidos a pureza en la cocaína, que es la droga incautada, porque en tal caso podría dedicarse a esa actividad impunemente y cuando fuera descubierto interesar la expulsión, que se debería conceder, dado su carácter

⁵³¹ De la Rosa Cortina, J. M. "La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003", Diario La Ley nº 6402, 17 de junio de 2004.

⁵³² Diario de las Audiencias y de los Tribunales Superiores de Justicia nº 533, El Derecho, Madrid, 28 de marzo de 2007.

imperativo, después de unas semanas de prisión preventiva. Las organizaciones dedicadas a esta actividad, tendrían presente que durante 10 años esa persona estaría inhabilitada para realizar tal cometido, lo que determinaría la sustitución por un tercero y así sucesivamente, produciendo un desarme del derecho penal que no cumpliría con su función disuasoria o de prevención general o especial.

Distinto es el caso de un sujeto que de facto reside en España, lógicamente en situación de ilegalidad, que se dedica con habitualidad a promover o favorecer las transacciones y el consumo de drogas denominadas duras, que es el que nos compete resolver”.

Si comparamos la sustitución por expulsión en penas cortas, el efecto discriminatorio perjudicaría a los nacionales, ya que en una condena de prisión de un año, el nacional podría cumplirla salvo que se acuerde su suspensión, mientras que el extranjero podría eludirla a cambio de la expulsión. Visto así, quizá era más beneficiosa la posición del extranjero. En cambio, puede verse desde otra perspectiva en sentido contrario, si el extranjero tuviese aquí su vida organizada, su trabajo, su familia o incluso si resultase que en su país de origen la vida en libertad es peor que la carcelaria en el nuestro. Es esta una reflexión más a la hora de considerar esas circunstancias personales con la actual regulación, valorando que la actual regulación cumple mejor que la anterior con el fin preventivo especial y general de la pena. En definitiva, que al extranjero le ayude o perjudique la expulsión va a depender siempre de sus particulares circunstancias, teniendo siempre en cuenta que el país de origen y la vida –mejor o peor– que el penado pudiera tener en el mismo son, sin duda, claves para ello.

Aunque la actual regulación derivada de la reforma del Código Penal por la LO 1/2015 no distingue ya entre residentes legal o ilegalmente, sí lo hace entre aquellos pertenecientes a la Unión Europea (respecto de los que la expulsión será una medida excepcional) y los que no (para los cuales será la regla).

Sin embargo, sí establece como obligatoria –o más bien como regla general y no facultativa, en principio- la expulsión para el caso de extranjeros en aquellos delitos cuya pena supere el año de prisión. Si dicha resolución se adoptase en sentencia y no se hubiese discutido sobre la misma en el plenario, entendemos que procedería su recurso.

Salvador Concepción⁵³³ entiende que la expulsión, una vez el extranjero ha cumplido buena parte de la pena privativa de libertad en prisión, supone sustituir no la pena sino la libertad condicional ya que, precisamente cuando podía gozar de dicho beneficio, se le expulsa, de tal suerte que no es una medida sustitutiva sino acumulativa.

Compartimos la opinión de De Lamo Rubio⁵³⁴ cuando afirma que la expulsión del extranjero no es un supuesto de sustitución puramente, ya que no existe ninguna pena de expulsión configurada en el Código Penal y, por tanto, podríamos decir que es una alternativa a la prisión, pero no una sustitución en sentido estricto, además de que se configura más bien y en este caso como medida de seguridad al tratar de alejar de España al delincuente de otra nacionalidad. Sin embargo, para Salvador Concepción⁵³⁵, la expulsión –sin que la autora afirme su carácter penal abiertamente- sí tiene contenido conminatorio para el extranjero, que se agudiza con la prohibición de retorno durante el límite temporal fijado y con el archivo de cualquier procedimiento administrativo para la obtención de un permiso de trabajo o residencia en trámite.

El artículo 27 del Reglamento General Penitenciario (RD 190/1996, de 9 de febrero) también contiene una disposición afectante a la expulsión de extranjeros que cumplen penas en España:

⁵³³ Salvador Concepción, R. “Problemas que presenta la expulsión del extranjero como medida sustitutiva a su condena penal”, Derecho y Proceso penal nº 28/2012, Aranzadi, Pamplona, 2012.

⁵³⁴ De Lamo Rubio, J. *El Código Penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 191.

⁵³⁵ Salvador Concepción, R. “Problemas que presenta la expulsión del extranjero como medida sustitutiva a su condena penal”, Derecho y Proceso penal nº 28/2012, Aranzadi, Pamplona, 2012.

“También se notificará al Ministerio Fiscal la fecha previsible de extinción de la condena en los supuestos legales de sustitución de la pena por medida de expulsión del territorio nacional y, en todo caso, cuando se trate de penados extranjeros que extingan condenas inferiores a seis años de privación de libertad”.

O el artículo 197.2 del mismo texto:

“Con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el artículo 89 del Código Penal, con antelación suficiente, se comunicarán al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en el que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas”.

Y, del mismo modo, hemos de remitirnos a los artículos 242 y 247 del Reglamento de Extranjería (RD 557/2011, de 20 de abril) en lo referente al procedimiento, ya que su extensión excede de lo que es el objeto de este trabajo, adentrándose además en una materia puramente administrativa.

3.- COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO.

3.1.- Competencia.

El artículo 89.3 CP se limita a decir que “el Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará...”. De aquí podemos deducir que la competencia la tiene, como regla general, el Juez o Tribunal que dicte la sentencia ya que habrá de resolver sobre la sustitución en la misma; pero, de no poder hacerlo en ese momento, será una vez firme ésta y, en ese caso, no queda claro si

debe ser el mismo Juez o Tribunal que ha dictado la resolución el que, una vez firme pero antes de dar inicio a su ejecución, dicte el auto en el que resuelva, o bien, una vez iniciada la ejecución pueda también hacerlo.

A nuestro juicio, debe ser el Juez o Tribunal que ha dictado la sentencia quien, tanto en la misma como después por medio de auto y siempre antes de iniciar su ejecución, resuelva sobre la sustitución, pero nunca una vez iniciada la misma. Ese criterio descarta que, en aquellos casos en que un órgano especializado en ejecutorias, distinto del que dictó sentencia, se encargue de la ejecución del fallo, pueda resolver sobre la medida. Sin embargo, la práctica no es ésta y es lo más habitual que, en aquellos partidos judiciales donde el CGPJ ha atribuido a uno o varios órganos la ejecución de sentencias dictadas por otros, sean estos Juzgados de ejecución los que resuelvan sobre la sustitución.

Serán en todo caso órganos de la jurisdicción penal y no de otra los que tengan la competencia, pudiendo ser cualquiera que haya dictado una sentencia condenatoria en primera o única instancia penal⁵³⁶ (Juzgado de lo Penal, Audiencia Provincial, Tribunal Superior de Justicia, Juzgado Central de lo Penal, Tribunal Supremo).

3.2.- Procedimiento.

El artículo 89 vigente parece algo falto de concreción cuando, por un lado, en el epígrafe tercero⁵³⁷ establece que siempre que sea posible, el Juez o Tribunal resuelva en sentencia sobre la sustitución por expulsión y, cuando no sea posible, una vez declarada la firmeza de la misma, pareciendo con ello que la resolución se deba adoptar, en todo caso, antes de iniciada la

⁵³⁶ A pesar del derecho a la doble instancia penal, es sabido que en nuestro país existe una verdadera carencia en ese sentido que ha sido criticada durante tiempo ya que el recurso de casación ante el Tribunal Supremo frente a las Sentencias dictadas por la Audiencia Provincial no es una segunda instancia, como el de apelación, al tratarse de un recurso extraordinario que se ajusta a causas tasadas legalmente.

⁵³⁷ *“El Juez o Tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena”.*

ejecución y, por otro lado, en los epígrafes primero y segundo se hable de la sustitución una vez acceda al tercer grado, se le conceda la libertad condicional o cumpla la parte de condena que se hubiera determinado. Lo cierto es que sólo en este último supuesto, que debió estar previsto por fuerza en la propia sentencia, pensamos que existe claridad en la interpretación conjunta del artículo 89. En el resto, nos parece que queda la duda acerca de la posibilidad de acordar la sustitución por expulsión tanto en la sentencia, como en auto antes de dar inicio la ejecución como posteriormente, en el momento en que concurra alguno de los tres supuestos mencionados que implican la inminente puesta en libertad del reo. Es por ello que creemos que la reforma oscurece la claridad del anterior artículo 89.1 segundo, debiendo a nuestro juicio resolverse por la posibilidad de acordar la sustitución en cualquier momento, con independencia de que se prefiera el del dictado de la sentencia y sin olvidar que es preceptiva la audiencia al reo y demás partes (art. 89.3CP).

Sobre si es necesaria la solicitud del Fiscal o de alguna de las partes personadas para resolver sobre la sustitución, diremos que el actual artículo 89 no es claro ya que, en sus epígrafes 1 y 2, da un mandato imperativo al Juzgado o Tribunal (“serán sustituidas”, “acordará la ejecución”) mientras que en el 3, habla de la previa audiencia. Así pues, parece que la petición juega poco papel si actúan las previsiones del 89.1 y 2 CP, tanto en sentido positivo como negativo a la concesión, ya que opera por ministerio de la ley y quizá sea, como dice De la Rosa Cortina⁵³⁸, porque afecta al interés público y nada tiene que decir el penado, cuestión aparte de que pueda ejercitar los recursos que correspondan frente a la sentencia o auto que la acuerde o deniegue. Otra cuestión es que, de no instarse de oficio, pueda serlo por el reo o alguna otra parte.

Al desaparecer la distinción entre residente legal o ilegal, se simplifica el procedimiento y no es necesario realizar dichas pesquisas a posteriori, pero es probable encontrarnos con distintas circunstancias que el órgano

⁵³⁸ De la Rosa Cortina, J. M. “La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003”, Diario La Ley núm. 6.402, 17 de junio de 2004.

deba conocer antes de pronunciarse sobre la expulsión sin que pueda dilatarse tanto el dictado de la sentencia.

Cuando el Juez o Tribunal dicten sentencia o auto, deberán establecer lo correspondiente acerca del alcance de la sustitución ya que, como sabemos, podrá ser total o solo parcial pero, llegados al tercer grado o la libertad condicional, deberá quedar claro qué hacer en ese momento.

Como indica la Circular 7/2015 de la FGE, si la sustitución se demora, por ejemplo porque la ha precedido el cumplimiento parcial de la pena de prisión, habrá de considerarse de nuevo y entonces, si no resulta desproporcionada, valorándose en ese nuevo momento las circunstancias del extranjero, que pueden haber cambiado sustancialmente. Así lo indica para los ciudadanos de la UE el artículo 33.2 de la Directiva 2004/38/CE y para el resto la doctrina del TEDH.

Si la expulsión no puede llevarse a cabo a pesar de haberse acordado, procede la ejecución de la pena pero, en este caso, el reo tiene derecho a que se resuelva sobre su posible suspensión o la sustitución en las mismas condiciones que un nacional.

CAPITULO IV.- LA SUSTITUCION IMPERATIVA DEL ARTÍCULO 71.2 CP.

El artículo 71.2 CP, en su vigente redacción, prevé que en los casos en que, al aplicarse la pena inferior en grado, el resultado del cálculo fuese una pena de prisión inferior a tres meses, esta sea, en todo caso, sustituida por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente.

Dicha sustitución, de carácter imperativo, fue introducida por vez primera en el Código Penal de 1995, en principio para penas que no superasen los seis meses y, posteriormente y a raíz de la reforma operada por LO 15/2003, para las que no superasen los tres meses, como se mantiene en la vigente norma. De este modo, como ya apuntábamos en otro capítulo anterior, podemos decir que es la única sustitución que el legislador ha dejado vigente como tal para españoles, ya que al suprimir por completo el artículo 88 con la LO 1/2015, la sustitución solo queda recogida como alternativa para ciudadanos extranjeros conforme establece el artículo 89 CP.

Autores como Gallego Sánchez⁵³⁹ se plantean si la sustitución imperativa del artículo 71.2 CP, pensada para las penas de prisión que no superen los 3 meses, es de aplicación también cuando dicha cifra se alcanza por medio de una sentencia de conformidad en un juicio rápido, conforme al artículo 801.2 LECrim, el cual establece, a su vez, que en un juicio de conformidad el Juzgado de guardia impondrá la pena solicitada reducida en un tercio aunque sea inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal, resolviéndose lo procedente sobre su suspensión o sustitución. Otros autores

⁵³⁹ Gallego Sánchez, G y otros. “¿Resulta procedente la aplicación de la sustitución imperativa de las penas privativas de libertad previstas en el art. 71.2 del Código Penal, cuando la determinación de dichas penas se produzca como consecuencia de la conformidad, en virtud de lo dispuesto en el art. 801.2 LECr.? For. abierto”, Revista de Jurisprudencia El Derecho núm. 2, abril 2005.

(Calderón, Almenar, Zapatero Gómez, Palacios y Estrella⁵⁴⁰) coinciden en la imperatividad del precepto y la necesaria sustitución de aquellas penas de prisión inferiores a tres meses puesto que lo contrario supondría ejecutar una pena inexistente en el Código Penal. En idéntico sentido se manifiestan De Lamo⁵⁴¹ o Berdugo y Gómez de la Torre⁵⁴².

Sin embargo, se habrá de respetar la también imperativa obligación de sustituir por trabajos en beneficio de la comunidad las penas impuestas en casos de violencia doméstica o de género.

Aunque sea hacer referencia a la hoy extinta sustitución ordinaria del anterior artículo 88 CP, parece que había de entenderse que esta modalidad de sustitución obligatoria del artículo 71.2 CP no se veía afectada por la exigencia de requisitos de la ordinaria (art. 88). En ese sentido De Lamo Rubio⁵⁴³ o Magro Servet⁵⁴⁴.

Se prevé la audiencia a las partes mas no para la sustitución, que es impuesta por Ley, sino para que las mismas puedan alegar respecto de la preferencia de una u otra pena sustitutiva, de entre las posibles.

El momento en que deba resolverse sobre la sustitución y sobre la pena sustitutiva a imponer no queda fijado en el artículo 71, de modo que podríamos acudir a lo previsto para la suspensión en el artículo 82.1, dando preferencia a que sea en sentencia donde se acuerde, aunque ello será, en la práctica, bastante difícil pues supondría adelantar -como si de una sentencia

⁵⁴⁰ Gallego Sánchez, G y otros. “¿Resulta procedente la aplicación ...”, cit.

⁵⁴¹ De Lamo Rubio, J. *El Código Penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 173.

⁵⁴² Berdugo y Gómez de la Torre, J.R. “Alternativas a las penas de prisión. La libertad Condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 63 CP”, Cuaderno Derecho Judicial N°III, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

⁵⁴³ De Lamo Rubio, J. *El Código Penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal*, cit.

⁵⁴⁴ Magro Servet, V. “Sobre el régimen de sustitución preceptiva de las penas cortas de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49 CP) del art. 71.2 CP”, La Ley Penal núm. 21, Madrid, 2005, págs. 108-113.

in voce se tratase- el fallo al momento de concluir el plenario, redactándose posteriormente la sentencia. De otro modo no vemos cómo puede el Juez o Tribunal preguntar a las partes sobre la pena sustitutiva a imponer sin adelantar que va a condenar, que además va a imponer pena de prisión y que ésta no superará los tres meses. Por ello, en la práctica, será habitual que en la sentencia que condene a pena no superior a tres meses, se resuelva ya su sustitución y que la decisión sobre la pena sustitutiva se adopte a posteriori mediante auto, tras oír a las partes.

Entendemos que la falta de resolución al respecto sería una cuestión subsanable por medio del trámite de aclaración o complemento de sentencia y, en cualquier caso, susceptible de ser invocado en el recurso posible contra la sentencia. Incluso, aunque se tratase de una sentencia con conformidad, no vemos obstáculo para su recurso por esta vía pues, como bien sabemos, aunque se haya prestado conformidad, no se impide el posible recurso (artículo 787.7 LECrim y STS de 9 de abril de 2015⁵⁴⁵).

⁵⁴⁵“La doctrina de esta Sala (STS 483/2013, de 12 de junio y 752/2014, de 11 de noviembre, entre otras) mantiene una regla general negativa respecto de la posibilidad de combatir sentencias de conformidad a través del recurso de casación, que se sustenta en la consideración de que la conformidad del acusado con la acusación garantizada y avalada por su Letrado defensor comporta una renuncia implícita a replantear, para su revisión por el Tribunal casacional, las cuestiones fácticas y jurídicas que ya se han pactado libremente y sin oposición.

Las razones de fondo que subyacen en esta tesis, pueden concretarse en tres:

- a) el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, impugnando lo que ha aceptado libre, voluntariamente y con el asesoramiento jurídico necesario.
- b) el principio de seguridad jurídica, fundamentado en la regla “*pacta sunt servanda*”, que quebraría de aceptarse la posibilidad de revocar lo pactado.
- c) las posibilidades de fraude, derivadas de una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas, para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado, sin posibilidades para la acusación de reintroducir otros eventuales cargos más severos, renunciados para obtener la conformidad.

Esta regla general está condicionada por una doble exigencia:

- a) que se hayan respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad.
- b) que se hayan respetado en el fallo los términos del acuerdo entre las partes. Así, por ejemplo, desde la primera de dichas perspectivas resulta admisible un recurso interpuesto frente a una sentencia de conformidad (STS 211/2012, de 21 de marzo), cuando se alegue que se ha dictado en un supuesto no admitido por la ley en razón de la pena, cuando se alegue que no se han respetado las exigencias procesales establecidas (por ejemplo la «doble garantía» o inexcusable anuencia tanto del acusado como de su letrado), cuando se alegue un vicio de consentimiento (error, por ejemplo) que haga ineficaz la conformidad

Magro Servet critica que, por tratarse de una sustitución imperativa, no queda supeditada a la satisfacción de la responsabilidad civil, pero debemos discrepar ya que la sustitución que otrora regulase el artículo 88 tampoco quedaba condicionada a su abono, a diferencia de la suspensión. Sí es cierto que el Juez o Tribunal podía imponer alguna de las condiciones del artículo 83, entre las que no se contaba el abono de la responsabilidad civil, salvo que se forzase su inclusión en el cajón de sastre del 83.1.6^a.

(sentencia 23 de octubre de 1975), o, en fin, cuando, excepcionalmente, la pena impuesta no sea legalmente procedente conforme a la calificación de los hechos, sino otra inferior, vulnerándose el principio de legalidad (SSTS núm. 754/2009, de 13 de julio). Dentro del segundo apartado se justificaría un recurso de casación, por ejemplo, cuando se ha condenado por un delito más grave que el que ha sido objeto de conformidad o impuesto una pena superior a la conformada, o, desde la perspectiva de la acusación, cuando se ha dictado sentencia absolutoria sin respetar la conformidad del acusado con la acusación formulada (STS 355/2013, de 29 de enero). El propio art 783 7º de la Lecrim establece que: “Únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no se hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada”.

CAPÍTULO V.- CONSECUENCIAS DE LA SUSTITUCIÓN.

Podría parecer que, después de la reforma de 2015, la sustitución se centra en la sustitución expulsiva para extranjeros, pero el hecho de que exista el artículo 71.2 hace necesario, siquiera de forma escueta, que nos refiramos a las consecuencias de la sustitución en estos supuestos.

1.- CUMPLIMIENTO DE LA PENA ALTERNATIVA O SUSTITUTIVA.

Sustituida una pena, no será posible que se vuelva a sustituir, porque así lo expresaba el artículo 88.3 CP. Aunque este artículo ya no está en vigor y el 71.2 no dice nada al respecto, del contenido de este último se desprende que la pena que puede sustituirse es la prisión de modo que, sustituida esta por otra pena que no sea de prisión de las enunciadas en el propio 71.2, ya no podría sustituirse la sustitutiva, porque no sería de prisión.

Para Ayo Fernández⁵⁴⁶, el plazo a partir del cual comenzaría a computarse la cancelación de antecedentes penales es el día en que se cumple la pena sustitutiva, no la sustituida, a pesar del silencio del legislador al respecto. Somos partidarios de que así sea aunque ello puede acarrear al reo algún perjuicio, por ejemplo porque el Juzgado o Tribunal tarde mucho en hacer la sustitución de modo que quede al arbitrio del órgano judicial cuándo comenzar a cumplir y, en consecuencia, cuándo comenzar a computar el plazo de cancelación de antecedentes después de haber cumplido, aunque esta desventaja existe incluso cuando la pena que se ejecuta es la de prisión, ya que el día de ingreso lo decide el órgano judicial y no el penado.

⁵⁴⁶ Ayo Fernández, M. *Las Penas, Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 128.

Una solución a lo anterior sería que Jueces y Tribunales tuviesen un plazo máximo para comenzar a ejecutar la pena de prisión de modo que, si se retrasase la orden de ingreso, el condenado tuviese derecho a que comenzase el cómputo de cumplimiento a pesar de estar en libertad. La única salvedad que entendemos podría establecerse vendría de aquellos casos en que el responsable de la dilación es el penado.

2.- POSIBLE IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES O DEBERES ADICIONALES.

Junto a la pena sustitutiva, el Juez o Tribunal puede optar por imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83. La excepción es que ya se hubiesen impuesto en la sentencia. El tiempo máximo de duración será el de la pena sustituida, no el de la sustitutiva que se ha de cumplir, aunque en realidad es una pura cuestión de términos, ya que la sustitución se hace del siguiente modo:

a) Un día de prisión por una jornada (que no día) de trabajo, de modo que sigue siendo 1 día.

b) Un día de prisión por dos cuotas de multa, sin que exista otra equivalencia para las cuotas que la conocida de 2 cuotas multa por 1 día de privación de libertad del artículo 53 CP.

c) Un día de prisión por un día de localización permanente.

Hemos hecho la distinción entre “día” y “jornada”, puesto que en los TBC se computan jornadas, de modo que si el penado quiere acabar de cumplir la pena antes, puede hacer dos jornadas acumuladas en un mismo día, saldando así su deuda en la mitad de tiempo. Es, además, bastante común que así se haga cuando el penado no trabaja, algo habitual en estos últimos años y relacionado muchas veces con sentencias condenatorias por

abandono de familia en su modalidad de impago de pensiones donde el reo no pagó porque, precisamente, no trabaja.

3.- FORMA EN QUE SE LLEVA A CABO LA SUSTITUCIÓN.

Los Servicios de Gestión de Penas, son las Unidades Administrativas que tienen encomendada la ejecución de las penas y medidas alternativas a la prisión. A ellos les encarga el legislador el control del cumplimiento de los deberes a que se refieren las reglas 6^a, 7^a y 8^a del apartado 1 del artículo 83 CP, imponiéndoles el deber de informar al menos trimestralmente (para las reglas 6^a y 8^a) y semestralmente (para la 7^a).

Dependen orgánica y funcionalmente de un Establecimiento Penitenciario, ya sea Centro Penitenciario o Centro de Inserción Social (CIS) y se insertan dentro del organigrama de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias que, a su vez, forma parte del Ministerio del Interior.

Integran estas Unidades diferentes profesionales penitenciarios: Psicólogos, Pedagogos, otros técnicos, administrativos y Trabajadores Sociales. Se configuran, por tanto, como equipos multidisciplinares, al frente de los cuales hay un Jefe/Responsable del Servicio.

En el momento actual el Ministerio del Interior cuenta con 55 Servicios de Gestión de Penas.

Cuando a un reo se le impone una pena o medida alternativa (diferente a la prisión), como quiera que existen diferentes convenios con administraciones locales, o entidades privadas y públicas diversas, los Servicios de Gestión de Penas se encargan de coordinar la ejecución, bien por vía telefónica o por correo electrónico, estableciéndose el contacto con la entidad que dará un puesto de ocupación –en aquellos casos de trabajos en beneficio de la comunidad- para que pueda llevarse a efecto la pena o medida alternativa.

Los SSGPP establecen contacto con el penado, aunque muchas veces son directamente las entidades conveniadas, para valorarlo y ofrecerle la actividad más adecuada de entre las plazas existentes, informándole de los horarios y cometidos que tendrá que desarrollar, pasando luego dicha información y el contacto con el penado a la entidad en que debe cumplir el TBC.

Si se trata de Ayuntamientos, es muy común que sean los Servicios Sociales de los mismos los que se encarguen de esta gestión con los SSGPP, ofreciendo las diversas plazas con que cuentan, realizando una entrevista personal con el reo y eligiendo, de acuerdo con este, el lugar idóneo donde llevar a cabo el trabajo.

La pena de trabajo en beneficio de la comunidad puede verificarse mediante la asignación de tareas, dignas, enfocadas al apoyo o asistencia a determinadas víctimas (por ejemplo, ante una infracción de tráfico, labor de acompañamiento a personas que sufren determinadas lesiones). Otras veces las tareas encomendadas vendrán dadas en función de la entidad u organismo que las oferte y de la formación académica y/o profesional de quienes prestan el trabajo.

El abanico de actividades sociales susceptibles de ser desarrolladas es muy grande. Como parte de ellas podrían destacarse las siguientes⁵⁴⁷:

- Comedores sociales: indigentes y niños.
- Apoyo a discapacitados físicos y psíquicos.
- Reparto de alimentos y ropa.
- Apoyo a personas mayores y dependientes.
- Apoyo a enfermos terminales.

547

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/PenasyMedidasAlternativas/conveniosRelacionados.html>

- Apoyo a transporte adaptado y ambulancias.
- Apoyo centros de día, residencias para personas mayores y teleasistencia.
- Apoyo en centros de día: programas de inserción sociolaboral, drogodependencias, violencia de género o doméstica.
- Apoyo en programas de orientación y búsqueda de empleo.
- Apoyo en comunidades terapéuticas.
- Apoyo en campañas y eventos culturales y deportivos.
- Apoyo en campañas de prevención, sensibilización, etc., ante el consumo de drogas, alcohol.
- Apoyo o participación en programas: alfabetización, español para extranjeros, formación profesional, inserción laboral, etc.
- Apoyo o participación en programas de educación vial, primeros auxilios, socorrismo.
- Apoyo en programas de ocio y tiempo libre para distintos colectivos: mujeres, niños, jóvenes y extranjeros.
- Apoyo en las tareas de mantenimiento y limpieza.
- Apoyo administrativo: archivos, almacenes, atención teléfono, ofimática, mensajería, etc.
- Apoyo en oficios varios: albañilería, carpintería, fontanería, electricidad, cocina, etc.

Los trabajos no son remunerados en ningún caso, ya que se trata de una pena y tampoco se derivan obligaciones laborales entre la entidad y el reo. Si los trabajos fuesen remunerados, podría constituir un agravio comparativo el hecho de pagar a quien ha cometido un delito o, lo que es lo mismo, conseguirle un trabajo remunerado⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸ De Sola Dueñas, A. “Penas alternativas, formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal”. Revista de Derecho Penal y Criminología nº 6, 1996, págs. 1.201-1.225.

Lo habitual es que la gestión del trabajo se encargue a entidades sin ánimo de lucro o públicas, siendo también normal que los trabajos a realizar no se presten en el mercado laboral, sin duda con la intención de no restar puestos de trabajo a otras personas.

La entidad o administración debe llevar el seguimiento diario del cumplimiento e informar de las incidencias que se presenten, tales como ausencias o abandonos injustificados al trabajo, rendimiento inferior al mínimo exigible, oposición o incumplimiento reiterado y manifiesto de las instrucciones del responsable de la ocupación o, incluso, puede darse que por su conducta, el responsable de la actividad se niegue a mantenerle en la misma. De todo ello informará al correspondiente SGP, que lo que hace es contactar con el reo para tratar de reconducirle al cumplimiento.

Hemos de decir que es habitual que quienes han sido condenados a cumplir su pena por medio de TBC no sean todo lo formales que se esperaría, incumplan, muestren apatía o desidia e incluso sean fuente de problemas con la entidad, de modo que algunas abandonan su colaboración por no querer enfrentarse con esta problemática.

Para el control, es habitual que se lleve un libro de firmas diarias de un responsable y del reo para justificar el trabajo realizado. Una vez finalizados los TBC, la entidad dará cuenta al SGP igualmente quien, a su vez, dará cuenta al órgano judicial a efectos de extinción de la pena.

4.- CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO.

Las consecuencias del incumplimiento están en función de la pena sustitutiva que se incumpla. Por ello, será bien diferente si estamos en el caso de la sustitución del artículo 89 o en la del artículo 71.2. En cualquiera de ambos casos, creemos que la actual regulación deja un vacío legal con la derogación del artículo 88 CP porque, a pesar de que dicho precepto ya no es de aplicación, se hace necesario en algún supuesto acudir al mismo para

ver cómo solventar la cuestión, ya que contenía respuestas que ahora no han sido trasladadas al artículo 80.3 ni a ningún otro.

Si se incumple con el pago de una multa, la consecuencia es que cada dos cuotas de multa se transformen en un día de privación de libertad. Sabemos que sólo pueden ser suspendidas las penas privativas y, al transformarse la multa en privación de libertad, se hace susceptible de ser suspendida. En ese caso, para determinar el plazo de suspensión, se debe atender a la gravedad de la pena originaria en la forma que se determina en el artículo 33.5 del Código Penal, que distingue, respecto de la multa, entre menos grave si supera los tres meses y leve cuando no los supera.

Esa distinción sería la que debe adoptarse a la hora de suspender la pena de prisión derivada del impago de multa, resultando así que si la multa originaria fue de más de tres meses, procederá adoptar un plazo de suspensión entre dos y cinco años, conforme al artículo 81 del vigente Código Penal tras su modificación por LO 1/2015, siempre ponderando las circunstancias del delito, las personales del reo, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que le fueren impuestas (artículo 81 en relación con el 80.1.2º). En ese sentido se manifiesta el AAP de Burgos (Sección 1ª) 287/2012, de 4 de mayo, aunque con plazos algo diferentes por referirse a la anterior versión del texto punitivo.

El AAP de Granada (Sección 2ª) 107/2012, de 24 de febrero, es partidario de no suspender la pena de prisión derivada del impago de una multa cuando esta se impuso como sustitutiva de una originaria de privación de libertad.

Para López López⁵⁴⁹, la reforma del anterior artículo 88.2 que resultó de la LO 15/2003 sólo preveía la ejecución de la pena de prisión sustituida

⁵⁴⁹ López López, A.M. “Penas sustitutivas y quebrantamiento de condena”, Diario La Ley núm. 7.673, 14 de julio de 2011.

en el caso de que la sustitutiva incumplida fuese la de multa, mas no la de trabajos en beneficio de la comunidad. Dicha conclusión la extrae el autor del tenor literal del entonces 88.2:

“En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente”.

La deducción es razonable puesto que al hablarse de cuotas satisfechas la única posible alusión es a la pena sustitutiva de multa, que es la que adopta dicho cómputo y dado que los trabajos en beneficio de la comunidad se cuentan por jornadas.

Sin embargo, nos parece que es más razonable todavía pensar en un olvido del legislador, ya que no vemos la razón de establecer dicha discriminación, con tan importante consecuencia como es la prisión, entre quien incumple la sustitutiva de multa y quien incumple la de TBC. Sobre todo, porque ello daría lugar a un rechazo de la primera siempre que ello fuese posible. Y, más que nada, porque si no hubiese una reacción al incumplimiento de la pena, no habría un estímulo para cumplirla.

La sustitución de la pena podía acompañarse de la imposición de las obligaciones o deberes previstos en la suspensión de la misma (art.88.1 en relación al art.83), pero en este caso no se decía cuál era la consecuencia de su incumplimiento.

La Junta de Presidentes de Audiencias Provinciales de Cataluña⁵⁵⁰ de 2010 consideró la existencia de una laguna legal en materia de incumplimiento de deberes impuestos por el artículo 83 CP, no produciendo ningún efecto, sin perjuicio de que fuera una circunstancia a tener en cuenta

⁵⁵⁰ Audiencias Provinciales de Cataluña. “Jornadas en Caldes d'Estrachs del 12 y 13 de mayo de 2010”.

en otras ejecutorias de modo que, a criterio de la Junta, lo correcto es hacer constar el incumplimiento en el auto que ponga fin a la ejecutoria.

A diferencia del incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta de forma originaria, que daría lugar a un quebrantamiento de condena, si se incumple como pena sustitutiva, el artículo 88.2 CP dice que “la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará”. Para ello, habrá que ver la parte de pena que se haya cumplido, haciendo la correspondiente conversión de días de trabajo en beneficio de la comunidad, de localización permanente o de multa a días de prisión para descontar éstos de los que se hubieren impuesto inicialmente en la sentencia, que habrán de serle abonados de la pena por cumplir.

No se expresa en el referido artículo 88.2 ninguna consecuencia al quebrantamiento de condena, es decir, sólo se establece que si se incumple la pena sustitutiva, se habrá de cumplir entonces la inicialmente impuesta, pero sin que se castigue el quebrantamiento de condena que implica no haber cumplido la sustitutiva.

En nuestra opinión, no puede imponerse un castigo por quebrantamiento de condena puesto que sería forzar una interpretación en contra del reo que la Ley no establece, siendo improcedente imponer una sanción que el legislador no ha querido concretar, considerando el principio de especialidad, el de legalidad y el *non bis in idem*.

Para Ayo Fernández⁵⁵¹, el que no exista previsión ante el incumplimiento de los deberes de conducta, no debe interpretarse como un incumplimiento de la pena que conlleve la obligación de cumplir la pena sustituida sino en aquellos casos en que el incumplimiento de dichos deberes sea reiterado.

⁵⁵¹ Ayo Fernández, M. *Las Penas, Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 128.

Pero lo cierto es que, si no existe respuesta por el legislador, no nos parece que pueda hacerse nada en perjuicio del reo pues sería contrario al principio de legalidad penal.

El Código Penal no dice nada sobre la posible comisión de un nuevo delito mientras se cumple la pena sustitutiva. Aunque para algún autor⁵⁵² debería dar lugar a considerarlo un quebrantamiento de condena que tuviese como consecuencia que se ordenase cumplir la pena sustituida, no somos partidarios de interpretaciones en contra del reo que no están previstas expresamente en la Ley.

Fuere como fuere, incumplir la pena sustitutiva no puede considerarse un quebrantamiento de condena ni, por tanto, dar lugar a la aplicación del artículo 468 CP⁵⁵³.

Si quien incumple la pena sustitutiva es un extranjero que fue expulsado en virtud de lo dispuesto en el artículo 89 CP, si es sorprendido en la frontera se le expulsa por la autoridad gubernativa y si es sorprendido en territorio español, habrá de cumplir la pena que le fue sustituida por la de expulsión, puesto que, en definitiva, ha incumplido esta última. Cuando es expulsado por ser sorprendido en la frontera, comienza a computarse de nuevo el periodo de expulsión desde ese momento, de modo que no podrá regresar a España durante el mismo. Hemos de entender que, si de nuevo regresase y fuese aprehendido en la frontera, estaríamos a una nueva expulsión gubernativa debiendo recomenzar el cómputo y sin que se establezca otra consecuencia a su reiteración.

Lo que parece desprenderse de esa regulación no es otra cosa que la de no querer a un extranjero delincuente dentro de nuestro territorio. Casi con independencia de lo que haya hecho (recordemos que se establecen determinados supuestos en que sí debe cumplir la pena en España), se

⁵⁵² *Ibíd.*

⁵⁵³ Gómez-Escolar Mazuela, P. “Cinco cuestiones sobre la nueva suspensión-sustitución de las penas privativas de libertad”, *Diario La Ley*, nº 8.688, 2016.

amplía considerablemente el límite de pena que puede ser sustituida (del ordinario de un año o el extraordinario de dos, a éste de seis años) y se facilita la devolución “en caliente”, todo en aras de no quedarse con un nacional de otro país que ha sido sorprendido delinquiendo en España. Sin perjuicio de que se pueda explicar de algún modo el beneficio que ello pueda reportar, lo cierto es que se dejan de lado el fin retributivo y el resocializador sin que pueda alcanzarse a ver tampoco el de prevención, salvo que para el extranjero en cuestión sea una verdadera pena el hecho de volver a su país de origen, cosa que también es posible pero que no le sitúa en distinta situación, a pesar de haber cometido un delito que pudo ser castigado con pena de prisión de hasta casi seis años⁵⁵⁴.

⁵⁵⁴ Citamos, por parecernos interesante, un fragmento del AAP de Madrid (Sección 17ª) 692/2012, de 17 de mayo en que, revocada la sustitución se accede a suspender el resto de pena que quedaba por cumplir con la imposición de unas de las condiciones del artículo 83: *“Por el contrario, revocada la sustitución, el estado de la causa vuelve a situarse en el momento anterior a la concesión del beneficio revocado, esto es, el penado se encontraría con que tiene que cumplir la pena de seis meses de prisión impuesta lo que no implica que no pueda serle concedido ningún otro beneficio, entre los que se encuentra la posibilidad de suspensión de la pena, beneficio que podrá concederse atendiendo principalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste, y siempre que concurran los requisitos que al efecto señala el art. 81 del Código Penal.*

En el supuesto de autos, el penado ha incumplido la práctica totalidad de la pena de multa por la que en su día fue sustituida la pena de prisión. Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza del delito, la fecha de su comisión (21.03.09), la duración de la pena impuesta (seis meses) y la falta de antecedentes penales del peticionario, no constando que el mismo haya cometido hecho delictivo alguno ni antes ni después de los hechos que dieron lugar a la pena que se está ejecutando, es evidente que concurren todos y cada uno de los requisitos que para la obtención de tal beneficio señala el art. 81 del Código Penal sin que obre en la causa circunstancia alguna que lleve a la consideración de que D. Landelino constituya en este momento un peligro para la sociedad.

Además, dada la duración de la pena, no parece que el cumplimiento de la misma mediante el ingreso del penado en prisión vaya a posibilitar el cumplimiento del fin preventivo especial de la pena de reintegrar o resocializar al penado, que sí puede ser alcanzado mediante la regla de conducta consistente en participar durante dos meses en un programa de educación vial, lo que lleva a este Tribunal a estimar el recurso formulado, en los términos que se expondrán en la parte dispositiva de la presente resolución”.

CAPÍTULO VI.- PENAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS

1.- INTRODUCCIÓN.

Dado que nuestro trabajo está centrado en la suspensión y sustitución de penas, hablaremos de penas y no de medidas, pero hay que decir que se pueden imponer no solo como penas, sino también como medidas de seguridad, las que a continuación veremos.

El Código Penal español, como otros, adolece a nuestro juicio de un defecto importante: la falta de un mayor elenco de posibilidades penales, que lleva a aplicar tratamientos excesivamente gravosos ante hechos delictivos de poca gravedad. De esta opinión son partidarios Cid y Larrauri⁵⁵⁵, que llegan a hablar de “escasez de imaginación punitiva”.

En efecto, ante la comisión de un delito (y hasta hace poco también de una falta), Jueces y Tribunales solo pueden optar por la pena de prisión, la de multa y algunas privativas de derechos, pero lo más habitual es que estas últimas vengan como accesorias, además de la prisión o la multa y ello teniendo en cuenta que posibles delitos existen muchos y que, incluso dentro de cada uno, existen diferentes posibilidades de comisión y participación. Eso supone, en definitiva, dar un tratamiento basado principalmente en la pena de prisión como respuesta al delito, dejando la multa casi como única alternativa en casos leves.

Con ello, lo que sucede es que se opta (mayormente, porque así lo ha establecido el legislador, y Jueces y Tribunales no tienen elección las más de las veces) por penas de prisión de forma recurrente, cierto que graduando la duración de la misma como criterio distintivo entre delitos más o menos graves, pero pena de prisión en definitiva. Pensamos que existen más

⁵⁵⁵ Cid Moliné, J., Larrauri Pijoan, E. y otros. *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 30.

posibilidades con mejores perspectivas para rehabilitar a un delincuente y reinsertarlo socialmente y algunas de ellas aportarían a la sociedad mayor retribución.

Optar por la prisión, por más que sea de corta duración, es una medida muy gravosa para el reo que solo debería reservarse a los casos más graves, porque debe existir una distinción entre quien cometió, por ejemplo, un asesinato, y quien se apropió de 500 euros que no le pertenecían, que debe comenzar por el tipo de pena a imponer y no solo por la duración de la misma.

Es cierto que, ante ello, existe la institución de la suspensión (antes también la sustitución) pero, no olvidemos, que para conceder la misma hay que cumplir una serie de requisitos y que, sobre todo, su concesión sigue siendo una facultad del órgano jurisdiccional y ello es un serio obstáculo muchas veces, incluso aun cumpliéndose los requisitos.

La solución que podría plantearse es una reforma del Código Penal (sí, otra más, aunque afectante solo a las penas a imponer) en que se añadiesen más posibilidades de penas distintas de la prisión y se abordase la cuestión, eliminando esta en aquellos delitos menos graves e incorporando las penas de otra naturaleza.

2.- TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD.

Los Trabajos en Beneficio de la Comunidad son una pena o medida alternativa al ingreso en prisión, sin duda la que más se adecua al fin resocializador si la comparamos con la multa o la localización permanente. Para quienes los realizan, comportan una función reeducativa a la vez que hacen algo útil y provechoso para la sociedad.

Fueron introducidos por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico en el CP de 1995 y, en la actualidad, el RD 840/2011, de 17 de junio, que derogó al 515/2005, es el que regula las actuaciones que debe realizar la Administración penitenciaria para hacer efectivo el cumplimiento de las penas de localización permanente en centro penitenciario, de trabajos en beneficio de la comunidad, de determinadas medidas de seguridad, así como de la sustitución y suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

En su artículo 2.1, así como en el 49 del Código Penal, se definen los Trabajos en Beneficio de la Comunidad como aquellos que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado y le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como en la participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

Pina y Navarro⁵⁵⁶ y Berdugo y Gómez de la Torre⁵⁵⁷ hacen una apreciación interesante sobre el consentimiento del penado, si bien hemos de discrepar del sentido en que entienden la misma. Los autores sostienen que el hecho de que el penado deba prestar su consentimiento a la imposición de los mismos puede suponer una forma de burlar el cumplimiento de pena alguna por esta vía, limitándose a rechazar todos los trabajos que les sean propuestos. Personalmente, entendemos que el consentimiento debe prestarse tan solo para que se acuerde la imposición de los mismos pero que, una vez impuestos, ya no se requerirá para designarle uno u otro en concreto, pues eso podría dar lugar al fraude que apuntan los autores. Dicha interpretación derivaba del artículo 4.3 del RD 690/1996 (hoy derogado) y hoy se regula en el RD 840/2011, de 17 de junio, donde el penado puede proponer un concreto trabajo que será valorado por la

⁵⁵⁶ Pina Massachs, J; Navarro Massip, J. *Alternativas a la prisión. Una visión práctica.*, Cims, Barcelona, 2000, pág. 102.

⁵⁵⁷ Berdugo y Gómez de la Torre, J.R. “Alternativas a las penas de prisión. La libertad Condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 63 CP”, Cuaderno Derecho Judicial N°III, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

administración penitenciaria (arts. 4 y 5) aunque, fuera de esta novedad, no se le confiere demasiada libertad para rechazar los que le fueren propuestos, sin que ello implique una consecuencia peyorativa para él.

Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas⁵⁵⁸ y sus condiciones serán básicamente las siguientes:

1.^a La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.

2.^a No atentará a la dignidad del penado.

3.^a El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración (estatal, autonómica o local), la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin. Cada mes, la entidad pública o privada conveniada debe remitir a la Administración penitenciaria una relación de plazas disponibles ofertadas en su territorio.

4.^a El penado puede proponer un trabajo concreto, que será valorado por la administración penitenciaria.

5.^a En materia de Seguridad Social, los penados estarán incluidos en la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, a efectos de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, por los días de prestación efectiva de dicho trabajo, salvo que realicen el cumplimiento de esta pena mediante su participación en talleres o

⁵⁵⁸ Sin embargo, que la jornada no supere las ocho horas no supone que no puedan acumularse dos jornadas en un mismo día. De este modo, el reo acabará de cumplir la pena antes. No implica que el penado trabaje dieciséis horas porque, generalmente, la jornada es inferior a ocho horas y depende mucho de la capacidad de ofrecer trabajo del órgano conveniado.

programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares, en cuyo caso estarán excluidos de la citada acción protectora.

El RD 2131/2008, de 26 de diciembre, establece que los sentenciados a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad que se encuentren cumpliéndola, únicamente estarán incluidos en la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social a efectos de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, por los días de prestación efectiva de dicho trabajo, correspondiendo la cobertura de dichas contingencias al Instituto Nacional de la Seguridad Social, siendo el Ministerio del Interior quien asume la cotización.

Esta circunstancia ha venido a facilitar las adhesiones y firmas de Convenios por parte de ayuntamientos, ONGs, y otras instituciones, al facilitar enormemente la tramitación y gestiones derivadas del trabajo en beneficio de la comunidad.

6.^a La ejecución de esta pena estará regida por un principio de flexibilidad para compatibilizar, en la medida de lo posible, el normal desarrollo de las actividades diarias del penado con el cumplimiento de la pena impuesta. A tal efecto, cuando concurra causa justificada, se podrá contemplar el cumplimiento de la pena de forma partida, en el mismo o en diferentes días.

7.^a El penado recibirá instrucciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria y directrices de la entidad para la que preste el trabajo.

8.^a Los servicios de gestión de penas y medidas alternativas informarán al órgano jurisdiccional competente para la ejecución sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas cuando así lo solicite o con la frecuencia que este determine y, en todo caso, cada tres meses conforme al Código Penal.

9.^a Así mismo, informarán cuando las circunstancias personales del condenado se modifiquen, cuando se produzca cualquier incumplimiento de las reglas de conducta impuestas y cuando haya finalizado el cumplimiento de las obligaciones impuestas.

Si bien, en el pasado, era común el problema de la falta de coordinación o escasez de lugares donde ubicar a los penados para cumplir la pena sustitutiva de TBC, y así era apuntado por autores como Magro Servet⁵⁵⁹, parece algo superado en la actualidad, donde son los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas del lugar donde el penado tenga fijada su residencia quienes, recibida la resolución o mandamiento judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, así como los particulares necesarios, realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de la pena (art. 3). Ello, sin embargo, no impide que en ocasiones los Juzgados opten por la solución más cómoda, que es no sustituir o imponer otro tipo de pena que plantee menos problemas de control y aplicación⁵⁶⁰.

El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración estatal, autonómica o local y está prevista la celebración de convenios (incluso con empresas privadas, que desarrollen actividades de utilidad pública) para el buen fin de las penas. Lo que hace la administración penitenciaria es supervisar esas actuaciones y prestar apoyo.

Sin perjuicio de ello, también como recoge el artículo 4 del RD 840/2011, el condenado podrá proponer un trabajo concreto, que será valorado por la Administración penitenciaria, poniéndose en conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

⁵⁵⁹ Magro Servet, V. “La importancia de los Servicios Sociales en el tratamiento de la violencia doméstica”, Boletín de Derecho de Familia El Derecho núm. 35, mayo de 2004.

⁵⁶⁰ Pina Massachs, J; Navarro Massip, J. *Alternativas a la prisión. Una visión práctica*, cit., pág. 16.

La jornada tendrá una duración máxima de ocho horas diarias y para determinar la duración y el plazo se valoran las cargas personales o familiares del reo, así como sus circunstancias laborales y, en el caso de programas o talleres, la naturaleza de los mismos. Prima la flexibilidad que permita al condenado cumplir la pena sustitutiva sin dejar de atender sus obligaciones laborales y familiares.

El penado debe acatar tanto las órdenes del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria como de los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas y la propia entidad en que preste el trabajo.

El trabajo, a pesar de su peculiar condición, debe desarrollarse sometido a la legalidad, entre la que se cuenta el deber de cumplir con cuanto se previene en materia de riesgos laborales.

Una vez cumplido el plan de ejecución, los SSGPP informarán de tal extremo al Juez de Vigilancia Penitenciaria y al órgano jurisdiccional competente para la ejecución, a los efectos oportunos (art.9 RD 840/2011).

Como señala Fernández Aparicio⁵⁶¹, uno de los problemas en la ejecución de la pena sustitutiva de TBC es que los reos no colaboran y se comienza con la dificultad de localizarles para la entrevista, cuestión que lleva a que, en ocasiones, la pena prescriba (al menos en las antiguas faltas donde se produciría con mayor rapidez).

Los trabajos en beneficio de la comunidad son una pena privativa de derechos (artículo 39.i CP) de carácter eminentemente retributivo, aunque para algunos autores⁵⁶² la catalogación como pena privativa de derechos obedece a una deficiente técnica legislativa, desconociéndose a qué derecho se refiere la privación. Nuestra particular opinión es que el individuo que se ve condenado a trabajar en beneficio de la comunidad, al igual que el que se

⁵⁶¹ Fernández Aparicio, J.M. “Comentario al RD 515/2005, de 6 de mayo. Cumplimiento de determinadas penas y medidas de seguridad y suspensión de ejecución de penas privativas de libertad”, Boletín de Legislación El Derecho núm. 388, 18 de julio de 2005.

⁵⁶² Pina Massachs, J; Navarro Massip, J. *Alternativas a la prisión. Una visión práctica*, cit.

ve obligado a acudir a un curso de educación en seguridad vial, por ejemplo, se ve privado de su derecho a la libertad aunque dicha privación sea parcial y no tenga el alcance del ingreso en prisión. En definitiva, el reo no tiene voluntad de realizar dichos trabajos y preferiría hacer otras cosas, no hacer nada o trabajar a cambio de un salario, de tal modo que, cuando realiza el trabajo, se le priva de libertad deambulatoria y libertad de elección de aquello que quiere hacer en cada momento. Supone una afectación y restricción de la libertad y sí es, en nuestra opinión, una pena que priva, pues, de un derecho mientras dura.

Para Berdugo y Gómez de la Torre⁵⁶³, la privación que se produce es del derecho a ser retribuido por el trabajo desarrollado, postura que respetamos pero con la que no estamos de acuerdo ya que, para comenzar, no es un trabajo que el reo realice por voluntad propia sino en cumplimiento de una pena.

Los trabajos en beneficio de la comunidad tendrán una finalidad de utilidad pública y podrán consistir en labores de reparación de los daños causados o de apoyo y asistencia a las víctimas; o de participación del penado en los talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

En el caso del artículo 53 CP, ante el impago de la multa impuesta se prevé que esta sea sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad o por responsabilidad personal, siendo en este caso penas subsidiarias y no sustitutivas aunque, en verdad, la subsidiariedad implique sustituir la primigenia pena de multa por alguna de estas dos, en cuyo caso no procede ya el pago de la multa en momento posterior.

El momento para la sustitución, sería dentro de la ejecución ya que antes de esta no se conoce, en principio, que el reo vaya a dejar de cumplir

⁵⁶³ Berdugo y Gómez de la Torre, J.R. “Alternativas a las penas de prisión. La libertad Condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 63 CP”, cit.

la pena principal y, aunque lo normal sería que lo pidiera el reo, la práctica dice que lo acuerda el Juzgado o Tribunal cuando aquél no paga la multa, aunque es necesaria la previa conformidad del penado (art. 53.1CP).

El artículo 71.2 CP también establece que cuando la pena a imponer en aplicación del artículo 71.1 (básicamente por rebajar la pena en grado) sea prisión inferior a tres meses, se debe sustituir en todo caso por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente, aunque no estuviesen previstas en el concreto tipo penal aplicable.

El artículo 153 CP también establece como pena principal los TBC, de forma alternativa con privación de libertad de seis meses, en cuyo caso será el Juzgado o Tribunal el que opte por imponer una u otra. También los artículos 171.7, 172.3, 172 ter.2, 173.4, 244.1, 270.4, 274.3 CP la prevén como pena principal.

Un estudio realizado en 2010 que se contiene en la web de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias⁵⁶⁴, sobre un muestreo 128.687 penados de 15 Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, daba como resultado que la mayoría de reos a los que se les impuso como pena alternativa a la prisión los TBC, eran varones, de nacionalidad española, en edad comprendida entre 26 y 35 años (seguidos por los de 36-45), con estudios primarios, en situación de desempleo y en delitos contra la seguridad vial causados en su mayoría por elevadas alcoholemias, seguidos muy en la distancia por los de violencia de género.

Algunos datos de Fiscalías Provinciales⁵⁶⁵ sobre los trabajos en beneficio de la comunidad impuestos son las siguientes: Barcelona, 4.480 en 2014 y 4.217 en 2013; Las Palmas, 2.188 en 2014 y 2.242 en 2013; Madrid, 3.473 en 2014 y 3.196 en 2013; Murcia, 2.827 en 2014 y 260 en 2013; Navarra, 763 en 2014 y 766 en 2013; Salamanca, 435 en 2014 y 381 en 2013; Santa Cruz de Tenerife, 2.217 en 2014 y 2.624 en 2013; Valencia, 15.084 en 2014 y 9.957 en 2013; Valladolid, 169 en 2014 y 764 en 2013.

⁵⁶⁴ www.institucionpenitenciaria.es

⁵⁶⁵ Consultado el 4 de enero de 2016 en www.fiscal.es

3.- LOCALIZACIÓN PERMANENTE.

Fue introducida por la LO 15/2003 como un mecanismo para prevenir conductas típicas de infracciones penales leves.

El artículo 2.2 del RD 840/2011 la define como aquella que obliga al penado a permanecer en su domicilio o en un lugar determinado fijado por el Juez en la sentencia, o posteriormente en auto motivado.

A diferencia de los TBC, en la localización permanente cuando se desarrolla en establecimiento penitenciario, es este último y no los servicios de gestión quien realiza el plan de ejecución, sin perjuicio de que en ambas penas sustitutivas quien realiza el seguimiento y control es la Administración penitenciaria.

Su duración máxima no puede superar los seis meses (art. 37.1 CP) y, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado.

Si la resolución judicial acuerda que el lugar de cumplimiento sea un establecimiento penitenciario, la competencia para la ejecución de la pena será de la Administración Penitenciaria. En ese caso, se cumplirá los sábados, domingos y festivos mediante ingreso en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del penado, que habrá de recibir un testimonio de la resolución y los particulares necesarios, elaborando un plan de ejecución del que ha de entregar copia al penado y remitir otro ejemplar al órgano que lleve la ejecución.

El cumplimiento de localización permanente que regula el RD 840/2011 es el que se cumple en establecimiento penitenciario, sin duda porque es el que mantiene un contacto institucional y con terceros que ha de concretarse en aras de evitar problemas de ejecución, diferente al que se cumple en el propio domicilio⁵⁶⁶.

4.- MULTA.

En realidad, nuestro sistema penal adopta el modelo de días-multa, cuya determinación tiene dos fases⁵⁶⁷: una primera en que el Juzgado o Tribunal adecua la pena a la gravedad del delito, fijando un número de días-multa y una segunda, en que se fija la cuota de multa en función de la capacidad económica del sujeto, de modo que le suponga el mismo castigo a todo reo.

Si la pena de multa –ya impuesta como sustitutiva o como principal– no puede satisfacerse, la consecuencia sería la revocación de la sustitución y el cumplimiento de la pena sustituida.

Pina y Navarro⁵⁶⁸ creen que la pena de multa tiene escaso efecto preventivo, especial y resocializador ya que, en unas ocasiones, es la familia del reo la que la paga y, en otras, el propio reo opta por la comisión de nuevos delitos para sufragar la multa impuesta.

La pena de multa puede ser fraccionada, pero como máximo en dos años conforme al artículo 50.6 CP, si bien el impago de dos plazos da lugar al vencimiento de los restantes.

⁵⁶⁶ El artículo 13 del Reglamento regula los detalles acerca del cumplimiento, pues allí se recoge todo lo relativo a horarios, descansos, normas de régimen interior, etc.

⁵⁶⁷ Cid Moliné, J., Larrauri Pijoan, E. y otros. *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 40.

⁵⁶⁸ Pina Massachs, J; Navarro Massip, J. *Alternativas a la prisión. Una visión práctica.*, cit., pág. 16.

Las penas de multa deben ser cumplidas igual que el resto y, en principio, no debe ignorarse su importancia por el hecho de que no sean privativas de libertad. La práctica en su imposición hace que los condenados las ignoren muchas veces, al menos en un primer momento, pensando quizá que su impago tiene las mismas consecuencias que el de una obligación exigida en la jurisdicción civil, esto es, que se tratarán de embargar sus bienes y, de no tenerlos o poder esconderlos oportunamente, ninguna consecuencia más habrá para ellos.

Craso error, sin duda. Sus abogados deberían advertirles persuasivamente de las funestas consecuencias que el impago de la multa impuesta tendrá para ellos e, incluso, de que no se satisfará la misma en tanto no se hayan cubierto con carácter previo todos los conceptos a que se refiere el artículo 126 CP, de entre los cuales, la multa es el último.

Por este motivo hay muchas personas en prisión cumpliendo penas cortas, al imponerse multas que no se pagan cuando pudieron haberse pagado con algo de esfuerzo y previsión, o al denegarse la suspensión de la ejecución, porque el reo no ha satisfecho la responsabilidad civil o ni siquiera lo ha intentado. Estas cuestiones, consideradas en cuanto se impone la pena, son asumibles y, cuando no, es aconsejable al menos hacer ver al Juzgado o Tribunal -por medio de continua comunicación mediante escritos del letrado defensor- que el reo está desplegando todo el esfuerzo que le es posible para hacerlos, mostrando cuál es su situación económica. Desgraciadamente, en la práctica, es más habitual que una vez dictada sentencia se deje de tener contacto con el penado con la simple instrucción al mismo de que debe pagar, cosa que las más de las veces no hace por propia desidia, si no tiene detrás a su abogado recordándole la importancia que el pago tiene de cara a su ingreso o no en prisión.

La Ley, en cambio, no es excesivamente drástica y permite que la multa sea satisfecha tanto por el penado como por el responsable civil y bien de forma voluntaria o por vía de apremio. Explicando mínimamente estas cuestiones, es la interpretación conjunta de los artículos 53 y 126 CP la que permite entender que tanto el responsable civil como el penado pueden

hacer el pago. Como regla general, el responsable civil no irá más allá de aquello a que está obligado, esto es, al pago de la responsabilidad civil, que es el primero en el orden de prelación del artículo 126. No obstante, en ocasiones se consigna por el responsable algún dinero sobrante en espera de una liquidación de la referida responsabilidad, pudiendo plantearse en este caso si el saldo positivo deberá serle entregado o aplicarse al pago de las siguientes partidas en el orden establecido, sucediendo en muchas ocasiones que no existe imposición de costas de la acusación particular por su innecesaria presencia, en cuyo caso se pasa de la responsabilidad civil a la multa y podría cubrirse parte de esta.

De otro lado, también decimos que el legislador permite que se satisfaga la multa de forma voluntaria o por vía de apremio. Aunque, en principio, no es lo mismo una cosa que otra y, mientras la primera -el pago voluntario- demuestra un interés de reparar por parte del penado, de la que carece el pago efectuado por vía de apremio, el Código Penal no establece ninguna consecuencia peyorativa para el segundo, motivo por el cual entendemos que es benévolo en este aspecto. Es más que habitual que el Juzgado, que suele servirse de la AEAT, suela cobrar al penado por esta vía de apremio, bien porque es más rápido en cobrar que este en pagar o bien porque la voluntad de pago es inexistente pero, en cualquier caso, lo importante es que, al final, quede cubierta la multa.

De no cubrirse esta, el artículo 53 CP determina que el reo quede sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria consistente en un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas. Esto como regla, con las siguientes puntualizaciones:

a) si el delito es leve (antes pensado para las faltas), la responsabilidad puede cumplirse mediante localización permanente, equivaliendo igualmente dos cuotas diarias de multa a un día de localización.

b) la responsabilidad personal de un día de prisión por cada dos cuotas de multa puede ser sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad. La Ley no habla de sustitución propiamente pero, sin duda, se trata de sustituir la privación de libertad, que a su vez ya sustituye a la multa, por trabajos en

beneficio de la comunidad, aún en contra del criterio de no sustituir penas que sean sustitutivas de otras, aunque pertenece al derogado artículo 88.3 CP. No vemos otra forma de llamar al hecho de que exista una pena originariamente impuesta, la multa, que no se cumpla y se transforme en otra, la privación de libertad que, a su vez, pueda ser cumplida por otra distinta, si bien las dos primeras son penas privativas de libertad (art. 35) y la última privativa de derechos (art. 39).

Para que pueda acordarse esta sustitución, es necesario contar con la conformidad del penado. Aunque en ocasiones se dice que es por razones de dignidad ya que el trabajo que se le imponga al reo podría atentar contra la misma, creemos que no puede acogerse esta tesis ya que, en este momento prematuro, solo se establece que el cumplimiento será con TBC, pero no con cuáles, puesto que es cuestión que se decide posteriormente en contacto con los Servicios de Gestión de Penas y las entidades públicas o privadas con las que se tiene convenio, como explicamos. Es por ello que creemos que el motivo es la necesidad de dar audiencia al penado antes de adoptar cualquier decisión que implique la asunción de obligaciones para el mismo, especialmente en este caso si prefiere ser privado de libertad o realizar trabajos, aunque será raro que no se incline por esta segunda opción.

Por tanto, no es que la multa se transforme en responsabilidad personal o en TBC sino que dicha opción no existe. Lo que dice el CP es que se transforma en la primera y que, con la conformidad del reo, la privación de libertad puede a su vez transformarse en TBC.

El cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria, directamente o mediante TBC, da lugar a la extinción de la multa aun cuando mejore la situación económica del penado (art. 53.4).

La naturaleza de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, es una cuestión clara ya que el legislador la incluye en el catálogo de penas privativas de libertad (art. 35CP), terminando hace años con el debate que otrora suscitaba su falta de inclusión dentro de este grupo.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES.

Dentro de las alternativas a las penas cortas privativas de libertad, ocupa un lugar preeminente la suspensión de la ejecución de la pena, institución de origen extranjero que tuvo su introducción en España mediante la promulgación de la Ley de Condena Condicional de 1908, que fue derogada e incorporada al Código Penal, donde hoy se mantiene en sus artículos 80 a 87, ampliamente reformados por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En esencia, la suspensión implica dejar de ejecutar una pena de privación de libertad, muy comúnmente la de prisión, previo cumplimiento de determinados requisitos y bajo la condición de observar determinadas reglas, entre ellas la principal de no volver a cometer un delito durante el tiempo por el que se suspende la ejecución de la pena, siempre de concesión discrecional por el Juzgado o Tribunal. Cumplidas las condiciones establecidas, se produce la denominada remisión definitiva, que libera al reo del cumplimiento de la pena y de seguir observando las reglas impuestas.

El anterior artículo 88 CP, previo a la reforma de 2015, se dedicaba a otra medida alternativa a la prisión, concretamente la sustitución de la pena, al igual que se dedicaba y sigue haciéndolo el artículo 89 CP, si bien este último solo es aplicable a extranjeros en España. La sustitución implica el cumplimiento de una pena diferente a la inicialmente impuesta y supone también un beneficio para el penado que, de tener que cumplir una pena originaria de prisión, cumplirá otra de distinta naturaleza. El extinto artículo 88 regulaba la sustitución ordinaria, que ahora se incorpora dentro del artículo 80 como una modalidad más de suspensión, no exenta de críticas puesto que, quienes antes cumplían la pena sustitutiva, no se veían -a diferencia de ahora- sometidos a un periodo de prueba, con la incertidumbre que ello supone.

La razón de ser de ambas instituciones es similar, aunque no idéntica. En concreto, evitar el ingreso en prisión de aquellos condenados a penas de

corta duración. Sin embargo, ni la suspensión se limita solo a las penas de prisión, puesto que es posible respecto de cualquier pena privativa de libertad; ni, de otro lado, la sustitución es aplicable a reos primerizos (tampoco ahora la suspensión queda vedada a quien no lo sea). Pero la razón de ser, tantas veces aludida por la jurisprudencia y la doctrina, es evitar el efecto pernicioso o corruptor de la vida carcelaria en aquellos delinquentes primerizos porque, ni es bueno que alguien ajeno al mundo criminal entre a relacionarse con avezados criminales, ni es posible aplicar medidas resocializadoras de carácter pedagógico en cortas estancias dentro de la cárcel. Todo parece pues que sean contraindicaciones cuando de ingresar en prisión una persona que ha delinquido por vez primera se trate, siempre que la pena impuesta sea menor.

PRIMERA.- A pesar de ser una materia en vigor y siempre actual, hemos de poner de manifiesto que, tras el trabajo realizado, se aprecian pocos puntos de discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, habiendo sido resueltas muchas de las cuestiones que eran objeto de debate por las reformas habidas en el Código Penal, principal norma reguladora de ambos institutos.

Así, resumidamente, las cuestiones estudiadas y que eran problemáticas antes de la LO 1/2015 son:

-El cómputo de las faltas para la denegación de la suspensión. En este punto, a pesar de que como hemos visto, alguna doctrina y jurisprudencia pensó en su día que debían ser consideradas, al igual que los delitos, como un obstáculo a la concesión de la suspensión, lo bien cierto es que se trató de una postura muy minoritaria y la casi unánime entendía que sólo debía incluirse en el concepto “delinquir” el delito en sentido propio. Con la desaparición de las faltas en el Código Penal tras la reforma de 2015, resulta ya una cuestión superada, puesto que los delitos leves gozan de la catalogación de delitos y, por tanto, la comisión de los mismos se comprende sin discusión dentro del concepto “delito”.

-El momento en que debía entenderse que existía primeridad delictiva. Fue también objeto de debate la cuestión de si debían computarse los hechos sobre los que no existía todavía condena a efectos de considerar que el reo no había delinquido con anterioridad, para denegar así la concesión de la suspensión. La postura mayoritaria, avalada también hoy por el actual Código Penal, era la que entendía que había de hablarse de hechos juzgados y sentenciados en firme y que todas aquellas condenas no firmes no podían enervar el derecho a la presunción de inocencia del reo. Hoy, es posible incluso acceder a la suspensión sin ser reo primerizo y queda claro que la consideración de antecedentes solo lo es respecto de aquellas condenas que sean firmes al tiempo de cometerse el delito sobre cuya suspensión se decide.

-Otra cuestión de debate lo fue en su día la de los delitos imprudentes, posicionándose mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia a favor de su no consideración como antecedente que impidiese la concesión de la suspensión, quedando también clarificada por la actual Ley.

-Si los delitos juzgados y sentenciados durante el periodo de prueba relativos a hechos cometidos antes de la suspensión, podían producir la revocación de la suspensión fue también un punto de disenso y, sin duda, fuente de abundantes opiniones jurídicas, para concluirse por el legislador en esta reciente modificación del Código Penal operada por la LO 1/2015, que sólo aquellos juzgados y sentenciados que se hubiesen cometido, además, dentro del periodo de prueba, son aptos para producir la revocación del beneficio, debiendo además hablarse de sentencia firme.

Sin embargo, hubo posiciones encontradas, unas que sostenían que aunque se tratase de hechos anteriores a la concesión, debían provocar la revocación; otras, que sostenían lo contrario, que es lo que finalmente ha resultado positivado; y una tercera postura, que entendía que la revocación podía darse, incluso, después de superado el periodo de prueba y concedida la remisión definitiva.

Finalmente, se ha clarificado por el legislador que, como decimos, para que pueda darse la revocación, el penado ha de cometer el hecho dentro del periodo y, además, ser juzgado y sentenciado en firme dentro del mismo.

-Otra cuestión de debate era la necesidad de audiencia a las partes, provocada por la falta de claridad en el Código, donde durante tiempo se mantuvo la audiencia para fijar el plazo de suspensión sin alusión a la concesión previa de la misma. Ello dio lugar a dos posturas, la de los defensores de una audiencia a las partes que fuese previa a la decisión de conceder el beneficio y la de quienes se ceñían a la literalidad del precepto, defendiendo que aquella solo procedía para fijar el plazo de prueba. La solución legal ha venido de la mano de la misma LO 1/2015, que clarifica que la audiencia ha de darse con carácter previo, permitiendo a las partes formular alegaciones respecto de la concesión o denegación del beneficio.

En definitiva, podemos concluir que las reformas recientes traídas por la LO 1/2015, de 30 de marzo, han venido en general a clarificar y posicionarse del lado de las tesis más favorables al reo -en unos casos- y a las víctimas -en otro-, desde un punto de vista de la lógica y la razón, motivo por el que creemos que las reformas han sido mayoritariamente positivas, garantizando los derechos del penado y los de la víctima y del perjudicado, a su vez.

SEGUNDA.- Sobre la naturaleza jurídica de la suspensión y de la sustitución, si bien han estado incluidas dentro del Código Penal desde principios de 1900, bien podrían haber sido incluidas, a nuestro juicio, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puesto que su asignación a una u otra norma no obedece a un criterio de lógica sino de oportunidad. De este modo, que se incluyan en el Código Penal no hace que su naturaleza sea sustantiva por dicho motivo, pues el referido texto contiene normas de carácter sustantivo y otras de carácter procesal, existiendo jurisprudencia reciente que entiende que no es aplicable la regulación más beneficiosa para el reo, sino cuando de preceptos sustantivos (dentro del Código Penal) se refiere, mas no cuando se trata de preceptos de carácter procesal, como es el caso de las normas reguladoras de la suspensión. Por tanto, en mi opinión,

los artículos 80 a 89 pertenecen más al Derecho Procesal que al sustantivo aunque pudiera hablarse de su naturaleza mixta, como manifiesto en este trabajo.

TERCERA.- En los últimos tiempos, es sabido que la mediación va ganando espacio como medio alternativo de solución extrajudicial de conflictos, sin excluirse su aplicación en el proceso penal. En nuestra opinión, que se pudiese sentar frente a frente a víctima y agresor, en aquellos casos que lo permitiesen, posibilitaría el arrepentimiento de este último en todos aquellos casos en que se pusiese en el lugar del primero y, de este modo, hiciese más fácil una verdadera reparación del daño causado, a veces incluso por la vía de realizar algún trabajo para la propia víctima. Esto podría realizarse a través de la institución de la suspensión de la ejecución de la pena.

En cualquier caso, creemos necesario oír siempre a esta última, incluyendo aquellos casos en que no se muestra parte como acusador particular, porque confía la defensa de sus intereses a la Justicia, en cuyo nombre debe actuar la Fiscalía.

CUARTA.- Una cuestión que nos parece sumamente importante y está siendo tratada de manera dispar por el legislador y el CGPJ son las ejecuciones encargadas a juzgados especializados. Nuestra opinión es contraria a que sean órganos distintos de aquellos que dictaron la sentencia quienes tengan que resolver sobre la suspensión o sustitución y ha quedado clara a lo largo del trabajo.

En primer lugar, no existe previsión del legislador acerca de la posibilidad de que sea un juzgado o tribunal distinto de aquel que ha dictado sentencia quien ejecute la misma.

En segundo lugar, los denominados “juzgados de ejecutorias”, que son juzgados de lo Penal a los que el CGPJ especializa en ejecuciones, relevándoles de la celebración de juicios y dictado de sentencias, para encargarles en exclusiva de ejecutar las dictadas por otros, son órganos que

solo ejecutan sentencias condenatorias por razones obvias. Ello, a nuestro parecer, hace que trabajen con un sesgo difícil de dejar de lado a la hora de resolver, sin cuestiona un ápice la capacidad y esfuerzo de sus titulares.

En tercer lugar, no han contado con la intermediación de quien ha celebrado el juicio oral, ni conocen personalmente al penado o las circunstancias que rodean al caso en cuestión, ni es previsible que vean siquiera la grabación del juicio, de modo que cualquier incidencia que resuelvan lo harán en base a la documentación obrante en autos y nada más.

QUINTA.- La suspensión para casos especiales juega un papel importante desde un punto de vista humanitario y de sentido común, dejando de lado posturas retribucionistas ancladas en el pasado y sin que ello supongo ignorar a la víctima. En efecto, quien delinque por enfermedad, sea mental, sea de carácter adictivo, merece que se considere la falta de dolo que, en definitiva, está presente en su actuación. Así, quien obra bajo los efectos de las drogas o el alcohol, pese al terrible crimen que pueda cometer, no es dueño de sus actos en mayor o menor medida y, por ello, la respuesta penal ha de ser acorde a dichas circunstancias.

De igual modo, quien está aquejado de una enfermedad grave con padecimientos incurables, merece el respeto de sus derechos más fundamentales y, sobre todo, la sociedad merece no olvidarse de su humanidad también en el trance de decidir la suerte del delincuente, so riesgo de caer en su propia deshumanización.

SEXTA.- No obstante, echamos de menos una verdadera voluntad del legislador por dar nuevas y mejores soluciones en materia de penas, por medio de incorporar nuevas respuestas al obsoleto catálogo existente, dejando la prisión para los casos de ataques más graves y tratando de buscar soluciones a la delincuencia menor.

SÉPTIMA.- El artículo 86.4 del Código Penal establece como novedad, tras la reforma habida lugar con la LO 1/2015, la posibilidad de

que el juzgado o tribunal revoque la suspensión concedida y ordene el ingreso inmediato en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima.

A nuestro juicio, se trata de la adopción de una medida cautelar pues los supuestos enunciados son los que constituyen el *periculum in mora* de esta y, sin embargo, la celebración de una vista –que sería el equivalente a la comparecencia de prisión del artículo 505 LECrim- es facultativa para el órgano, que puede acordar dicha prisión sin obligación de convocarla.

Esta novedad nos parece peligrosa y una quiebra para las garantías más básicas del derecho de defensa, sobre todo teniendo en cuenta que si existe peligro para la víctima, riesgo de reiteración o de huida, será por la comisión presunta de un nuevo delito, en cuyo caso lo procedente es la incoación de una nueva instrucción donde pueda adoptarse la medida cautelar correspondiente con todas las garantías y no que la misma sea adoptada por un juzgado de ejecutorias, por ejemplo, que ninguna competencia tiene para investigar.

OCTAVA.- La sustitución, ahora reducida casi en su totalidad para extranjeros, sin distinción de si residen legal o ilegalmente en España, prevé en el artículo 89.3 del Código Penal que el juez o tribunal oiga a las partes antes de adoptar la resolución acerca de la misma pero solo para el caso de hacerlo mediante auto. En nuestra opinión, queda en el aire dicha audiencia cuando se ha de resolver en la propia sentencia y ello a pesar de que el precepto establece como opción principal que, cuando sea posible, se resuelva al dictarse esta.

Si se resuelve en sentencia, puede suceder que no se haya oído a las partes, considerando que es una desventaja y que solo cabe recurrir contra la misma si resulta desfavorable a alguna de las partes, o que se les haya oído en el acto del juicio antes de dictarse la sentencia, si bien en este último supuesto el hecho de que se oiga a las partes acerca de la posible sustitución implica de partida el anuncio de un fallo condenatorio.

Por ello, creemos que será extraño que se resuelva en la propia sentencia, en contra del deseo del legislador, porque implica o bien no oír a las partes antes de resolver o bien adelantar ya cuál va a ser el fallo.

NOVENA.- Viviendas tuteladas.

Nos parecería de interés que el legislador incluyese una pena alternativa que podría operar como intermedia entre la suspensión de la ejecución, que supone no cumplir la pena de prisión aún cuando se imponga en ocasiones alguna condición al reo (más allá de la genérica de no delinquir durante el periodo de prueba, entiéndase), y el ingreso en prisión.

Se trataría del ingreso del reo en una vivienda o institución, bien distinta de la penitenciaria, donde debería convivir con educadores y otras personas en semejante condición, sin duda asignados o clasificados en función de los distintos delitos cometidos (otra cosa podría frustrar su buen fin). En dicha vivienda o centro, que podría tener la modalidad de 24 horas o permitir al reo ir a dormir a su casa, se le ayudaría a su reinserción social; se podrían impartir a su vez los cursos formativos que fueran necesarios (en materia de violencia de género, educación sexual, mitigación de la violencia,...) y serían asemejables a los pisos tutelados que ya se utilizan para rehabilitar a toxicómanos, alcohólicos o, incluso, enfermos mentales.

Creemos que la idea sería interesante, más que la suspensión sin más o la actual alternativa a la misma que es el cumplimiento puro y duro en un centro penitenciario ya que, en muchos casos, ni el reo es tan peligroso que requiera ser encarcelado, ni es conveniente que se le deje –sin más– en la calle con la confianza de que no volverá a delinquir, desocupado en muchas ocasiones y sin un estímulo diario o retos en su vida.

La propuesta implicaría la dotación de un presupuesto para el alquiler de viviendas, o bien su cesión por parte de la Administración de aquellas

que ya tuviese; o podría consistir en una especie de centros de día donde acudiera el reo, pero que aportasen algo más que el acudir a una charla formativa (esa opción ya existe como condición en delitos contra la seguridad vial u otros), pues supondría una convivencia con educadores y otras personas con idénticos problemas y le ocuparía la mayor parte del día, de modo que tuviese consciencia de estar cumpliendo una pena y no en una mera visita.

Por supuesto, la contemplamos como una alternativa más y no como una sustitución de la suspensión de la ejecución, que entendemos que es muy útil y suficiente en algunos delitos y para algunas personas, pero que es insuficiente para otras, siendo que la actual alternativa a la misma es, hoy por hoy, la prisión. A eso nos referíamos cuando, en uno de los capítulos, hablábamos de la poca creatividad del legislador a la hora de establecer penas, puesto que las que existen son muy viejas, aunque suavizadas por la experiencia y la evolución de los derechos humanos.

Sobre el coste económico, estamos seguros de que sería menor este sistema que el de prisión, sin olvidar que las prisiones seguirían siendo necesarias y habría que mantenerlas, pero serían suficientes para atender la demanda existente sin necesidad de crear otras nuevas, cuestión que supone incrementar los gastos en dicha partida y permitiría no mezclar a delincuentes primerizos con reos habituales o aquellos que han sido condenados a penas de larga duración, con planteamientos claramente diferentes de los primeros.

No olvidemos que existen ya iniciativas privadas, como en Valencia el “Casal de la Pau”, que lleva casi cinco décadas ayudando a personas en riesgo de exclusión social, presos o personas con riesgo de serlo inclusive. Tal vez no fuese necesaria la creación de una infraestructura que ya existe sino fomentar el concierto de la misma.

Un informe del Consejo de Europa de 2014 reveló que mantener a un preso en España cuesta una media de 1.950 euros mensuales y que nuestro país es el cuarto en población reclusa dentro del continente europeo, con 147,3 presos por cada 100.000 habitantes, manejando datos de 2012. Ello,

contando que la población de reclusos en España ronda los 70.000 internos, supone un gasto mensual de 14 millones de euros para el Estado. Con dichas cifras, no creemos que fuese difícil sostener las viviendas tuteladas en que dar distinto tratamiento a determinados presos condenados a penas de escasa entidad, incluso permitiría que algunos siguiesen trabajando sin perder su salario y la posibilidad de mantener a su familia.

En nuestra opinión, el resultado de pasar por prisión o pasar por una vivienda tutelada sería totalmente distinto. En prisión es muy difícil sentirse bien tratado y útil; fuera de ella, no lo es tanto. En prisión existe el contacto con personas peligrosas, las viviendas quedarían reservadas a delincuentes primerizos y no peligrosos, gente con propensión a adaptarse. Y, por abonar más la efectividad de la medida, podría formarse a verdaderos educadores si se fomentase que lo aprendido por los penados se fuese transmitiendo por estos a los recién llegados.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Adam Morell, A; Francés Bozal, F. “La eficacia de la suspensión de la pena en drogodependientes”, *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, nº 11, 2014.

Aguirre Seoane, J. “Las enfermedades muy graves con padecimientos incurables como presupuesto para la concesión de beneficios”, *Actualidad Penal* núm. 47, Sección Doctrina, La Ley, Madrid, diciembre 2002.

Alonso Buzo, R. “La nueva regulación de la suspensión de la pena tras la reforma del Código Penal: necesidad de la creación de la figura del juez de ejecución de penas”, *Diario La Ley*, nº 8.654, 2015.

Alcácer Guirao, R. “La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes en el nuevo Código Penal”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias sociales*, Tomo 48, nº 3, septiembre-diciembre 1995, págs. 887-910.

Almenar Berenguer, M. “Apuntes sobre algunos problemas prácticos que suscita la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, con especial referencia a la incidencia de las últimas reformas de la parte general del Código Penal”, *Diario de Jurisprudencia El Derecho* nº 2.272, año 2006.

Antón Oneca, J. *Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1935.

Armenta Deu, T. *Lecciones de Derecho procesal penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2015.

Asencio Mellado, J.M. *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Ayo Fernández, M. *Las Penas, Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

Ayuso Castillo, A. “Evolución de la aplicación de la normativa penal sobre siniestralidad laboral”, *Diario de Jurisprudencia El Derecho* nº 2.417, 4 de junio de 2007.

Audiencias Provinciales de Cataluña, “Jornadas en Caldes d'Estrachs del 12 y 13 de mayo de 2010”.

Bach i Fàbrego, R; Gimeno Jubero, M.A. “Penas, medidas de seguridad, aplicación y sustitución de las penas y comiso”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Cendoj, 2006.

Bacigalupo Zapater, E. “Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho Penal Europeo actual”, Poder Judicial (43-44 II), 1996, págs. 131-132.

Ballesteros Martín, J.M. “Intervención de la jurisdicción penal en la expulsión del territorio nacional y en el internamiento de extranjeros”, Extranjería y Cooperación Judicial Internacional, CISS, Madrid, 2010, págs. 28-57.

Banacloche Palao, J; Zarzalejos Nieto, J. *Aspectos fundamentales de derecho procesal penal*, La Ley, Madrid, 2015.

Banacloche Palao, J. “La ejecución penal”, La Ley nº 8.434, año 2010.

Barber Burusco, S. “La libertad condicional conforme a la LO 1/2015, de 30 de marzo: ¿instrumento diseñado para prolongar el control penal?”, Estudios Penales y Criminológicos nº 36, Santiago de Compostela, 2016.

Barquín Sanz, J; Luna del Castillo, J. “Aplicación práctica de la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad: una aproximación estadística”, Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 10, julio de 2013, págs. 415-470.

Berdugo y Gómez de la Torre, J.R. “Alternativas a las penas de prisión. La libertad Condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art.63 CP”, Cuaderno Derecho Judicial nº III, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

Beristáin Ipiña, A. “El proyecto de Código Penal de 1980, víctima de las estructuras”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXIII, Fascículo III, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Septiembre a diciembre de 1980, págs. 585-593.

Bernal Valls, J. “Consideraciones sobre la condena condicional”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales, Tomo 24, nº 1, año 1971.

Cachón Cadenas, M.J.; Cid Moliné, J. “Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos”, Diario La Ley nº 5.819, julio 2003.

Cámara Martínez, I.; Juncàs Gómez, F. “Aspectos procesales y sustantivos en la aplicación del art. 89 del Código penal”, Derecho y Proceso penal nº 17, Aranzadi, Pamplona, 2007.

Cano Cuenca, A. “Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión (arts. 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89)” en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Cano Paños, M.A. “La suspensión de la ejecución de la pena a drogodependientes y los silencios del legislador del año 2010”, *Estudios Penales y Criminológicos* n° 31, Santiago de Compostela, 2011.

Cañadas Santamaría, J.O. “Antecedentes penales y suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”, *Diario La Ley* n° 7.382, abril 2010.

Cardenal Montraveta, S. “Función de la pena y suspensión de su ejecución. ¿Ya no se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto?”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n° 4, 2015.

Cardenal Montraveta, S. “¿Eficacia preventiva intimidatoria general de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n° 17, 2015.

Caringella, F.; Della Valle, F.; De Palma, M. *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2009.

Ceres Montes, J.F. “Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional”, *Cuadernos de Derecho Judicial* n° 3, Cendoj, 2005.

Chaves Pedrón, C. “La suspensión de la pena de prisión para drogodependientes”, *Revista española de drogodependencias*, n° 1, 2014.

Cid Moliné, J. *La elección del castigo. Suspensión de la pena o “probation” versus prisión*, Bosch, Barcelona, 2009.

Cid Moliné, J. “La suspensión de la pena en España. Descarcelación y reincidencia”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Uned, enero 2005, págs. 223-239.

Cid Moliné, J. *El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista: alternativas a la pena de prisión*, en *Política Criminal 1999*, Dir. Elena Larrauri Pijoan, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1999.

Cid Moliné, J., Larrauri Pijoan, E. y otros. *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997.

Colmenero Menéndez de Luarca, M. “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003”, Cuadernos de Derecho Judicial, Cendoj, 2005.

Conde-Pumpido Ferreiro, C. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal y otras leyes del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Conde-Pumpido Ferreiro, C. *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Trivium, Madrid, 1997.

Conde-Pumpido Ferreiro, C. *Los medios sustitutivos de las penas cortas de prisión, (Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal español)*, Poder Judicial, número 7, Madrid, junio 1983, págs. 65-70.

Conseil de L’Europe, “7^a Conférence des directeurs d’administration pénitentiaire, de Les mesures alternatives á l’emprisonnement”, Strasbourg, 1986.

Cordero Lozano, C. *Ejecución penal*, Bosch, Barcelona, 2011.

Corella Miguel, J.J. “La nueva regulación de la suspensión y sustitución tras la entrada en vigor de la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, Diario La Ley, nº 8.552, 2015.

Cortés Bendicho, A. “Lucha internacional contra el amaño de partidos”, Revista Jurídica del Deporte, nº 45, 2014.

Crónica de la Jurisprudencia. Sala 2^a del Tribunal Supremo. Años: 2004-2005; 2009-2010.

Cruz Cruz, J.V. *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano: utopía y praxis*, UNED, 2015.

Cuello Calón, E. *La moderna penología: represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución*, Bosch, Barcelona, 1958.

Cuello Calón, E. *Derecho Penal. Conforme al “Código Penal, texto refundido de 1944”*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1953.

Cuello Contreras, J.; Mapelli Caffarena, B. *Curso de derecho penal. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2015.

Cuesta del Castillo, R. “Notificación personal al reo del auto concediéndole la suspensión de condena”, Cuadernos Digitales de Formación, Cendoj, 2008.

De la Cuesta Arzamendi, J.L. “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995”, en Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 125-152.

De la Cuesta Arzamendi, J.L. *Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el proyecto de 1992*, en Política Criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria del profesor Dr. Juan del Rosal, Edersa, Madrid, 1993.

De la Cuesta Arzamendi, J.L. “Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización”, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología nº extraordinario 2, octubre de 1989.

De la Mata Barranco, N.J.; Hernández Díaz, L. “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad: algunos problemas de la práctica judicial (con especial referencia al cómputo de los plazos)”, Revista General de Derecho Penal nº 16, 2011.

De Lamo Rubio, J. *El Código Penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal*, Bosch, Barcelona, 1997.

De Lardizábal y Uribe, M. *Discurso sobre las penas*. Edición de Andrés Moreno Mengíbar. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2002.

De León Villalba, F.J. de. “Suspensión condicional de la pena en los proyectos de reforma”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales, Tomo 47, nº 3, septiembre-diciembre 1994, págs. 115-154.

De la Rosa Cortina, J. M. “La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la Ley Orgánica 11/2003”, Diario La Ley nº 6.402, 17 de junio de 2004.

De Sola Dueñas, A. “Penas alternativas, formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal”. Revista de Derecho Penal y Criminología nº 6, 1996, págs. 1.201-1.225.

De Sola Dueñas, A. “Alternativas a la prisión en la propuesta de anteproyecto del nuevo Código penal (1983)”, en Documentación Jurídica, Volumen I. Enero/Diciembre 1983, 37/40. Gabinete de documentación y

publicaciones, Secretaría general técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983.

Diario de las Audiencias y de los Tribunales Superiores de Justicia. El Derecho, Madrid. Números: 520, de 27 de diciembre de 2006; 533, de 28 de marzo de 2007; 571, de 8 de febrero de 2008.

Diario de Jurisprudencia El Derecho. El Derecho, Madrid. Números: 2.124, de 20 de abril de 2005; 2.134, de 16 de mayo de 2005; 2.454, de 28 de septiembre de 2007.

Díez Ripollés, J.L. *Derecho penal español. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Dolz Lago, M.J. “De la vida y la muerte: privación de libertad de los enfermos muy graves incurables y algunas patologías jurídicas”, Diario La Ley nº 8.280, 27 de marzo de 2014.

Escudero Herrera, C. *Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2015.

Fernández Aparicio, J.M. *La ejecución penal*, Sepin, Madrid, 2015.

Fernández Aparicio, J.M. *Derecho Penitenciario*, Sepin, Madrid, 2007.

Fernández Aparicio, J.M. “Comentario al RD 515/2005, de 6 de mayo. Cumplimiento de determinadas penas y medidas de seguridad y suspensión de ejecución de penas privativas de libertad”, Boletín de Legislación El Derecho nº 388, 18 de julio de 2005.

Fernández Arévalo, L; Nistal Burón, J. *Manual de Derecho Penitenciario*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

Fernández Nieto, J. “Suspensión de penas privativas de libertad y tratamientos de deshabitación”, El Derecho, 27 de noviembre de 2006.

Fernández Ros, J.F. “La atenuante de dilaciones indebidas tras la reforma del Código Penal de 22 de junio de 2011”, Noticias Jurídicas, febrero 2011.

Gallego Sánchez, G. “La continuidad delictiva en el incumplimiento de las penas de localización permanente y TBC”, Revista de Jurisprudencia El Derecho nº 3, julio 2011.

Gallego Sánchez, G. “Sobre la posibilidad de cumplimiento fraccionado de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor. Foro abierto”, Revista de Jurisprudencia El Derecho nº 3, septiembre 2009.

Gallego Sánchez, G. “La propuesta de indulto por el tribunal sentenciador. Respuesta de los tribunales”, Revista de Jurisprudencia El Derecho nº 2, enero 2009.

Gallego Sánchez, G. “La suspensión de la ejecución de la pena. Respuesta de los tribunales”, Revista de Jurisprudencia El Derecho nº 2, septiembre 2008.

Gallego Sánchez, G. “Haciendo ejecutar lo juzgado”, Revista de Jurisprudencia El Derecho nº 4, julio 2008.

Gallego Sánchez, G. “Los efectos penales de la drogadicción. Respuesta de los tribunales”, Revista de Jurisprudencia El Derecho nº 2, marzo 2006.

Gallego Sánchez, G. “El carácter imperativo de la prohibición de aproximarse a la víctima (57,2 CP): su aplicación en los supuestos de reconciliación entre víctima y condenado. Foro abierto”, Revista de Jurisprudencia El Derecho nº 4, febrero 2006.

Gallego Sánchez, G. “Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género. Reformas que aborda en la normativa penal”, Revista de Jurisprudencia El Derecho nº 3, septiembre 2005.

Gallego Sánchez, G. “¿Resulta procedente la aplicación de la sustitución imperativa de las penas privativas de libertad previstas en el art. 71.2 del Código Penal, cuando la determinación de dichas penas se produzca como consecuencia de la conformidad, en virtud de lo dispuesto en el art. 801.2 LECrim? Foro abierto”, Revista de Jurisprudencia El Derecho nº 2, abril 2005.

García Andrade, J.A. “Existen alternativas a la prisión”, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº extraordinario 2, octubre de 1989.

García Arán, M. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

García Arán, M. “La suspensión de la ejecución de la pena”, Cuadernos de Derecho Judicial, Cendoj, 1994.

García Arán, M. *Alternativas a la prisión. Privaciones de libertad y Derechos Humanos*, Jueces Para la Democracia, Hacer, 1986.

García Arán, M; de Sola Dueñas, A.; Hormazábal Malaree, H. *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986.

García España, E; Pérez Jiménez, F. “Seguridad Ciudadana y Actuaciones Policiales (Informe ODA 2005)”. Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Sección de Málaga, Fundación El Monte, Málaga, 2005.

García Hernando, A.I. “Del Código Penal de la democracia al Código Penal de la seguridad”, La Toga nº 33, Colegio de Abogados de Sevilla, 31 de octubre de 2003.

García Mahamut, R. *El indulto*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

García San Martín, J. “La suspensión ordinaria de la ejecución de las penas en el proyecto de reforma del Código Penal”, Revista General de Derecho Penal nº 21, 2014.

García San Martín, J. “La interrupción del plazo de suspensión de las penas”, Diario La Ley nº 8.267, 10 de marzo de 2014.

García San Martín, J. *La suspensión de la ejecución y sustitución de las penas*, Dykinson, Madrid, 2012.

García San Martín, J. “Presupuestos de la suspensión ordinaria de la ejecución de las penas”, Revista La Toga nº 180, Colegio de Abogados de Sevilla, noviembre-diciembre 2010.

García San Martín, J. *El indulto particular: tratamiento y control jurisdiccional*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2007.

Giménez García, J. “La sustitución de las penas de prisión. Especial referencia a la expulsión de extranjeros”, Cuadernos de Derecho Judicial, Cendoj, 2005.

Gimeno Sendra, V. *Derecho procesal penal*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015.

Gimeno Sendra, V.; Díaz Martínez, M. *Manual de derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2015.

Gómez-Escolar Mazuela, P. “La selección de la ley aplicable en la ejecución penal en supuestos de cambio normativo: criterios de la STC 261/2015 en relación con el artículo 58 CP y su posible traslación a la nueva regulación de la libertad condicional”, *Diario La Ley*, nº 8.717, 2016.

Gómez-Escolar Mazuela, P. “Cinco cuestiones sobre la nueva suspensión-sustitución de las penas privativas de libertad”, *Diario La Ley*, nº 8.688, 2016.

González Cano, M.I. *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

González Casso, J. “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”, *La Ley*, 26 de noviembre de 1996.

González de Alba, P.; Bernaldo de Quirós, C. *La Condena Condicional. Ley de 17 de marzo de 1908 y disposiciones complementarias: con extensas notas y formularios para su adecuada aplicación*, Nabu Press, 2012.

Goyena Huerta, J. “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código Penal de 2015”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 38, 2015.

Herrero Álvarez, S. “La nueva regulación de la suspensión de la ejecución de penas de prisión tras la reforma penal de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8.725, 2016.

Hervella Concepción, S. “Las normas penales y el derecho de extranjería”, *Revista española de Derecho del Trabajo* nº 108, Civitas, Pamplona, 2001.

Hurtado Yelo, J.J. “La peligrosidad criminal como criterio para denegar la suspensión de las penas privativas de libertad”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 5 (parte estudio), Aranzadi, Pamplona, 2009.

Juanes Peces, A. “Suspensión de condena y sustitución de las penas privativas de libertad en el ámbito castrense”, *Derecho y Proceso penal* nº 19, Aranzadi, Pamplona, 2008.

Juanes Peces, A. “Suspensión de condena en el Código Militar vigente. Estudio comparativo de ambos códigos: supuestos de aplicación. Pérdida de la condición de militar: incidencia de la Ley de la carrera militar”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 748, Aranzadi, Pamplona, 2008.

Lacueva Bertolacci, R. “La revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, nº 8.066, 2013.

Lafont Nicuesa, L. “Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* nº 10, 2005, págs. 39 a 66.

Larrauri Pijoan, E; Cid Moliné, J.; e.a. *Jueces penales y penas en España (aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Larrauri Pijoan, E. *Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código penal*, en *Estudios penales y criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 1996.

Leganés Gómez, S. “La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8.579, 2015.

Llorca Ortega, J. “Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad”, *Estudios de Derecho Judicial*, Cendoj, 1996.

Lois Estévez, J.L. “Sobre el concepto de naturaleza jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho* nº 4, 1956, págs. 159 a 182.

López Barja de Quiroga, J. *Tratado de derecho procesal penal*, Aranzadi, Navarra, 2014.

López Contreras, R.E. *La sustitución de las penas privativas de libertad (aspectos procesales y penales)*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004.

López López, A.M. “Penas sustitutivas y quebrantamiento de condena”, *Diario La Ley* nº 7.673, 14 de julio de 2011.

López Lorenzo, V. “La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal”, *La Ley Penal* nº 9, 2004.

Lübbert Álvarez, V. “La suspensión condicional del procedimiento”, *Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, 2007.

Luzón Peña, D.M. *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1979.

Magro Servet, V. “La interrupción de la prescripción de la pena con la suspensión de su ejecución”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 53, 2015, págs. 33-48.

Magro Servet, V. “La prescripción de la pena cuando se ha acordado la suspensión de la ejecución, ¿se interrumpe?”, *La Ley Penal* nº 82, 2011, pág. 7.

Magro Servet, V. “La revocación de la medida de suspensión de la ejecución de la pena por incumplimiento de las medidas acordadas con base en el art. 83.1.5º in fine del CP en la violencia de género”, *La Ley Penal* nº 93, mayo 2012.

Magro Servet, V. “La insolvencia del condenado con relación a las solicitudes de suspensión y sustitución de la pena”, *Base de datos de bibliografía El Derecho*, marzo 2011.

Magro Servet, V.; Solaz Solaz, E. *La suspensión de la ejecución de la pena*, La Ley, Madrid, 2010.

Magro Servet, V.; Solaz Solaz, E. *Manual práctico sobre la ejecución penal: las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

Magro Servet, V. “Una propuesta de reforma en la ejecución penal para posibilitar el efectivo cumplimiento de las penas alternativas a la prisión y medidas judiciales”, *La Ley Penal* nº 69, marzo 2010.

Magro Servet, V. “Nuevo régimen de las medidas alternativas a la prisión en el proyecto de reforma del Código Penal”, *Diario La Ley* nº 6.726, 1 de junio de 2007.

Magro Servet, V. “La petición de suspensión de ejecución de la pena por tramitación de indulto”, *La Ley Penal* nº 39, Madrid, 2007, págs. 101-107.

Magro Servet, V. “Sobre el régimen de sustitución preceptiva de las penas cortas de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49 CP) del art. 71.2 CP”, *La Ley Penal* nº 21, Madrid, 2005.

Magro Servet, V. “La importancia de los Servicios Sociales en el tratamiento de la violencia doméstica”, *Boletín de Derecho de Familia El Derecho* nº 35, mayo de 2004.

Manzanares Samaniego, J.L. “Sobre la cancelación de los antecedentes penales en relación con la reincidencia y la suspensión de la ejecución de las penas y sobre la revocación de la cancelación”, *Diario La Ley* nº 7.450, julio 2010.

Manzanares Samaniego, J.L. “La prescripción de las penas y las medidas de seguridad”, *Diario La Ley* nº 7.193, 10 de junio de 2009.

Manzanares Samaniego, J.L. *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Comares, Granada, 2008.

Manzanares Samaniego, J.L. *La sustitución de las penas cortas privativas de libertad en la propuesta de 1983*, en *Documentación jurídica*, vol. I, Enero/Diciembre 1983, Gabinete de documentación y publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983.

Mapelli Caffarena, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Navarra, 2011.

Mapelli Caffarena, B. “La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Número extraordinario 2, octubre de 1989.

Maqueda Abreu, M.L. *Suspensión condicional de la pena y probation*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

Marín de Espinosa Ceballos, E. “Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código penal de 1995”, *Actualidad penal* nº 35, La Ley, Madrid, 2000, págs. 739-769.

Martínez Jiménez, J. *Derecho procesal penal*, Tecnos, Madrid, 2015.

Ministerio de Justicia. *Manual Servicio Común de Ejecución*, Oficina judicial, Secretaría de Estado de Justicia, agosto de 2013.

Mir Puig, S. *Introducción a las bases del Derecho penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

Mir Puig, S. *Alternativas a la prisión en el nuevo Código penal*, en *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco.

Mir Puig, S. *Función de la pena y Teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, Bosch, Barcelona, 1982.

Mir Puig, S. “¿Qué queda en pie de la resocialización?” Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº extraordinario 2, octubre de 1989.

Montero Hernanz, T. “Consideraciones jurídicas y criminológicas de los antecedentes de un menor de edad a efectos de la suspensión de la ejecución de una pena”, Diario La Ley nº 7.805, año 2012.

Moreno Catena, V; Cortés Domínguez, V. *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Moreno Catena, V.; Coquillat Vicente, A.; Juanes Peces, A.; e.a. *El Proceso Penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios, Vol.V, Recursos y Ejecución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Morillas Cueva, L. *Sistema de derecho penal. Parte general: Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal, ley penal*, Dykinson, Madrid, 2016.

Muciño Escalona, J.E. “Implicaciones de los sustitutivos penales en la suspensión de los derechos político-electorales del ciudadano”, Revista Justicia Electoral, nº 15, 2015.

Muñoz Company, M.J. “Delitos de corrupción política: ejecución de las penas, posibilidad de suspensión y sustitución de estas. Modificación por la Ley Orgánica 1/2015. Análisis jurisprudencial”, Diario La Ley, nº 8.589, 2015.

Muñoz Conde, F. *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Muñoz Conde, F. “La prisión en el estado social y democrático de Derecho”, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Número extraordinario 2, octubre de 1989, págs. 165-171.

Navarro Villanueva, C. *Suspensión y modificación de la condena penal*, Bosch, Barcelona, 2002.

Navarro Villanueva, C. *Ejecución de la pena privativa de libertad: garantías procesales*, Bosch, Barcelona, 2002.

Nistal Burón, J. “La libertad condicional anticipada por enfermedad grave. Su necesaria consideración como una modalidad de suspensión de la

pena en fase de ejecución”, Diario La Ley nº 7.930, 25 de septiembre de 2012.

Nuñez Barbero, R. “¿Condena condicional o suspensión de la ejecución de la pena?”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 23, Fasc. /Mes 1, 1970, págs. 5-34.

Ortega Calderón, J.L. “La revocación de la libertad condicional tras la LO 1/15 de 30 de marzo: competencia, partes, causas y efectos”, Diario La Ley, nº 8.944, 2017.

Ortega Calderón, J.L. “El nuevo régimen temporal de la libertad condicional en el Código Penal tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo”, Diario La Ley, nº 8.652, 2015.

Orts Berenguer, E. *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Osset Beltrán, N. *Suspensión de la pena privativa de libertad. Especial referencia al supuesto por enfermedad muy grave con padecimientos incurables*. Colección Premios Victoria Kent, Ministerio del Interior, Madrid, 2014.

Palomo del Arco, A. *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, en *El Extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

Padovani, T. *Diritto Penale*, Giuffré Editore, Milano (Italia), 2002.

Pérez Ureña, A.A. “Aspectos prácticos de la atenuante analógica de drogodependencia”, Diario de Jurisprudencia El Derecho nº 1.187, enero 1998.

Pérez-Cruz Martín, A.J. *Derecho procesal penal*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2014.

Peris Riera, J.; Madrid Conesa, F. *Sustitución de penas privativas de libertad. Sustitución en sentido estricto*, en *Comentarios al Código penal.- artículo 88*, (Dir. Manuel Cobo del Rosal), Tomo III, Edersa, Madrid, 2000.

Pina Massachs, J; Navarro Massip, J. *Alternativas a la prisión. Una visión práctica*, Cims, Barcelona, 2000.

Piñeiro Zabala, I. “Alternativas a las penas privativas de libertad en los delitos de maltrato doméstico”, Noticias Jurídicas, mayo 2010.

Polaino Navarrete, M. *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2016.

Pozuelo Pérez, L. *Las penas privativas de derechos en el Código penal*, Colex, Madrid, 1998.

Prats Canut, J.M.; Tamarit Sumalla, J.M. En *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, (Dir. Quintero Olivares), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

Puente Segura, L. “La sustitución de la pena impuesta al extranjero con residencia ilegal”, *La Ley* nº 11.668, 2011.

Puente Segura, L. “La suspensión ordinaria de la ejecución del fallo”, *La Ley* nº 11.665, 2011.

Puente Segura, L. *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.

Ramón Martín, A. “Ejecución de penas privativas de libertad”. <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/8983/1/TEMA%202%20EPPL.pdf>

Rebollo Vargas, R. “Algunos aspectos de la nueva regulación de la libertad condicional: algo más que conjeturas problemáticas”, *Revista General de Derecho Penal* nº 26, 2016.

Ribera Beiras, I. *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*, Bosch, Barcelona, 1996.

Rico Lara, M. *La prisión: ¿estigma o rehabilitación?*, Cuadernos de Política Criminal núm. 25, Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1985.

Rifá Soler, J.M.; Valls Gombau, J.F.; Richard González, M. *El proceso penal práctico*, La Ley, Madrid, 2009.

Ríos Martín, J. “Las alternativas a la prisión”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Cendoj, 2006.

Robledo Ramírez, J. *Concepto y principios para la aplicación de los sustitutivos penales, estudio de su regulación en España y México*, Edersa, Madrid, 1996.

Rodríguez Devesa, J.M. *Derecho Penal Español*, Madrid, 1973⁵⁶⁹.

⁵⁶⁹ No se hace referencia a editorial por ser el editor el propio autor.

Rodríguez Fernández, R. “De lege ferenda: proyecto de Ley de reforma del Código Penal (Introducción de la pena de prisión permanente revisable y modificaciones en las reglas de aplicación de las penas)”, Diario La Ley, nº 8.294, 2014.

Roig Torres, M. “Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80, 81 y 82)” en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (dirigida por González Cussac), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Roma Valdez, A. “La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros”, Actualidad penal nº 45, (Dir. Manzanares Samaniego), La Ley, Madrid, 1999.

Sáez Malceñido, E. “Reforma penal del beneficio de la suspensión de la pena”, Diario La Ley, nº 8.583, 2015.

Salvador Concepción, R. “Problemas que presenta la expulsión del extranjero como medida sustitutiva a su condena penal”, Derecho y Proceso penal nº 28, Aranzadi, Pamplona, 2012.

Sánchez Sánchez, C. “La aparición y evolución de los sistemas penitenciarios”. *Anales de Derecho* nº 31, 2013, págs. 139-179 <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>

Sánchez Yllera, I. *Comentarios al Código penal de 1995*, (Dir. Tomás Vives Antón), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Santos Díaz, L.J. “El quebrantamiento de la condena de prohibición de aproximación: valor del consentimiento de la víctima”, Derecho y Proceso penal nº 21, Aranzadi, Pamplona, 2009.

Sanz Mulas, N. *Alternativas a la pena privativa de libertad: (análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana)*, Colex, Madrid, 2000.

Sanz Mulas, N. *Penas alternativas a la prisión*, en *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, (Coord. M. Rosario Díaz-Santos y Virginia Sánchez López), Colex, Madrid, 2000.

Sedano Lorenzo, A. “La paulatina restricción de la sanción de arresto en la evolución de la legislación española”, Diario La Ley, nº 8.672, 2015.

Sedano Lorenzo, A. “La suspensión y sustitución de la pena de prisión en el ámbito de la jurisdicción militar: aspectos problemáticos y su

regulación en el anteproyecto de Código Penal Militar de 2014”, Revista General de Derecho Penal nº 22, 2014.

Serrano Pascual, M. *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho español*. Trivium, Madrid, 1999.

Sierra López, M.d.V. “Algunas cuestiones en relación con la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en los delincuentes peligrosos, habituales y reincidentes en el Proyecto de Modificación del Código Penal 2013”, Revista penal, nº 34, 2014, págs. 149-169.

Silva Sánchez, J.M. “La suspensión condicional de la ejecución de la pena principal privativa de libertad y la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio”, Actualidad Penal nº XXXIX, La Ley, Madrid, octubre de 1999.

Sordi Stock, B. “¿Nuevos horizontes? En los programas de rehabilitación para agresores de violencia de género”, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, nº 1, 2015.

Sordi Stock, B. “Análisis político criminal de los programas de rehabilitación para agresores de violencia de género”, Tesis doctoral dirigida por Borja Mapelli Caffarena, Universidad de Sevilla, 2014.

Suárez-Mira Rodríguez, C; Judel Prieto, A; Piñol Rodríguez, J.R. *Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en Manual de Derecho Penal*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.

Tena Aragón, M^a. F. “Suspensión y sustitución de penas en delitos de violencia de género”, Cuadernos Digitales de Formación, Cendoj, 2010.

Tena Aragón, M^a. F. “La sustitución de la pena de prisión”, Cuadernos de Derecho Judicial, Cendoj, 2006.

Tomé García, J.A. *Sustitución de las penas de libertad impuestas al extranjero por su expulsión: naturaleza y clases*, Civitas, Navarra, 2011.

Úbeda de los Cobos, J.J. “La modificación del régimen de expulsión de extranjeros como sustitutivo de la pena de prisión en la reforma del Código Penal”, Diario La Ley nº 6.577, 25 de octubre de 2006.

UNAT (Unión Española de Asistencia al Toxicómano). *Tratamiento jurídico-penal de las drogodependencias*, Madrid, 1995.

Urbano Castrillo, E. “La nueva regulación de la suspensión de las penas privativas de libertad”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 7, Aranzadi, Pamplona, 2015.

Urbano Castrillo, E. “Criterios jurisprudenciales recientes en materia de ejecución de sentencias penales”, *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 10, Cendoj, 2006.

Valmaña Ochaita, S. *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el derecho penal español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

Vázquez Iruzubieta, C. *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, La Ley, Madrid, 2010.

Vidal Castañón, A. *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad: análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor*, Bosch, Barcelona, 2006.

Villacampa Estiarte, C; Torres Rosell, N. “El nuevo régimen de ejecución de las sanciones alternativas a la prisión”, *Derecho y Proceso penal* nº 27, Aranzadi, Pamplona, 2012.

Villacampa Estiarte, C.; Torres Rosell, N.; Luque Reina, M.E. “Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico”, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

Vizueta Fernández, J. “El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme. El artículo 60 del Código Penal”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Abril de 2007.

Volk, K. *Curso fundamental de derecho procesal penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

Yáñez Román, P.L. *La condena condicional en España: evolución histórica y presupuestos doctrinales*, Artes Gráficas, Madrid, 1973.

Yáñez Román, P.L. “El tipo de la revocación de la condena condicional”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 25, Fascículo/ Mes 1, 1972, págs. 147 a 170.

Zárate Conde, A.; González Campo, E. *Derecho penal. Parte general*, La Ley, Madrid, 2015.

Zugaldía Espinar, J.M. e.a. *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

ANEXOS

1.- ANEXO LEGISLATIVO

Nota introductoria.

Debido a la antigüedad de la Ley de Condena Condicional así como de algunas normas utilizadas, he creído conveniente acompañar en este anexo legislativo un extracto de los artículos afectantes a la suspensión y sustitución contenidos en dichos textos, para más fácil manejo si hubiese de acudir a su consulta.

LEY DE CONDENA CONDICIONAL DE 17 DE MARZO DE 1908⁵⁷⁰.

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

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

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

Primera. Que el reo haya delinquido por primera vez.

Segunda. Que no haya sido declarado en rebeldía.

Tercera. Que la pena consista en privación de libertad, cuya duración no exceda de un año, ya esté impuesta como principal del delito o como subsidiaria por insolvencia, en caso de multa. En los casos comprendidos en los tres números anteriores, los Tribunales podrán aplicar o no la condena condicional, según lo estimen procedente, atendiendo para ello a la edad y antecedentes del reo, naturaleza jurídica del hecho punible y circunstancias de todas clases que concurrieren en su ejecución.

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

⁵⁷⁰ Los artículos 1º a 5º han sido derogados por el Código penal de 1932; esta materia hállase en sus artículos 95 a 100.

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

Segundo. Los de robo, cualquiera que sea la cantidad, y los de hurto y estafa en valor superior a 100 pesetas, o concurriendo en el hurto, sea cualquiera su cuantía, la circunstancia modificativa del núm. 2º del artículo 533 del Código penal.

Tercero. Los de incendio y estrago no cometido por imprudencia.

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

Quinto. Los delitos de falsificación de títulos y monedas.

Sexto. Los de falsedad de documentos públicos y privados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 11°.- El Tribunal sentenciador elevará inmediatamente al Ministerio de Gracia y Justicia testimonio de la parte dispositiva del fallo y del auto en que se acuerde la suspensión de la condena, abriéndose en el Registro Central de Penados una Sección especial con el epígrafe de “Condena condicional”, y en él se anotarán éstas debidamente.

Igual testimonio remitirán los Tribunales sentenciadores al Juez instructor del proceso, quien, en su caso, lo comunicará al Juez de la residencia del sentenciado.

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

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

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

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

CÓDIGO PENAL 1928.

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

1ª Que el reo haya delinquido por primera vez.

2ª Que no haya sido declarado en rebeldía.

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

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

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

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

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

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

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

5º Los de falsedad en documentos públicos y privados.

Para la aplicación del beneficio de la condena condicional a los reos de delito que no puedan ser perseguidos sin previa querrela, denuncia o

consentimiento de la parte agraviada, tendrá que ser oída ésta necesariamente y, cuando sea dicha parte quien lo inste, o cuando dictamine favorablemente, se otorgará siempre el beneficio.

Art. 188.- El Tribunal aplicará siempre por ministerio de la ley la condena condicional, en los casos de delitos no exceptuados por el artículo anterior, cuando, además de las condiciones enumeradas en el artículo 186, concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1ª Que el reo no fuera al delinquir mayor de diez y ocho años.

2ª Que en la sentencia se aprecie el mayor número de requisitos o condiciones para eximir de responsabilidad con arreglo a este Código.

Art. 189.- La condena condicional no será extensiva a las medidas de suspensión del derecho de sufragio, cargo de jurado u otro de carácter público, impuesto como consecuencia o efecto de la pena, ni alcanzará a las responsabilidades civiles directas ni a las subsidiarias.

Art. 190.- El beneficio de la condena condicional podrá también ser aplicado a los condenados a penas de arresto por faltas que no sean contra la propiedad y que no hayan sido penados anteriormente. La concesión de este beneficio se otorgará por el Juez sentenciador, con intervención del Ministerio fiscal y mediante el procedimiento que señalen las disposiciones reglamentarias correspondientes.

CÓDIGO PENAL 1932.

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

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

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

Primera. Que el reo haya delinquido por primera vez.

Segunda. Que no haya sido declarado en rebeldía.

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

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

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

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

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

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

Art. 99.- En los delitos que sólo pueden ser perseguidos a instancia de parte, el Tribunal oír a la persona ofendida o a quien la represente antes de conceder el beneficio de la remisión condicional.

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

CÓDIGO PENAL 1944.

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

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

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

1.^a Que el reo haya delinquido por primera vez.

2.^a Que no haya sido declarado en rebeldía.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CÓDIGO PENAL DE 1973⁵⁷¹.

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

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

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

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

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

⁵⁷¹ Se trata de un Texto Refundido del de 1944.

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

El Tribunal sentenciador podrá ampliar el beneficio de la condena condicional a los reos condenados a penas hasta de dos años de duración cuando así lo estimare procedente, en resolución expresa y motivada, si en el hecho delictivo concurriera alguna atenuante muy cualificada, o una eximente incompleta, o la atenuante tercera del art. 9 apreciada como tal en la sentencia.

Art. 93 bis.- “Aún cuando no concurrieran las condiciones previstas en el artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá aplicar el beneficio de la remisión condicional a los condenados a penas de privación de libertad cuya duración no exceda de dos años, que hubieren cometido el hecho delictivo por motivo de su dependencia de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas siempre que se den las siguientes circunstancias:

1ª) Que se declare probada en la sentencia la situación de drogodependencia del sujeto, así como que la conducta delictiva fue realizada por motivo de tal situación.

2ª) Que se certifique suficientemente, por centro o servicio debidamente acreditado u homologado, que el reo se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de concederse el beneficio.

3ª) Que el sujeto no sea reincidente ni haya gozado con anterioridad del beneficio de la remisión condicional.

La autoridad judicial requerirá al condenado o a los centros o servicios que participen en su tratamiento de deshabitación lo necesario para comprobar el comienzo y la continuación del mismo, así como para controlar su evolución y las modificaciones que hubiere de experimentar.

La suspensión de la ejecución de la pena quedará condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, así como a que no abandone el tratamiento.

Cumplido lo anterior, una vez transcurrido el plazo de suspensión y acreditada la deshabitación del reo, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena. De lo contrario ordenará su cumplimiento.

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

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

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

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

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

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

CÓDIGO PENAL 1995 (versión anterior a la LO 1/2015).

Art. 80.- 1. Los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada.

En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste.

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

3. La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados.

4. Los Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

Art. 81.- Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1ª Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código.

2ª Que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3ª Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.

Art. 82.- Declarada la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos establecidos en el artículo anterior, los Jueces o Tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena

Art. 83.- 1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el Juez o Tribunal, conforme al artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el Juez o Tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:

1ª Prohibición de acudir a determinados lugares.

2ª Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos.

3ª Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida.

4ª Comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.

5ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares.

6ª Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª de este apartado.

2. Los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas.

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

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

a) Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años.

c) Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado.

3. En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.

Art. 85.- 1. Revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena.

2. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena.

Art. 86.- En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena.

Art. 87.- 1. Aun cuando no concurren las condiciones 1ª y 2ª previstas en el artículo 81, el Juez o Tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El Juez o Tribunal solicitará en todo caso informe del Médico forense sobre los extremos anteriores.

2. En el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.

3. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años.

4. En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al Juez o Tribunal sentenciador, en los plazos que señale, y nunca con una periodicidad superior al año, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización.

5. El Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas.

Transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años.

Art. 88.- 1. Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un

día de localización permanente. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.

Excepcionalmente, podrán los Jueces o Tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa.

En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª, del apartado 1 del artículo 83 de este Código.

2. En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente.

3. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras.

Art. 89.- 1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código.

7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la

comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código.

CÓDIGO PENAL MILITAR

(Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre)

Dentro de su preámbulo: “Respecto al cumplimiento de las penas, se mantiene para los militares condenados la no aplicación de los beneficios de suspensión condicional de la condena, todo ello por razones de ejemplaridad directamente vinculadas a la disciplina.”

Art. 44.- Se confiere a los Tribunales y Autoridades Judiciales Militares la facultad de otorgar motivadamente por sí o por ministerio de la ley a los reos que no pertenezcan a los Ejércitos, la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de la pena impuesta.

REGLAMENTO PARA EL SERVICIO DE PRISIONES.

(RD de 14 de Noviembre de 1930⁵⁷²).

Art. 46.- (párrafo segundo) No podrán ser propuestos para disfrutar del expresado beneficio (*en referencia a la libertad condicional*) los penados a quienes les haya sido revocada alguna vez la libertad concedida o la condena condicional, no alcanzando la prohibición en este último caso, más que a la pena que motivara esta situación.

LEY PENAL DE LA MARINA MERCANTE DE 21 DE JUNIO DE 1923.

Art. 8º.- Cuando se apliquen a alguna persona que pertenezca a la Inscripción marítima los beneficios de la ley sobre condena condicional (*refiriéndose a la de 1908, en vigor entonces*), se dará cuenta a la Comandancia de Marina respectiva y al Registro central de penados y rebeldes del Ministerio de Marina, donde se llevará un libro especial para inscribir los fallos suspendidos.

⁵⁷² Declarado vigente por D. 22 de noviembre 1936.

La suspensión de las condenas se anotará en la libreta de los condenados y éstos podrán embarcar para ejercer a bordo su oficio y profesión, cuidando las autoridades de Marina o consulares de los puertos de embarque, en vista de la referida nota, de comunicar la Tribunal sentenciador, durante el periodo de suspensión, los buques en que sucesivamente embarcan los penados.

REGLAMENTO PENITENCIARIO.

(RD 190/1996 de 9 de Febrero)

Art. 27.- También se notificará al Ministerio Fiscal la fecha previsible de extinción de la condena en los supuestos legales de sustitución de la pena por medida de expulsión del territorio nacional y, en todo caso, cuando se trate de penados extranjeros que extingan condenas inferiores a seis años de privación de libertad.

Art. 52.- 1. Los internos recibirán a su ingreso información escrita sobre sus derechos y deberes, el régimen del Establecimiento, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas y recursos. Con este fin, se les entregará un ejemplar de la cartilla o folleto informativo general y de las normas de régimen interior del Centro penitenciario de que se trate, que el Centro Directivo de la Administración Penitenciaria correspondiente editará necesariamente en castellano y en la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde radique el Centro penitenciario.

2. A los internos extranjeros se les informará, además, de la posibilidad de solicitar la aplicación de tratados o convenios internacionales suscritos por España para el traslado a otros países de personas condenadas, así como de la sustitución de las penas impuestas o a imponer por la medida de expulsión del territorio nacional, en los casos y con las condiciones previstas por las leyes. Igualmente, se les facilitará la dirección y el número de teléfono de la representación diplomática acreditada en España del país correspondiente.

2.- ANEXO DOCUMENTAL.

DOCUMENTO UNO: TRÍPTICO TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD.

**DOCUMENTO DOS: CONVENIO DE COLABORACIÓN
TBC.**



Trabajos en beneficio de la **COMUNIDAD**

Las sanciones y medidas penales tienen como objetivo final la reeducación y reinserción social de aquellos a los que afectan. Pero también es verdad que la privación de libertad no es en todos los casos la medida más adecuada para conseguir este fin.

Es por esto que cada día están alcanzando una mayor importancia las medidas alternativas a las penas de prisión, que son útiles herramientas para lograr ese fin reeducativo y socializador.

Entre estas medidas alternativas, **se encuentran los trabajos en beneficio de la comunidad**. En el actual sistema penal constituyen un elemento básico, habiendo pasado de ser una medida sustitutoria a una medida principal.



*¡PODEMOS!
cumplir de forma responsable*



Trabajos en beneficio de la **COMUNIDAD**

*¡PODEMOS!
cumplir de forma solidaria*



1 > ¿Qué son los trabajos en Beneficio de la Comunidad? ¿en qué consisten?

► Para responder a estas cuestiones analizamos sus **tres elementos fundamentales**:

"Trabajo": actividades, tareas, labores a llevar a cabo por las personas sometidas a esta medida, y cuyas características principales serían las siguientes:

- Debe ser una actividad laboral constructiva, útil, práctica.
- Es una actividad complementaria, no remunerada, no sustituye puestos de trabajo ni compite con el mercado laboral.
- Debe compaginarse con las obligaciones laborales de quien cumple la medida.
- Es un trabajo voluntario, una obligación positiva, con duración determinada.

"Beneficio": hablamos de una medida que pretende reparar los daños causados por la infracción penal, singularmente con la asistencia directa a las víctimas (en determinados casos) y de forma genérica colaborando en el interés general.

"Comunidad": hablamos de una medida para cumplir en sociedad, "en comunidad", y "para la comunidad". La "Comunidad" es la receptora, la "beneficiaria" directa de las tareas que realizan las personas.



2 > ¿Cuál es el espíritu de esta medida?

► Los trabajos en beneficio de la Comunidad tienen una **esencia reparadora**:

Para quienes la realizan, tiene una **función reeducativa** a la vez se hace algo útil, provechoso, necesario.

Para la Comunidad, para la sociedad, tiene una **finalidad retributiva** a la vez que ejemplarizante e integradora.



3 > ¿Qué papel desempeña la Comunidad en la ejecución de esta medida?

► La sociedad en su conjunto, y los **organismos o entidades** tanto del ámbito de los **servicios públicos** como **otras instituciones privadas de utilidad pública**, juegan un papel esencial respecto a estas medidas:

Frente al Estado, la sociedad juega ahora un papel importantísimo en el desarrollo de estas medidas, como "Medio", "Beneficiaria" y "Agente":

Medio: proporcionando el lugar donde se desarrollan los trabajos encomendados (trabajo en libertad, en sociedad).

Beneficiaria: aprovechando el trabajo realizado.

Agente: facilitando las tareas a realizar y contribuyendo a su control, asumiendo las funciones de gestión, asesoramiento, seguimiento y asistencia.

4 > ¿A través de qué organismos o instituciones puede verse representada la Comunidad?

► La Comunidad puede estar suficientemente representada para ejercer esta función mediante sus propias instituciones públicas (**Administración Central, Comunidades Autónomas, Entidades locales...**) o mediante **Asociaciones**, permitiendo que las personas que deben realizar estos trabajos tengan acogida en su organización. Es obligación de todos. Nos vincula a todos.

5 > ¿Qué ventajas tiene esta medida?

► La variedad de ventajas que derivan de esta medida puede ser tan numerosa como personas o entidades contribuyan a su ejecución. Cada institución, corporación, organismo... según los cometidos que le sean propios, aprovechará los frutos del concreto "trabajo en beneficio de la comunidad" realizado.

No obstante, se pueden apuntar como **principales valores, utilidades o intereses los siguientes**:

Combate la pasividad del infractor penal

Debe reconocerse que uno de los conflictos que enfrentan a la sociedad respecto a quienes cometen una

infracción penal, es precisamente el de considerar a estas personas una "carga" social. Los trabajos en beneficio de la Comunidad atacan frontalmente esta premisa. Ya no se es "carga" sino "trabajador al servicio de otros". Se pasa de una situación "pasiva" ante la sanción penal impuesta, a una situación "activa", no "ociosa".

Se ofrece un bien escaso, valiosísimo, del cual carecemos cada día más: tiempo.

La persona sometida a esta medida invierte determinadas horas/días de trabajo que debe ser

recibido y controlado de manera que cumpla fielmente su finalidad de utilidad pública.

- **Es una medida igualitaria**. Frente a otras sanciones penales -por ejemplo la multa- las personas que cumplen trabajos en beneficio de la Comunidad no dependen de su capacidad económica.

- **Se cumple en libertad**, evitando la ruptura con la vida familiar, laboral y social del penado.

- **Se promocionan valores** como la solidaridad, la responsabilidad, el bien común.

6 > ¿Qué tareas o trabajos pueden ofertar?

► No existe limitación alguna salvo la premisa de que la tarea ofertada sea un trabajo digno.

Particularmente pueden estar enfocados al apoyo o asistencia a determinadas víctimas (en el ejemplo anterior, ante una infracción de tráfico, labor de acompañamiento a personas que sufren determinadas lesiones). Otras, las tareas encomendadas vendrán dadas en función de la entidad u organismo que las oferte y de la formación académica y/o profesional de quienes prestan el trabajo.



7 > ¿Quiénes pueden estar sometidos a esta medida?

► Las infracciones que están siendo sancionadas con esta medida son infracciones leves, muy frecuentemente relacionadas con la seguridad vial, por lo que el perfil del infractor es de una persona normalizada e integrada en la sociedad.

CONVENIO DE COLABORACIÓN ENTRE LA SECRETARIA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS Y EL AYUNTAMIENTO DE _____, PARA EL CUMPLIMIENTO DE PENAS DE TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

En Madrid, a

REUNIDOS

De una parte **D. Ángel Yuste Castillejo, Secretario General de Instituciones Penitenciarias** por Real Decreto de nombramiento 1964/2011, de 30 de diciembre, BOE de 31 de diciembre y con competencia para firmar convenios según Orden INT/50/2010, de 12 de enero, por la que se modifica la Orden INT/985/2005, de 7 de abril, por la que se delegan determinadas atribuciones y se aprueban las delegaciones efectuadas por otras autoridades.

Y de otra **D. _____, Alcalde Presidente del Ayuntamiento de _____**, en uso de las atribuciones que le confiere su nombramiento de fecha _____.

En la representación que ostentan y con capacidad suficiente para otorgar el presente convenio,

MANIFIESTAN

1. Que la Constitución Española establece en sus artículos 10 y 14, el derecho a la dignidad de la persona, los derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, y la igualdad ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.
2. Que la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introduce en nuestro sistema penal, dentro de las penas privativas de derechos, las penas de trabajos en beneficio de la comunidad, cuyos artículos 39, 40 y 49, en su redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, remiten las circunstancias de ejecución de esta pena a la vía penitenciaria, estableciéndose en el citado artículo 49 que los trabajos en beneficio de la comunidad . que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado-, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. Circunstancias de ejecución mantenidas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, modificativa del Código Penal.

3. Que el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se deroga el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo establece las circunstancias de ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, y considera, en su artículo 4.1, que el trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración estatal, autonómica o local, que, a tal fin, podrán establecer los oportunos convenios entre sí o con entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública, debiendo remitir mensualmente a la Administración Penitenciaria la relación de plazas disponibles de su territorio.
4. Que la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en su artículo 57, modificado por la Ley 27/2013, de 27 de Diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local establece que la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración Local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, se desarrollará, con carácter voluntario, bajo las formas y en los términos previstos en las leyes, pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante los consorcios o los convenios administrativos que suscriban.

En consecuencia, las partes firmantes acuerdan establecer el presente convenio de colaboración con arreglo a las siguientes:

CLAUSULAS

PRIMERA: Objeto del Convenio.-

El presente convenio tiene por objeto establecer la forma de colaboración entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de _____, para el efectivo cumplimiento de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad, mediante la prestación por los penados de determinadas actividades de utilidad pública, en su ámbito competencial.

SEGUNDA: Compromisos que asumen las partes.-

- 1.- El Ayuntamiento de _____ se compromete a facilitar un número de plazas a los penados a trabajos en beneficio de la comunidad, en las condiciones establecidas en el artículo 49 del Código Penal y en el Real Decreto 840/2011.
- 2.- El Ministerio del Interior asume las obligaciones para la cobertura de las contingencias que corresponden al Instituto Nacional de la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de los penados, por los días de

prestación efectiva del trabajo desarrollado en beneficio de la comunidad, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 2131/2008, de 26 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, que regula, entre otras materias, la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajos en beneficio de la comunidad y en concordancia con lo establecido en el artículo 11 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se regulan las circunstancias de ejecución de estas penas.

3.- El Ayuntamiento de _____ a través de los órganos o servicios habilitados para ello, se compromete a impartir los conocimientos necesarios para que la actividad desplegada por los penados pueda ser cumplida eficazmente, y facilitará el material necesario para la realización de la tarea encomendada.

4.- Por su parte, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, teniendo a su cargo los Servicios de gestión de Penas y Medidas Alternativas, asume la gestión, coordinación y seguimiento de la pena, mediante contactos con los responsables del trabajo.

5.- Los datos de carácter personal de los penados están afectados por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. En consecuencia, la Administración Penitenciaria, en el ejercicio de sus competencias de ejecución penal, facilita al Ayuntamiento de _____ los datos identificativos de los penados, a los solos efectos de control para la buena consecución de la actividad, comprometiéndose el Ayuntamiento a guardar la confidencialidad sobre los mismos.

TERCERA: Coste del Convenio.-

El presente convenio tiene coste cero, pues la Administración no asume ningún gasto ni ordinario ni extraordinario como consecuencia del mismo.

CUARTA: Distribución de las plazas.-

1.- Los Servicios de gestión de Penas y Medidas Alternativas valorarán al penado con el fin de determinar la actividad más adecuada informando al mismo de las distintas plazas existentes, con indicación expresa de su cometido y del horario en que deberán realizar la actividad, conforme al catálogo de plazas anexo a este convenio.

2.- Una vez realizada la valoración y seleccionada la tarea a desarrollar, los Servicios que gestionan estas penas trasladarán al Ayuntamiento de _____ la información necesaria para el adecuado desenvolvimiento de las actividades asignadas.

QUINTA: Jornada y horario.-

1.- Para determinar la duración de la jornada y el plazo en que deba cumplirse, los servicios que gestionan las Penas y Medias Alternativas deberán atender al principio de flexibilidad que recoge el 6.2 del Real Decreto 840/2011, para compatibilizar, en la medida de lo posible, el normal desarrollo de las actividades diarias del penado con el cumplimiento de la pena impuesta y, en todo caso, de conformidad con las resoluciones judiciales.

SEXTA: Derechos laborales en el desarrollo de la actividad.-

- 1.- El trabajo que realice el penado no será retribuido.
- 2.- En ningún caso se derivarán obligaciones propias de un contrato laboral como consecuencia del trabajo desarrollado con motivo del presente convenio.

SÉPTIMA: Seguimiento y Control del cumplimiento de la pena.-

1.- Durante el cumplimiento de la condena el penado deberá seguir las instrucciones recibidas del Juez de Vigilancia y de los Servicios de gestión de Penas y Medidas Alternativas. En cuanto al desarrollo de las tareas a realizar, el penado deberá seguir las directrices de la unidad en la que preste su tarea, en el ámbito de actuación y competencias del Ayuntamiento de .

2.- El Ayuntamiento de informará a los Servicios de gestión estas penas, de la actividad que va siendo desarrollada por el penado y de las incidencias relevantes que se produzcan en el desenvolvimiento del plan de ejecución, para que por dichos Servicios se comunique lo oportuno al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. En todo caso, deberá informarse de las siguientes incidencias:

- Ausencias del trabajo o abandonos injustificados.
- Rendimiento sensiblemente inferior al mínimo exigible.
- Oposición o incumplimiento reiterado y manifiesto a las instrucciones del responsable de la ocupación.
- Cuando su conducta sea tal que el responsable de la actividad se negara a mantenerle en la misma.

Igualmente el Ayuntamiento de deberá informar a los Servicios de gestión de Penas y Medidas Alternativas sobre la finalización del plan de ejecución.

OCTAVA: Comisión Mixta de seguimiento.-

1.- Se crea una comisión mixta de seguimiento, encargada de velar por el exacto cumplimiento de lo establecido en el presente convenio, resolver los problemas de interpretación y las incidencias que puedan plantearse en la aplicación del mismo.

2.- La comisión mixta estará integrada por los miembros relacionados a continuación, o persona en quien deleguen:

Por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias:

- El Secretario General de Instituciones Penitenciarias
- La Subdirectora General de Penas y Medidas Alternativas

Por el Ayuntamiento de _____:

- El Alcalde

3.- Asimismo, podrán formar parte de la comisión los técnicos que se considere oportuno en función de los temas a tratar.

4.- La Comisión se reunirá al menos una vez al año o siempre que lo solicite una de las partes.

5.- El funcionamiento de la Comisión Mixta de Seguimiento se adecuará en lo previsto, para los órganos colegiados, en el Título II, Capítulo II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

NOVENA: Régimen Jurídico.-

1.- Este Convenio tiene naturaleza administrativa y está excluido de la aplicación del **Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (BOE nº 276, de 16 de noviembre), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público**, a tenor de lo dispuesto en el art. 4.1 c) de la misma. Las dudas o controversias que surjan entre las partes sobre los efectos, interpretación, modificación o resolución del mismo que no puedan resolverse por conciliación en la Comisión Mixta de Seguimiento, serán sometidas a los tribunales competentes de la jurisdicción contencioso-administrativa.

DÉCIMA: Ámbito temporal.-

1.- El presente convenio entrará en vigor al día siguiente de su firma, y tendrá vigencia de un año.

2.- No obstante lo establecido en el apartado anterior, se entenderá prorrogado tácitamente si no hubiera denuncia escrita por alguna de las partes con tres meses de antelación a la fecha anual de su vencimiento.

Y todo ello sin perjuicio de la finalización de las actividades que estuvieran comprometidas hasta la fecha de resolución del convenio.

UNDÉCIMA: Causas de extinción.-

Serán causas de extinción del presente convenio:

- 1.- La resolución por incumplimiento de las cláusulas del mismo, por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, o por el Ayuntamiento de .
- 2.- Por acuerdo de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y el Ayuntamiento de .
- 3.- Por desaparición de las condiciones que sirven de base a su realización.

En prueba de conformidad con todo lo expuesto, se firma el presente convenio, en lugar y fecha indicados.

**EL SECRETARIO GENERAL DE
INSTITUCIONES PENITENCIARIAS**

EL ALCALDE DE

Fdo.: Ángel Yuste Castillejo

Fdo.:

ANEXO DE DATOS DE LA ENTIDAD COLABORADORA

--

PERSONA DE CONTACTO						
CARGO						
TELÉFONO		MÓVIL		FAX		
E-MAIL						
DIRECCIÓN DE LA ENTIDAD						
PROVINCIA						
LOCALIDAD				C.POSTAL		

ANEXO DE PLAZAS					
DATOS DE LA PLAZA					
TIPO DE ACTIVIDAD					
NÚMERO DE PLAZAS					
CARACTERÍSTICAS					
JORNADA DE		PERIODICIDAD		HORARIO	
*(1)	Mañana		De lunes a viernes		
	Tarde		Fines de semana		
	Noche		Toda la semana		
ESTUDIOS					
*(2)	Ninguno			Diplomado Universitario o Equivalente	
	Estudios Primarios			Licenciado Universitario o Equivalente	
	Educación Secundaria o Equivalente			Idiomas	
OBSERVACIONES Y DATOS COMPLEMENTARIOS					
DATOS DE CONTACTO DE LA PLAZA					
NOMBRE / CARGO DEL RESPONSABLE					
TELÉFONO		MÓVIL		FAX	
E-MAIL					
DATOS DE UBICACIÓN					
PROVINCIA		LOCALIDAD			
C. POSTAL					

(1) Una jornada, una plaza. Jornada de mañana y tarde, dará lugar a dos anexos distintos.

(2) Marcar el nivel mínimo requerido o "Ninguno" si no se requiere especial cualificación.