



UNIVERSITAT DE BARCELONA

Ejecución de las penas

Inés Guardiola Sánchez

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



Universitat
de Barcelona

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

EJECUCIÓN DE LAS PENAS

TESIS DOCTORAL

Directora de Tesis

Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo

Doctorando

Inés Guardiola Sánchez

Octubre 2015

*A mi madre, porque con su amor y apoyo,
nada es imposible.*

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN	9
PRIMERA PARTE: SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD	15
1. EVOLUCIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCION DE LA PENA.....	15
2. SUPUESTO GENERAL DE LA SUSPENSIÓN.....	20
2.1 Ámbito de aplicación.....	20
2.2 Motivación y pronóstico de criminalidad futura.....	22
2.3 Suspensión extraordinaria por enfermedad grave e incurable.....	27
2.4 Presupuestos para la concesión de la suspensión.....	28
2.5 Requisitos objetivos: duración de la pena impuesta y satisfacción de las responsabilidades civiles.....	33
2.6 Plazo de suspensión.....	39
2.7 Reglas procedimentales para la concesión.....	40
2.8 Efectos de la suspensión de la condena.....	47
2.9 Posición de la Fiscalía sobre la suspensión.....	48
3. SUSTITUCION DE LA PENA COMO MODALIDAD DE SUSPENSIÓN.....	49
4. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA CONDICIONADA AL CUMPLIMIENTO DE PROHIBICIONES Y DEBERES.....	54
4.1 Prohibiciones.....	59
4.2 Deberes.....	62
4.3 Cumplimiento de las prestaciones o medidas.....	66
4.4 Modificación de las prohibiciones, deberes o prestaciones.....	69
5. REVOCACION DE LA SUSPENSIÓN.....	70
5.1 Causas.....	73

5.2 Consecuencias de la revocación.....	76
5.3 Procedimiento para la revocación.....	77
6. REMISIÓN DE LA PENA.....	78
7. SUPUESTOS ESPECIALES DE SUSPENSION.....	80
7.1 Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad de penados que hayan delinquido a causa de su dependencia a sustancias del art. 20.2 CP.....	80
7.2 Suspensión para enfermos graves e incurables.....	90
7.3 Enfermedad mental sobrevenida.....	91

**SEGUNDA PARTE: SUSTITUCION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE
LIBERTAD.....**95

1. CONCEPTO DE SUSTITUCIÓN.....	95
2. CLASES DE SUSTITUCIÓN.....	97
3. SUSTITUCION DE LA PENA DE PRISIÓN PARA EXTRANJEROS POR SU EXPULSIÓN DEL TERRITORIO ESPAÑOL.....	98
3.1 Datos históricos.....	98
3.2 Naturaleza jurídica, fundamento y funciones de la medida de expulsión....	99
3.3 La nueva regulación de expulsión.....	101
3.4 Modificaciones del art. 89 CP operadas con las Reforma del 2015.....	104
3.5 Supuestos de expulsión.....	108
3.6 Expulsión de un ciudadano de la Unión Europea.....	110
3.7 Supuestos de cumplimiento de la pena.....	112
3.8 Procedimiento.....	115
3.9 Consecuencias de la expulsión.....	116
3.10 Vulneración de la prohibición de regreso a España.....	116
3.11 Ingreso del penado en un centro de internamiento.....	117
3.12 La postura del TEDH.....	118
3.13 Derecho comparado: la deportación en el derecho británico.....	124

TERCERA PARTE: CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.....	127
1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS.....	127
2. SITUACIÓN DEL RÉGIMEN PENITENCIARIO.....	129
3. INGRESO EN PRISIÓN PARA EL CUMPLIMIENTO DE UNA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.....	135
3.1 Ingreso en prisión de mujeres que tengan hijos menores.....	138
3.2 Trámites para el ingreso en prisión.....	138
3.3 Criterios para la distribución de los presos en departamentos.....	140
4. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEBERES PENITENCIARIOS.....	140
4.1 Derechos fundamentales.....	141
4.2 Derechos penitenciarios.....	143
4.3 Deberes penitenciarios.....	146
5. TRATAMIENTO Y CLASIFICACIÓN.....	146
5.1 Requisitos legales de observación.....	148
5.2 Criterios legales de clasificación.....	149
5.3 Clasificación inicial.....	150
5.4 Grados penitenciarios.....	152
5.5 Revisión de grado.....	156
5.6 Progresión de grado.....	158
5.7 Regresión de grado.....	159
5.8 Mantenimiento de grado.....	162
6. PERMISOS DE SALIDA.....	164
6.1 Permisos ordinarios.....	165
6.2 Permisos extraordinarios.....	167
6.3 Denegación de los permisos de salida.....	168
7. COMUNICACIONES.....	170
8. MEDIOS COERCITIVOS Y RECUELTOS.....	172
8.1 Utilización de medios coercitivos.....	172
8.2 Procedimiento para su adopción.....	173
8.3 Recuentos.....	174

9. RECURSOS CONTRA LA DENEGACIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS.....	175
CUARTA PARTE: LIBERTAD CONDICIONAL.....	179
1. CONCEPTO.....	179
2. NATURALEZA JURÍDICA.....	180
3. REQUISITOS PARA SU CONCESIÓN.....	183
3.1 Clasificación en tercer grado y cumplimiento de las tres cuartas partes y las dos terceras partes de la condena.....	184
3.2 Buena conducta.....	185
3.3 Eliminación del pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.....	186
4. PROCEDIMIENTO PARA LA TRAMITACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL.....	187
5. ÓRGANO COMPETENTE PARA LA CONCESIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL.....	188
6. PERSONAS CON ENFERMEDADES GRAVES E INCURABLES O MAYORES DE 70 AÑOS.....	189
7. REVOCACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL.....	196
8. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE Y ADOPCIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL.....	199
QUINTA PARTE: LIBERTAD VIGILADA.....	203
1. CONCEPTO	203
2. NATURALEZA JURÍDICA.....	205
3. CONTENIDO	208
4. ÁMBITO SUBJETIVO	212
5. TIPOLOGÍA DE LA LIBERTAD VIGILADA.....	214
5.1 Libertad Vigilada ordinaria.....	214
5.2 Libertad Vigilada post-penitenciaria.....	215

5.2.1	Ámbito de aplicación.....	216
5.2.2	Imposición preceptiva o facultativa según la peligrosidad criminal.....	218
5.2.3	Contenido de la libertad vigilada postpenitenciaria.....	223
5.2.4	Compatibilidad de la libertad vigilada con otras consecuencias jurídicas.....	225
6.	DURACION DE LA LIBERTAD VIGILADA.....	227
7.	EJECUCION DE LA LIBERTAD VIGILADA.....	232
7.1	Ordinaria.....	232
7.2	Ejecución de la libertad vigilada post-penitenciaria.....	234
7.2.1	Concurrencia de varias medidas de libertad vigilada.....	235
7.2.2	Órgano judicial encargado de la ejecución.....	236
7.3	Revisión periódica de la ejecución de la libertad vigilada post- penitenciaria.....	237
7.3.1	El papel del juez de vigilancia penitenciaria.....	238
7.3.2	Periodicidad de la revisión.....	240
7.3.3	Procedimiento para la revisión.....	242
7.3.4	Decisiones sobre la revisión.....	245
8.	INCUMPLIMIENTO Y QUEBRANTAMIENTO DE LA LIBERTAD VIGILADA.....	247
9.	JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO	251
	SEXTA PARTE: PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.....	263
1.	CONCEPTO HISTÓRICO.....	263
2.	ESTADÍSTICA DE LA DELINCUENCIA.....	271
3.	CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.....	275
4.	DERECHO COMPARADO Y JURISPRUDENCIA DEL TEDH	279
4.1	Prisión permanente en otros países de la Unión Europea.....	279
4.2	Jurisprudencia del TEDH.....	280
5.	PROCEDIMIENTO Y EJECUCION DE LA PRISION PERMANENTE REVISABLE.....	286

5.1 Contenido y naturaleza jurídica.....	290
5.2 Permisos de salida.....	292
5.3 Progresión a tercer grado y posibilidad de suspensión.....	294
5.3.1 Cumplimiento efectivo de un periodo mínimo de condena.....	294
5.3.2 Clasificación en tercer grado.....	295
5.3.3 Pronóstico favorable de reinserción social.....	297
5.3.4 Requisitos adicionales para presos condenados por terrorismo....	301
5.4 Modificación y revocación de la suspensión.....	303
6. LIBERTAD CONDICIONAL.....	306
CONCLUSIONES.....	313
BIBLIOGRAFIA.....	319

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ACP	Antiguo Código Penal
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
AAP	Auto Audiencia Provincial
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
Ed	Editorial
Ed.	Edición
Ejec.	Ejecutoria
Excmo.	Excelentísimo
Exp.	Expediente
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
Ilmo.	Ilustrísimo
JVP	Juzgado Vigilancia Penitenciaria
JCVJ	Juzgado Central Vigilancia Penitenciaria
JP	Juzgado Penal
LECr.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LORRPM	Ley Orgánica Responsabilidad Penal del Menor
Núm.	Número
Pág.	Página
Págs.	Páginas
PCP	Proyecto Código penal

Pte.	Ponente
RA	Rollo Apelación
RD	Real Decreto
Rev.	Revista
RP	Reglamento Penitenciario
Secc.	Sección
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

El objeto de mi estudio son las formas de suspensión y sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad, medidas previstas y reguladas en el Capítulo III del Código Penal, en adelante CP, ex arts. 80 a 94 del mismo, así como los beneficios penitenciarios que pueden obtenerse a lo largo del cumplimiento de una pena privativa de libertad, esto es, las normas y leyes del Derecho Penitenciario.

Procuró dar una orientación desde el punto de vista del ejercicio de la abogacía y, especialmente, bajo el prisma del derecho de defensa, reconocido no sólo durante el procedimiento penal, sino también en la fase final de la condena mediante los beneficios que prevé la legislación penal y penitenciaria para el cumplimiento efectivo de las penas.

Al tiempo de la realización del estudio, se ha llevado a cabo una intensa reforma del CP y, principalmente, del tercer capítulo, operada mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, que entró en vigor el pasado día 1 de julio y que ocupará la mayor parte de mi investigación.

La reforma del CP de 2015 ha comportado cambios intensos y extensos del mismo. Ciertamente, es una completa revisión y actualización, en la conciencia de que el transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de nuestra norma penal. Se introduce, además, la novedad de la prisión permanente revisable, cuya revisión se establece también como un supuesto de libertad condicional o de una suspensión de la ejecución de la pena, pero también hay una transformación de las reglas penológicas, del régimen de suspensión, sustitución, libertad condicional, antecedentes penales y comiso ampliado, entre otras, que analizo detalladamente.

Igualmente, la reforma cambia el modo de valorar el cumplimiento de la responsabilidad civil así como la sustitución de la prisión por expulsión del territorio

nacional que abordaré también en mi estudio. Por otro lado, se introduce un nuevo supuesto privilegiado de acceso a la libertad condicional, aplicable a los condenados que cumplen su primera condena, si es breve, y, en estos supuestos, la libertad condicional pasa a considerarse una suspensión del resto de la pena.

Por ende, como quiera que estamos prácticamente ante un nuevo CP, cuya entrada en vigor se ha adelantado al día 1 de Julio de 2015, me he visto obligada a introducir la reforma, modificando sustancialmente el contenido de la investigación.

Así, y para favorecer su análisis, subdivido el trabajo en seis partes. La primera parte abarca los supuestos generales y especiales de suspensión; en la segunda analizo los beneficios de la sustitución de las penas privativas de libertad; la tercera lo es a razón del cumplimiento de las penas de prisión, a saber los beneficios penitenciarios y el régimen y tratamiento que prevé la ley penitenciaria; en la cuarta parte estudio la última etapa del cumplimiento de una pena privativa de libertad, a saber la libertad condicional; la quinta se centra en la libertad vigilada y, finalmente, la prisión permanente, contemplada en el nuevo CP, ocupa la última y sexta parte.

Una vez expuestos los requisitos y circunstancias que exige cada beneficio para su concesión o, en su defecto, el procedimiento a seguir para el cumplimiento de una pena en prisión, culmino el análisis con un estudio de la Jurisprudencia más reciente, que pondré en consonancia con normativas aplicadas en otros países, principalmente europeos y americanos, para proponer soluciones a vacíos legales que suceden en casos prácticos.

La suspensión de la ejecución de la pena es una facultad que la ley confiere a los jueces y tribunales para que la otorguen, motivadamente, por ello, la suspensión de la ejecución siempre se confía al arbitrio del órgano sentenciador o ejecutor, con independencia de que se fijen condiciones para la misma.

En nuestro CP, a diferencia con lo que establecía el Código anterior, no existe la concesión de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad por

Ministerio de la Ley sino que aquélla está sometida a unas condiciones, de un lado discrecionales, en la que el juez o tribunal debe de valorar las circunstancias personales del reo, la naturaleza y forma de comisión del delito; y de otro, necesarias y determinantes por prescripción penal, sin cuya concurrencia no se puede conceder.

Concebir la pena como castigo proporcional a la gravedad del hecho cometido no significa que la sanción correspondiente haya de imponerse y ejecutarse en todo caso. Se puede renunciar a la ejecución de la misma o incluso a la imposición de la pena, si ésta no es indispensable desde el punto de vista de la prevención general, y no está indicada desde la perspectiva de los fines de la prevención especial.

Ciertamente, el denominado fracaso universal de la pena privativa de libertad ha motivado que los laboriosos estudios del Derecho penal y ciencia penitenciaria desarrollen una profunda crítica hacia éstas, proponiéndose penas alternativas o modelos alternativos de control social que huyan de los devastadores efectos de estas sanciones¹.

No obstante, los esfuerzos teóricos por encontrar alternativas a las penas de prisión chocan, radicalmente, con los delitos graves, ya que resultan insustituibles. De modo que, los denominados sustitutivos penales se circunscriben a las penas cortas privativas de libertad que, en virtud del principio de la proporcionalidad, vendrían aparejadas a delitos menos graves o leves y que, además, desde el punto de vista político-criminal y penitenciario resultan costosas en su ejecución², puesto que representan un alto riesgo de contaminación carcelaria y, además, no resocializan impidiendo un eficaz tratamiento del reo.

Por otra parte, una vez el juez o tribunal competente acuerda el cumplimiento de una pena de prisión, deben ponerse en marcha los mecanismos más útiles para la pronta

¹ SAEZ CANTERO, J.A., *La sustitución de la pena de privación de libertad en Estudios Penales II*, 1978, pág. 220.

² COBO DEL ROSAL, M., *Instituciones del Derecho penal Español*, Ediciones CESEJ, 2004, pág. 300.

concesión de beneficios penitenciarios, tales como la obtención de permisos de salida o la clasificación en el régimen abierto que prevé el tercer grado de tratamiento.

En el presente estudio, no sólo analizo aspectos procedimentales del ingreso y cumplimiento en prisión, sino también aspectos prácticos que son tenidos en cuenta tanto por las juntas de tratamiento de los centros penitenciarios, como por los órganos judiciales para el otorgamiento de los beneficios penitenciarios.

Lógicamente, abordo dichas cuestiones bajo el prisma de los principios constitucionales de reinserción y resocialización de la pena, contenidos en el art. 25.2 de la Constitución Española.

También analizo someramente el periodo conocido como libertad condicional, a saber la última etapa del cumplimiento de una pena de prisión y, sin duda, el periodo más placentero. Como quiera que puede adelantarse excepcionalmente su concesión, serán igualmente válidos los consejos prácticos y jurídicos, basados en jurisprudencia y doctrina asentada, que a lo largo del presente recojo.

Por otro lado, investigo sobre la libertad vigilada y la nueva prisión permanente revisable. La primera medida se incorporó en el CP³ para reos por delito de terrorismo y agresión sexual, para así poder garantizar, tras cumplir la correspondiente condena, la no reincidencia. Los delincuentes con mayor peligrosidad podrán ser sometidos a control judicial, una vez cumplan las penas de prisión impuestas, con una medida de libertad vigilada. Será obligatoria para los delincuentes sexuales y terroristas y podrá alcanzar una duración máxima de diez años.

Igualmente, me detengo en el contenido y duración de la medida, que dependerá de la peligrosidad del delincuente y consistirá en limitaciones, obligaciones, prohibiciones y reglas de conducta que permitirán el seguimiento telemático permanente del delincuente a través de medios electrónicos, debiendo estar siempre

³ LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010.

localizado, así como la prohibición de aproximación y comunicación con las víctimas o residir en la misma localidad que ellas. Estudio tanto el contenido y duración de la misma, como las controversias doctrinales que han surgido a raíz de su aplicación.

Finalmente, la reforma llevada a cabo en el año 2015 del CP, introduce una nueva pena de prisión permanente revisable, que podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad, a saber asesinatos especialmente graves, homicidio del Jefe del Estado o de su heredera, de Jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad, en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada, si bien sujeta a un régimen de revisión consistente en el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, ya que acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos.

No desmerecerá, por mi parte, una crítica, desde un punto de vista constitucional, a esta nueva pena privativa de libertad grave que bien parece nos reorienta a la imposición de la vacante que dejó en su día, por suerte, la pena de cadena perpetua.

EJECUCIÓN DE LAS PENAS

PRIMERA PARTE: SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

1. EVOLUCIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENAS

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad es una institución conocida desde hace más de un siglo en nuestro ordenamiento jurídico, pues se configuró por primera vez en el art. 11 de la Ley de 17 de marzo de 1908⁴ como un tipo de condena condicional. Posteriormente, se incluyó en el art. 95 del CP de 1932 y en el art. 92 del CP de 1944.

Asimismo, las sucesivas propuestas legislativas y reformas penales que se han sucedido hasta nuestros días se dirigen hacia una continua apertura del campo de aplicación de esta institución y la incorporación de determinadas reglas durante el período de prueba. La ampliación de esta institución se consigue aumentando los posibles beneficiarios que pueden acceder a ella⁵.

Por ello, en la actualidad, y tras la última reforma del CP que entró en vigor el día 1 de julio de 2015, y que ha incorporado novedosas y sustanciales modificaciones, nos dirigimos cada vez más a una ejecución de la pena similar a países de la Unión Europea con menos tasa de población presa que, sin duda, es a lo que aspira España sin aumentar, paralelamente, el índice de criminalidad.

Pero, sin duda, fue la reforma del CP de 25 de junio de 1983 la que incorporó dos importantes novedades hasta aquella fecha. En primer lugar, se incluyó en el párrafo primero del art. 93 CP un concepto amplio de autor primario, considerando al reo que delinque por primera vez cuando *“haya sido rehabilitado o pueda serlo con arreglo a lo dispuesto en el párrafo último del art. 118 de este Código”*.

⁴ En la actualidad, la Ley de 17 de marzo de 1908 fue derogada, así como sus disposiciones complementarias por la Disposición Derogatoria 1.b del CP de 1995.

⁵ La exigencia inicial del art. 94.1 del Proyecto de CP de 17 de enero de 1980 hacía referencia a que *“el reo haya delinquido por primera vez”*.

En aquel precepto, no sólo se igualó al delincuente rehabilitado con el autor primario sino, también, el que pudiera serlo, *“aunque no habiendo instado la rehabilitación, por la simple constatación judicial de que se habían cumplido los requisitos precisos para obtenerla”*.

Asimismo, se intentó de nuevo ampliar el campo de aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, ya que *“la primera condena por imprudencia, en todo caso, no se tendrá en cuenta a estos efectos”*, y así, de forma novedosa, se permitió el acceso de este beneficio a los reincidentes que, previamente, cometieron un delito imprudente.

El borrador del Anteproyecto de CP de 1990 mantuvo esta misma línea de incrementar el número de beneficiarios que podían acceder al beneficio. Así, el art. 78 establecía que *“no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o pudieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el art. 115 de este Código”*. Por consiguiente, era considerado delincuente primario aquél que hubiera sido condenado por un delito imprudente, independientemente del número de condenas por delitos imprudentes⁶. Este concepto amplio de delincuente primario fue reproducido en los sucesivos Anteproyectos del CP hasta el texto punitivo definitivo del año 1995⁷.

Respecto a la imposición de tareas o reglas de conducta vinculadas al beneficio de la suspensión, no es hasta el Anteproyecto de CP de 22 de abril de 1992 cuando se vuelven a incorporar, junto a otras importantes novedades.

Llegados al CP de 1995, el régimen general de la suspensión se encontraba regulado en los artículos 81 a 86 del mismo. En aquél articulado, el plazo de suspensión para penas privativas de libertad inferiores a dos años, era de dos a cinco años, según decidiera el tribunal, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias del hecho, las circunstancias personales del penado y la duración de la pena impuesta. En

⁶ MAGRO SERVET, V. Y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico sobre la ejecución penal: las medidas alternativas a la prisión*. Editorial La Ley, 2008, pág. 33.

⁷ La STC núm. 165/1993, de 28 de junio, ya recogía la necesidad de evitar el efecto corruptor de cárcel en los delincuentes primarios.

cambio para las penas leves, lo era de tres meses a un año, distinción de plazos que no realizaba el anterior Código.

No obstante, la modificación del CP, operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, afectó de modo específico a la suspensión de la condena.

Al margen de algunas reformas de carácter técnico, como la supresión del art. 83.1 bis CP, o la precisión del límite de la suspensión contenido en el art. 80 CP⁸, las dos modificaciones más importantes fueron en relación a los antecedentes que podían generar la condena suspendida y la ampliación del campo de actuación de la suspensión de condena a personas toxicómanas, a saber una idea rígida en consonancia con la idea de un cumplimiento efectivo de la pena y otra, más flexible, demandada por la doctrina.

En el primer caso, el legislador quiso que la condena penal, aunque estuviera suspendida, tuviera relevancia en la historia penal del condenado; consecuentemente, se suprimió la inscripción de esa condena en una sección especial del Registro Central de Penados (anterior art. 82 CP)⁹, y se anotó en la forma ordinaria, produciendo todos sus efectos, aun en el caso de que el beneficiario de la suspensión llegara a cumplir con las obligaciones derivadas y demostrara con su comportamiento que no era alguien peligroso para la sociedad.

Desapareció, así, el régimen especial de inscripción en el Registro de las condenas cuya ejecución había sido suspendida (antiguos arts. 82 y 85 CP), por lo que los antecedentes constaban con independencia de la suspensión y su cancelación se regía conforme a los plazos previstos en el art. 136 CP¹⁰.

⁸ Se habla ahora de “*penas no superiores*” en vez del término “*inferiores*” usado antes.

⁹ El legislador pretendió aproximar el sistema de suspensión de la ejecución de la pena al sistema anglosajón de la *probation*, estableciendo un régimen particular de inscripción de las sentencias suspendidas en el antiguo art. 82 CP. Para más información, ver MOLINA BLÁZQUEZ, C., *La aplicación de la pena*, Ed Bosch, 1996, pág. 68.

¹⁰ Dice el artículo 136.1 CP: “*Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, previo informe del juez o tribunal sentenciador.*”.

En segundo lugar, la reforma del año 2003 por fin asumió una reclamación casi generalizada por la doctrina y juristas, quienes, desde la instauración del beneficio, habían denunciado una incongruencia en la regulación del art. 87 CP, dado que el límite de los 3 años de la pena privativa de libertad a suspender, era una traba para las personas con problemas de drogodependencias ya que, normalmente, eran condenadas con penas que excedían de ese coto punitivo. La ampliación del límite a suspender hasta cinco años de prisión que incorporó la mentada reforma del CP, según entre otros SUÁREZ-MIR RODRÍGUEZ, permitió resolver ese problema, sobre todo al suprimirse la exigencia de no habitualidad¹¹.

En cambio, fue mínima la reforma del CP que operó con la LO 5/2010, de 22 de junio, en lo que se refiere a la suspensión, pues ésta únicamente afectó a la ampliación de programas formativos contemplados en el numerario 83.5º CP, a imponer en caso de que la pena suspendida fuera de prisión, si lo estimara necesario el juez o tribunal sentenciador.

Finalmente, la última reforma del CP, operada por la LO 1/2015, sí que ha supuesto una auténtica revolución jurídica en cuanto a los aspectos abordados en mi estudio, ya que introduce una mayor flexibilidad y discrecionalidad judicial en el régimen de la suspensión de la ejecución de la pena, poniendo fin a la triple regulación de la suspensión (ordinaria, suspensión para drogodependientes y sustitución de la pena), y estableciendo un régimen único de suspensión¹².

Así, la reforma modifica sustancialmente el régimen de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad, previsto en el Capítulo III, Título III, Libro I del CP, dando nueva redacción a los art. 80 a 87 CP. Como antes he mentado, sin duda, la piedra angular de la reforma es que instaura un sistema unitario de suspensión integrado por las dos figuras tradicionales, la suspensión de la ejecución y la sustitución de las penas privativas de libertad. Tan sólo conserva su autonomía, que no

¹¹ SUÁREZ MIR RODRÍGUEZ, C., *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*, Ed Aranzadi, 2006, pág. 474.

¹² Dictamen del Consejo de Estado 358/2013 de 27 de junio de 2013.

misma regulación, la sustitución de las penas de prisión impuestas a ciudadanos extranjeros por la expulsión del territorio nacional regulada en el actual art. 89 CP.

También se modifica sustancialmente la valoración del cumplimiento de la responsabilidad civil, pues si bien continúa siendo un requisito de la suspensión de la ejecución, ésta puede ser revocada si se ocultaran bienes o no se aportara información sobre los bienes disponibles, o no se facilitara el decomiso acordado¹³.

En cambio, se mantiene intacta la no inclusión en el cómputo de los dos años de prisión para la suspensión, la derivada del impago de la multa que diera lugar a la responsabilidad personal subsidiaria.

No obstante, sin lugar a dudas, la principal novedad y progreso de la reforma en cuanto a la suspensión original, es el trato que el legislador da a los antecedentes penales así como la necesidad de su concesión en base a la evitación de la comisión de nuevos delitos por parte del penado.

Lo anterior, unido a que la suspensión podrá resolverse en sentencia, siempre que ello resulte posible, supone una visión mucho más europea de nuestro ordenamiento. De hecho, es un gran desasosiego para los juzgados de ejecutorias, creados de forma específica en determinadas demarcaciones judiciales, ya que la concesión de la suspensión, debido al gran volumen de procedimientos a ejecutar, podía demorarse hasta dos o tres años tras el dictado de la sentencia con obvios perjuicios para el reo.

Si bien, a pesar de las referidas mejoras, la posibilidad de resolver sobre la suspensión en sentencia tampoco ha quedado exenta de críticas. En relación a este particular, la Fiscalía General del Estado entiende que ésta es una regla de imposible

¹³ Apartado IV del Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.

encaje en nuestro ordenamiento procesal¹⁴. Así, únicamente en los supuestos de conformidad se prevé que la decisión sobre la suspensión o sustitución se adopte en el momento inmediatamente posterior a la declaración de firmeza de la sentencia. No obstante, ni siquiera en tales casos dicha decisión forma parte del contenido de la sentencia, ya que se requiere la previa firmeza de la misma. No obstante, existe un hándicap, y es que una vez recurrida la sentencia en apelación o casación, la firmeza no se logrará hasta que el tribunal *ad quem* resuelva el recurso, si bien, dicho tribunal carece de competencia para resolver sobre el beneficio de la suspensión, por lo que la sentencia de segunda instancia tampoco podrá contener pronunciamiento alguno sobre tal beneficio.

2. SUPUESTO GENERAL DE LA SUSPENSIÓN

2.1 Ámbito de aplicación

El art. 80.1 CP, previo a la reforma del CP de 2015, establecía que: *“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.”*

La actual redacción del art. 80.1 CP, tras la reforma del CP de 2015, es la siguiente: *“1. Los jueces y tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.*

Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado,

¹⁴ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 24 de noviembre, 8 de enero de 2013, pág. 46 a 48.

sus circunstancias familiares y sociales, y a los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”.

Por tanto, las penas a suspender siguen siendo las penas privativas de libertad no superiores a dos años, al igual que en el art. 80.1 CP anterior, pero con importantes novedades que a continuación señalaré.

En el redactado anterior a la reforma del 2015, el ámbito de aplicación del beneficio de la suspensión se reducía a las penas privativas de libertad que se incluían en el art. 35 CP¹⁵, a saber la prisión, la localización permanente y la responsabilidad subsidiaria por impago de multa. También quedaban suspendidas las penas privativas de derechos que fueran accesorias pues iban vinculadas, en esencia, a la pena principal de prisión¹⁶, de manera que si ésta última no se ejecutaba, la misma suerte debía correr la accesoria¹⁷. Ello no sucedía en el antiguo CP 1944-73, pues el art. 97 vetaba expresamente la posibilidad de suspender las penas accesorias.

Además, en el art. 80.2 CP de aquél Código, se aludía, al fijar el plazo de suspensión, a las penas privativas de libertad *“inferiores a dos años”*, produciéndose un desajuste entre ambos apartados en cuanto a las penas de dos años exactos. Dicha controversia fue ya solventada en el CP 1995, aludiéndose, al igual que el redactado actual a *“penas privativas de libertad no superiores a dos años”*.

Respecto de la responsabilidad personal por impago de multa, tampoco era posible su suspensión en los casos en los que la multa era alternativa a una pena privativa de libertad, toda vez que cuando el Tribunal había optado por la multa, ello llevaba implícito un juicio negativo sobre la concesión de la suspensión. Cabe decir que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa ha dado a los juristas serios quebraderos de cabeza, si bien, hay unanimidad en la actualidad respecto a su

¹⁵ Rezaba el art. 35 CP, previo a la reforma del CP del año 2015: *“Son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.”*

¹⁶ STS núm. 1087/2001, de 8 de junio, sobre la suspensión de penas accesorias.

¹⁷ En contra de esta tesis se pronuncia la STC núm. 209/1993, de 28 de junio, Pte. Mendizábal Allende, así como la Circular de la FGE núm. 1/2005.

naturaleza, esto es, se trata de un tipo de pena privativa de libertad ya que reúne los caracteres de la pena consistente en la privación o restricción de bienes jurídicos¹⁸.

La reforma del CP 2015 ha supuesto incluir, entre las penas privativas de libertad, la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad subsidiaria por impago de multa¹⁹.

2.2 Motivación y pronóstico de criminalidad futura

La previsión expresa del pronóstico señalado en el art. 80.1 CP no supone un cambio significativo respecto a la normativa anterior, ya que la resolución tenía que ser motivada, debiendo el juez o tribunal ejecutor señalar los elementos que denotan la peligrosidad criminal o su ausencia y siempre bajo la discrecionalidad de éste.

En la redacción actual se sigue prescindiendo de informes técnicos de carácter preceptivo que sirvan al órgano judicial de soporte para tomar la decisión²⁰.

Según un sector doctrinal, no obstante, estas periciales no están completamente exentas de reparos²¹. Por una lado, parece que su incorporación sería positiva al ser emitida por expertos, si bien, ello supondría una demora más a la hora de pronunciarse sobre la resolución de la suspensión y un riesgo de una eventual reducción en el número de concesiones en aquel grupo de supuestos donde hoy el otorgamiento del beneficio es práctica común, como sucede cuando el penado carece de antecedentes penales.

¹⁸ ROCA AGAPITO, L., *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*, Ed Lex Nova, 2003, págs. 33 a 35.

¹⁹ Reza el actual art. 35 CP que “*Son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. (...)*”.

²⁰ Varias enmiendas al Proyecto los incluían como requisito ineludible para conceder la suspensión, la número 114, del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA,CHA: La Izquierda Plural, la número 530 del Grupo Parlamentario Socialista.

²¹ Después de la derogación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social (CP 1995) y en virtud de los principios constitucionales de intervención mínima y proporcionalidad, ya no existe en España medidas de seguridad pre-delictivas.

Por ende, en cuanto a los criterios que han de fundar la resolución que concede la suspensión, suprimida la clásica referencia a la peligrosidad criminal del sujeto²², así como la mención a otros procedimientos penales contra el mismo que, sistemáticamente, se venía poniendo en tela de juicio desde el prisma de la presunción de inocencia²³, el principal fundamento es que deberá ser una resolución motivada.

En el articulado anterior, la referencia a la peligrosidad criminal llevaba a valorar las posibilidades de éxito de la suspensión, de forma que no se concediera por la concurrencia simple de un dato de primariedad delictiva y pena inferior a dos años²⁴ pero, en la práctica, siempre suponía un plus de subjetividad a la hora de dictar la resolución el juez o tribunal. Así, el juzgador debía efectuar una ponderación de la situación del condenado y de sus posibilidades de vivir respetando la Ley penal, para así individualizar la respuesta penal en concreto.

Existía unanimidad doctrinal que opinaba que la formulación legal “*se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto*”, se refería al hecho de que constaren elementos que permitieran fundar un mal uso de la suspensión, pero no a la exigencia de un pronóstico claro de buen uso²⁵.

Si bien, la reforma legal de la suspensión de la condena operada por la LO/2003, de 25 de noviembre, introdujo un elemento para evaluar la conveniencia de otorgarla. El párrafo segundo del núm. 1 del art. 80 CP decía “...*así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste*”²⁶. Esta cláusula resultaba ya de difícil delimitación, puesto que si se consideraba que aludía a la presencia de procesos

²² El art. 80.1 CP anterior a la última reforma recogía, en el párrafo segundo, “*En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste*”.

²³ MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*, 7ª ed., 2004, pág. 685.

²⁴ Excepcionalmente, AAP Barcelona, Secc. 6ª, 12 de septiembre de 2011, Pte. D. Eduardo Navarro, en el que se recoge que “*la existencia de una condena por un delito de atentado en la misma fecha no implica una peligrosidad mantenida en el tiempo*”.

²⁵ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Edisofer, S.L., 2005, pág. 160.

²⁶ Consulta al Registro de Penados y Rebeldes y al Registro Central para la protección de las víctimas de violencia doméstica, regulado por el RD 355/2004.

pendientes de sentencia, y por ende, de firmeza, suponía aplicar consecuencias negativas para el sujeto sin que se hubiera enervado la presunción de inocencia.

En palabras de SUÁREZ-MIR RODRÍGUEZ parecía, por tanto, que habría que interpretar este elemento como concerniente a causas pendientes de ejecución, o incluso suspendidas, relativas a hechos anteriores, pero que por su proximidad temporal a la que se pretendía suspender no podían ser tomadas en consideración para entender incumplido el requisito de la primariedad del art. 81 CP, aun habiendo sido sentenciadas²⁷.

En lugar de la peligrosidad criminal del sujeto, se introduce con la reforma del CP del año 2015, nuevos elementos a la hora de valorar la concesión de la suspensión, que a continuación analizaré, pero que por ello deja de ser una decisión discrecional del juez o tribunal.

Así, y pese a que por la Jurisprudencia ya eran tenidos en cuenta²⁸, se añade de forma literal, en el art. 80.1 CP, que para adoptar la resolución sobre la suspensión de la ejecución de la pena, el juez o tribunal valorará: las circunstancias del delito cometido, los antecedentes del sujeto, su conducta posterior al hecho, especialmente el esfuerzo reparador, y las expectativas que genera la suspensión unida a la observancia de los deberes.

No obstante, respecto a los antecedentes penales, llama la atención la nueva vía de interpretación, que no acota taxativamente los mismos, y que se contiene en el art. 80.2.1º CP: *“Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos, que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar*

²⁷ SUÁREZ-MIR RODRÍGUEZ, C., *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*, Ed Aranzadi, 2006, págs. 472 y 473.

²⁸ Tal y como se desprende de AAP de Madrid, núm. 72/2004, de 1 de marzo, o el AAP de Murcia núm. 74/2008, de 7 de mayo, la suspensión de la ejecución de la pena no es automática aunque concurren los requisitos legalmente previstos, sino que es una facultad concedida al juzgador que debe ser administrada con prudencia y ponderación, teniendo en cuenta los parámetros que la ley ofrece, así como la naturaleza y circunstancias del delito cometido y del condenado.

la probabilidad de comisión de delitos futuros” y que puede conllevar incluso a una inseguridad jurídica.

También es novedad lo dispuesto en el art. 80.5 CP al disponer que *“el juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos”*.

Estos elementos configuran a priori una regulación que amplía la gama que puede ser considerada para otorgar una suspensión, ya que flexibiliza el valor del requisito de la primariedad delictiva que puede llegar no ser considerada un obstáculo para el otorgamiento de la suspensión si el juez o tribunal valoran que los antecedentes penales sean correspondientes a delitos que por su naturaleza, o circunstancias que carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de futuros delitos.

Por otro lado, establece una nueva regulación que puede calificarse como suspensión extraordinaria en el nuevo art 80.3 CP, que permite, aún para penados con antecedentes computables que eliminen la primariedad delictiva, conceder la suspensión en base a los criterios que en dicho art. 80.3 CP se recogen. Estos elementos eran los de la ponderación antes exigible en sede de la desaparecida sustitución ordinaria, a saber: las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado y, por ello, en la actualidad, esos antecedentes no impiden la concesión de la suspensión²⁹.

De hecho, en esta materia la reforma ha estado influenciada por el art. 56 del CP alemán, donde se aprecia, para resolver sobre la suspensión, los antecedentes vitales del condenado. Así, el TS alemán ha afirmado que cabe estimar, por ejemplo, los delitos anteriores del sujeto aunque no haya recaído sentencia firme, los que realice durante el proceso e, incluso, la privación de libertad acordada en este periodo en otra causa.

²⁹ AAP Barcelona, Secc. 9ª, de 7 de julio de 2015, Pte. Salcedo Velasco, por el que se acuerda la retroacción de las actuaciones al JP para que se pueda desarrollar, en su caso, incidente de ejecución de Sentencia por la entrada del nuevo CP en cuanto a la suspensión.

Por otro lado, el Anteproyecto disponía que el juez debiera valorar la personalidad del condenado, un juicio que se apartaba de las coordenadas de nuestro Derecho penal democrático, ya que se podría caer en prejuicios o consideraciones puramente subjetivas. Afortunadamente, y en beneficio del reo, el redactado final se sustituyó por las circunstancias personales del penado.

No obstante, se mantienen las circunstancias familiares y sociales, cuyo conocimiento por parte del órgano judicial en ocasiones puede mermar las expectativas respecto a la suspensión³⁰. Por ejemplo, en el supuesto de sujetos pertenecientes a familias conocidas en sede judicial por su dedicación a la criminalidad. O, en el plano social, en ciertos supuestos emitidos por los medios de comunicación, donde los acusados de terrorismo acuden al juicio acompañados por personas afines a esos grupos delictivos, desautorizando estos terceros a los miembros del tribunal.

No podemos olvidar en este punto, casos tan mediáticos y a su vez, políticos, como el Caso Pallerols, donde la Ilma. Secc. 2ª de la AP de Barcelona³¹, denegó el beneficio de la suspensión y sustitución por multa de la ejecución de la pena impuesta a Don Fidel Pallerols Montoya³² de una pena de seis meses de prisión, con el fin de “ejemplarizar”. Si bien, en la misma resolución, y en el Cuarto de los Razonamientos Jurídicos, se recogía que *“ha de admitir que no hay dato alguno que autorice a afirmar la existencia de otros procedimientos penales contra quienes han resultado condenados a penas privativas de libertad en la causa arriba referenciada, respecto de los cuales tampoco cabrá hablar de la peligrosidad criminal a la que como parámetro alude el art. 80.1 CP”*.

Por tanto, nos bastaría recoger de forma literal las propias manifestaciones del Auto para sostener idéntica argumentación, esto es, que ni existe peligrosidad criminal

³⁰ Es muy importante el papel del Letrado defensor a fin de que por la representación del penado se aporte al juez o tribunal los documentos acreditativos del arraigo social, familiar y laboral del penado.

³¹ AAP Barcelona, Secc. 2ª, de 1 de marzo de 2013, Pte. Magaldi Paternostro.

³² El Iltre. Representante del Ministerio Fiscal no se opuso a la procedencia del beneficio de la suspensión, así como hubo un voto particular anunciado al tiempo de la deliberación y votación del Ilmo. Sr. D. Javier Arzúa Arrugaeta, quien fue Magistrado Ponente de la sentencia que dimanaba la ejecutoria, y quien mediante el dictado de Auto de 1 marzo entendía que en dicho momento procesal no se apreciaban razones suficientes para denegar la concesión de los beneficios instados.

en el condenado ni otro tipo distinto de procedimiento o antecedente penal; dos circunstancias que en contra del propósito del Auto, entendemos son claramente intercadentes para la concesión del beneficio.

El denominado Caso Blanqueo, que constituyó una pieza separada del conocido Caso Malaya, también supuso la denegación del beneficio de la suspensión a pesar de cumplir con los requisitos legalmente establecidos. En este supuesto, la AP de Málaga denegó la suspensión de la condena a Doña María Isabel Pantoja Martín y a Don Benjamín Fernando Martínez Cantero. Resulta interesante el razonamiento de la Audiencia que considera que *por más que en un condenado a pena que no supere los dos años de prisión no se vislumbre una particular peligrosidad criminal, ni tenga otros procedimientos penales abiertos, ello no entraña la necesidad ineludible de que haya de otorgársele el beneficio de la remisión condicional de la pena; siempre que se acredite, razonadamente, la concurrencia de otra u otras circunstancias que por su entidad - puestas en conexión con las funciones que deben cumplir las penas- justifique que se acuerde el cumplimiento efectivo de la sanción privativa de libertad impuesta*³³.

2.3 Suspensión extraordinaria por enfermedad grave e incurable

Una novedad humanizadora de gran importancia que aportó el CP de 1995 fue la posibilidad conferida a los Tribunales, de suspender la ejecución 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. La única novedad con respecto a la reforma del año 2015 es que se suprime el término “*sentenciador*” respecto al juez o tribunal para su concesión.

Por lo tanto, en esos casos límite no importa cuál sea la gravedad, en duración, de la pena, ni tampoco los antecedentes del sujeto. Su incorporación supuso una norma

³³ AAP Málaga, Secc. 2ª, 3 de noviembre de 2014, Ejec. núm. 50/2014.

humanitaria que hasta entonces (1995) no pasaba de ser una posibilidad, a saber la excarcelación extraordinaria, prevista en el Reglamento Penitenciario de 1996³⁴.

Sin embargo, esta modalidad de suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena supone también una decisión discrecional del juez o tribunal pero, igualmente, debe ser una resolución motivada, tanto para concederla como para denegarla. De ahí, la importancia por parte del letrado defensor que inste el beneficio a la hora de aportar toda la documentación médica acreditativa de la enfermedad o padecimientos y, en su caso, solicitar una diligencia de reconocimiento médico forense por parte del juzgado o tribunal competente.

2.4 Presupuestos para la concesión de la suspensión

Tras la reforma del CP de 2015, las condiciones exigidas por el legislador para la concesión de la suspensión se hallan reguladas en el art. 80.2 CP, cuyo redactado es el siguiente: *“Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:*

1.ª Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

2.ª 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.

³⁴ RD núm. 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el RP.

3.^a *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.*

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento.”

Mientras que, con anterioridad a la reforma, el art. 81 CP fijaba como primera condición para dejar en suspenso la ejecución de la pena: “1.^a *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”.*

Por ende, el art. 81 CP tomaba en cuenta para el otorgamiento de la suspensión en el supuesto ordinario la primariedad delictiva, con referencia expresa al momento de comisión de los hechos por la que se impuso la pena objeto de suspensión. Es decir, se computaban, únicamente, las penas anteriores al día de comisión de los hechos, aunque la constatación de antecedentes penales posteriores debían ser valorados como un elemento más de las circunstancias personales del sujeto que permitían, como juicio de pronóstico, deducir la probabilidad de un comportamiento futuro de comisión de nuevos delitos, así como su peligrosidad criminal. Elementos contenidos en la mayoría de resoluciones judiciales de los Juzgados de Ejecutorias³⁵.

³⁵ Autos JP núm. 24 Barcelona, de 14 de noviembre de 2008, Ejec. núm. 3061/2005; de 28 de noviembre de 2008, Ejec. núm. 459/2004; de 10 de diciembre de 2008, Ejec. núm. 2054/2004; y de 5 de noviembre de 2008, Ejec. núm. 2543/2004.

Así pues, el primer presupuesto indispensable para suspender el cumplimiento de las penas era que el reo hubiera delinquirido por primera vez o, en su caso, que las anteriores condenas hubieran sido por delitos imprudentes o, que los antecedentes fueran cancelables de acuerdo con lo dispuesto en el art. 136 CP. En cualquier caso, las anteriores condenas por imprudencia, cualquiera que fuera su número, tampoco se tenían en cuenta³⁶.

En el redactado del actual art. 80.2.1ª CP se conserva esa disposición, pero con dos importantes novedades. En primer lugar, para valorar esa primariedad delictiva no se tienen en cuenta las anteriores condenas por delitos leves. Dicha previsión coincide con el criterio seguido hasta la fecha en relación a las faltas³⁷ -algunas de ellas se han suprimido, remitiéndose a la vía civil o a la administrativa y otras han pasado a regularse como delitos leves-, pero la concurrencia de delitos leves tampoco supone un obstáculo para la suspensión.

Cabe decir que al condenado no le basta con no ser habitual sino que debe ser un delincuente primario, es decir, que no tenga iniciada una carrera criminal. En consecuencia, no podrán ser valorados los procedimientos en los que se halle incurso, sino tan sólo las condenas en sentencia firme, a no ser que las causas pendientes sean valoradas como circunstancias personales por el juzgador, motivación que podría entrar en combate con derechos constitucionales, entre otros, el derecho a la presunción de inocencia³⁸.

Como establece la STS núm. 1196/2000, de 17 de julio, Pte. Delgado García, *“delinquir exige sentencia firme por comisión de delito doloso previo a la comisión de*

³⁶ El ACP, tras la reforma operada por la LO 8/1983, de 25 de junio, sólo admitía una primera condena anterior por imprudencia, lo cual, según diversos artículos doctrinales, ya fue en su momento un ensanchamiento del campo de la remisión condicional.

³⁷ La doctrina mayoritaria estimaba que la expresión *“delinquirido”* se refería a delitos, por lo que habían de quedar excluidas las condenas por faltas. Los condenados por faltas no accedían al Registro de Penados.

³⁸ Art. 24.2 CE: *“Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”*

los hechos de la condena que se quiere suspender”, por lo que se habrá de constatar si en los antecedentes de hecho de la Sentencia figuran condenas firmes previas³⁹.

En la reforma del CP de 2015 tampoco se toman en cuenta, por expresa voluntad de la norma, los delitos anteriores imprudentes. En estos momentos, al existir tipos concretos de delitos imprudentes, la determinación de los casos a los que se aplica es más clara.

Tampoco son computables los antecedentes penales cancelados, o los que debieran serlo. La norma es congruente con la propia regulación de la cancelación de antecedentes, que supone borrar toda huella del delito en relación con su autor, y también es acorde con la filosofía resocializadora que debe permitir que el estigma del delito no acompañe de modo inevitable la vida de un condenado.

En cuanto a la computación del tiempo, en el caso de antecedentes no cancelados pero que fueran cancelables, se han aclarado las dudas antes existentes sobre si el momento en que se fija la fecha es la de la comisión del delito o el momento en que se ha de decidir sobre la concesión, o no, de la suspensión. Así, el art. 136.5 CP establece que no se tendrán en cuenta los antecedentes que, pese a cumplirse los requisitos establecidos en el art. 136 CP, la cancelación no se haya producido⁴⁰.

Igualmente, para la cancelación de los antecedentes penales una vez se haya concedido la suspensión de la pena, el art. 136.2 CP redirige al día siguiente 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.”*. Dicha regulación es idéntica a la prevista con anterioridad a la reforma.

³⁹ Posibilidad legal de coexistencia de varias condenas suspendidas (unanimidad doctrinal, también Circular de la FGE núm. 4/1999, de 17 de septiembre.)

⁴⁰ El art. 136.2 CP establece que se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión.

En cuanto a las condenas impuestas en el extranjero, persistirá la regulación anterior siempre que el Código lo prevea expresamente, como en los arts. 190⁴¹ y 375 CP⁴².

Y es que, bajo el principio magno de igualdad, las reglas de la suspensión de condena no establecen ninguna distinción en relación con la nacionalidad del condenado. El extranjero puede acceder a la suspensión de la condena, bajo los mismos requisitos y valorándose las mismas circunstancias que un condenado nacional. No obstante, en base a lo dispuesto en el nuevo art. 89.1 CP⁴³, hay que entender que si el extranjero es un no residente legalmente en el país se le denegará la suspensión, pues la medida de respuesta prevista en estos casos es la expulsión. Ello salvo casos excepcionales en que el Tribunal sentenciador acuerde el cumplimiento de la condena en España, que en los siguientes apartados estudiaré.

Algunos autores plantean la cuestión de qué hacer en caso de los concursos, es decir, si la condena por varios delitos comporta que sólo pueda suspenderse una condena pero no las demás, pues respecto de éstas el condenado ya no sería primario⁴⁴. Se hace eco de la posición doctrinal que distingue entre el concurso real y el ideal, aceptando, por lo común, la suspensión en este último caso, pero no en el primero⁴⁵. Sin embargo, teniendo en cuenta lo dicho sobre el delito, éste debe proceder de una previa condena, y por requisito de la primariedad se entiende relacionado con el hecho de dar una nueva oportunidad, no se podría negar tajantemente la suspensión tanto en el concurso real como en el ideal.

⁴¹ Dice el art. 190 CP que *“La condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia”*.

⁴² Reza el art. 375 CP: *“Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en los artículos 361 al 372 de este Capítulo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español”*.

⁴³ Art. 89 CP, párrafo 3º del núm. 1, CP previo a la reforma de 2015.

⁴⁴ AAP Sevilla, Secc. 2ª, núm. 241/2007, de 25 de mayo, Pte. Carmona Ruano, que declara la imposibilidad de la sustitución de penas acumuladas que excedan la de dos años de prisión, por lo que veta la posibilidad de la sustitución parcial de alguna de ellas. Asimismo, mediante AAP Sevilla, Secc. 4ª, núm. 611/2006, de 16 de noviembre, Pte. Paúl Velasco, se pronuncia en idénticos términos.

⁴⁵ MAGRO SERVET, V. Y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico sobre la ejecución penal: las medidas alternativas a la prisión*. Ed La Ley, Madrid, 2008, pág. 50.

En segundo lugar, el nuevo art. 80.2.1º CP incorpora una cláusula final: *“Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.”*

Como he argumentado *ut supra*, con esta norma se permite conceder la suspensión a sujetos reincidentes, siguiendo así el ejemplo del Derecho alemán. Esa previsión merece un juicio favorable ya que el hecho de haber cometido un delito previo no siempre es significativo o implica peligrosidad. Por ejemplo, en el caso de actos realizados por la adicción a las drogas, si en el momento de la sentencia el condenado ha conseguido deshacerse.

Por otra parte, en algunos casos puede evitarse la ejecución de nuevos delitos mediante la imposición de deberes, que siempre será más beneficioso para la no desestructuración social y personal del interno en caso de tener que ingresar en prisión.

A colación de lo anterior, destacar que en el art. 83.1 CP se han incorporado algunos deberes novedosos, como la prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la aprobación previa de las condiciones físicas del conductor. En los supuestos frecuentes de conducción bajo los efectos del alcohol estos instrumentos pueden ser efectivos y útiles para impedir la reincidencia, sin necesidad de ordenar el ingreso en prisión del sujeto. No obstante, lo que la ley no especifica es quién deberá asumir los gastos de instalar estos dispositivos en los vehículos, así como los costes de su mantenimiento.

2.5 Requisitos objetivos: duración de la pena impuesta y satisfacción de las responsabilidades civiles

El núm. 2 del art. 81 CP, previo a la reforma, disponía: *“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”*.

En el actual art. 80.2.2ª CP se mantiene como condición que la pena, o la suma de las penas privativas de libertad impuestas, no sea superior a dos años. El plazo es de dos años y se computan todas las penas de prisión impuestas en una misma sentencia, aunque también, excepcionalmente, podrán suspenderse las penas de menos de dos años, de forma individual, en un mismo procedimiento. Tampoco se computa para fijar ese límite punitivo de dos años, la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de multa, como tampoco se hacía con anterioridad a la reforma.

Esta duración fue acogida en su día muy favorablemente por las voces doctrinales y jurisprudenciales⁴⁶. En el ACP, el plazo para la remisión condicional ordinaria estaba limitado a un año⁴⁷, salvo que se hubiera apreciado una eximente incompleta, la atenuante de edad joven de 16 a 18 años, o una atenuante muy cualificada, en cuyo caso podía extenderse el beneficio a penas de hasta dos años de duración.

Pero para determinar el límite máximo en la regulación anterior, la responsabilidad subsidiaria derivada por impago de la multa, ex art. 53 CP⁴⁸, podía provocar la imposibilidad de conceder la suspensión cuando la suma de ésta con la pena de prisión excediese del máximo legalmente previsto. Después de la mentada reforma, estos problemas quedaron orillados, pues la propia norma contenida en el inciso final del núm. 2 del art. 81 CP, previo a la reforma, ya excluía del cómputo la derivada del impago de multa.

⁴⁶ STC núm. 251/2005, de 10 de octubre, se aboga por evitar el ingreso en `prisión de las penas cortas de cárcel.

⁴⁷ Cfr. art. 93.2º ACP.

⁴⁸ Reza el art.53 CP: *“Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de faltas, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el art. 37 de este Código”.* También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo. 2. En los supuestos de multa proporcional los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad.”.

En relación con el otro requisito objetivo, a saber el cumplimiento de la pena pecuniaria, se concreta en el actual artículo 80.2.3ª CP, esto es, que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado⁴⁹.

Con anterioridad a la reforma de 2015, el art. 81.3 CP establecía “*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.*”.

Ya en su día, existió unanimidad doctrinal y jurisprudencial en aplaudir la citada exigencia en cuanto es reveladora de un interés en considerar los derechos de las víctimas⁵⁰. Y es que, sino, podría resultar inaceptable que el condenado, por medio de una suspensión y sin haber asumido las consecuencias pecuniarias derivadas de su acción ilícita para con la víctima, se le concediera la suspensión con la simple condición de no volver a delinquir⁵¹.

Dicho requisito, siendo obligatorio y no dispensable, quedó afectado por la reforma llevada a cabo en el año 2009 de la LECr.⁵². Así, en los juicios rápidos, cuando se dicta Sentencia *in voce* y las partes renuncian al recurso se puede otorgar la suspensión de condena de modo inmediato. Pero en estos supuestos se establece la necesidad de conceder un plazo prudencial al condenado para que cumpla con las responsabilidades civiles, debiendo comprometerse expresamente a ese cumplimiento antes de la concesión del beneficio.

⁴⁹ AAP Barcelona, Secc. 2ª, de 3 de junio de 2009, tiene en cuenta el hecho de no haberse impuesto responsabilidades civiles en la Sentencia que dimana la ejecutoria.

⁵⁰ MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*, 9ª ed., 2004, pág. 708.

⁵¹ La ausencia de este requisito puede servir de base para denegar la suspensión (STC núm. 264/2000, de 13 de noviembre, y ATC núm. 259/2000, de 13 de diciembre).

⁵² Reza el segundo apartado del art. 801 LECr.: “*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*”. Art. redactado por la letra k) del número 1 de la disposición final primera de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.

Asimismo, el tribunal de ejecución puede autorizar el pago fraccionado de las responsabilidades civiles, si bien, es óbice la situación que puede producirse, ya que podemos estar ante el supuesto de que la concesión de la suspensión se produzca sin antes haber cumplido las responsabilidades civiles, circunstancias que supondría una contradicción con las exigencias legales, y además un estímulo para dejar de pagar una vez conseguida la suspensión.

Las soluciones doctrinales al respecto varían, pues mientras un sector considera que el fraccionamiento implica el reconocimiento de una solvencia parcial, otros entienden que no debe haber obstáculos para la concesión, y en su caso revocación, cuando se abandone el cumplimiento fraccionado.

Por otro lado, tras la reforma, se añade además como obligación adicional *“que se haya hecho efectivo el comiso acordado en sentencia conforme el art. 127”*. Así, se trata de evitar maniobras dilatorias tendentes a eludir la entrega de esos objetos, especialmente las ganancias del delito.

En el párrafo segundo se indica que *“este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el comiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencia que el juez determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento”*.

En la práctica, uno de los problemas que se presenta en el proceso penal es la ocultación del patrimonio real por parte del condenado. Para su detección, en la pieza de responsabilidad civil se incluye la información de los bienes e ingresos que

formalmente figuran a su nombre, acudiendo para ello al conocido como “*Punto Neutro Judicial*”.⁵³

Pero a veces, el patrimonio oficial no se corresponde con la capacidad real del penado, pues puede trabajar de modo irregular, no declarar sus beneficios o ingresos efectivos, tener los bienes inscritos a nombre de otras personas, o su fortuna en el extranjero, etc. En la práctica, la audiencia que se brinda a los interesados y al Ministerio Fiscal, permite detectar dichas irregularidades.

Si bien, en la regulación de la suspensión previa a la reforma del CP 2015, los jueces y tribunales cuando creían fundadamente que el condenado podía pagar la cantidad impuesta -pese a haber sido declarado insolvente-, denegaban el beneficio de la suspensión, entendiendo que no se cumplía el requisito relativo a la satisfacción de la responsabilidad civil⁵⁴. Sin embargo, en otras ocasiones, se aceptaba el compromiso de pagar de forma fraccionada la responsabilidad civil, dejando en suspenso la ejecución pero condicionada al pago de la misma.

A colación de lo anterior, el problema surgía cuando el sujeto dejaba de abonar los pagos fraccionados, pues entre las causas de revocación de la suspensión no figuraba este supuesto, de manera que en principio podía seguir disfrutando del beneficio, burlando el acuerdo inicial. Algunos tribunales trataban de evitar dicho fraude imponiendo esa obligación de pago por la vía del núm. 6 del art. 83.1 anterior CP, donde en realidad se preveía la imposición de deberes orientados a la rehabilitación del penado. Además, en caso de no abonarse la cuantía establecida había que estar a lo dispuesto en el art. 84 CP, que sustituía la regla de conducta impuesta por otra, o

⁵³ Mediante una aplicación informática permite acceder a los datos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, Catastro, Instituto Nacional de Empleo, Dirección General de Tráfico, Inem y Policía.

⁵⁴ MAGRO SERVET, V., *La no suspensión de la ejecución de la pena en caso de impago de la responsabilidad civil*, Práctica de los Tribunales, nº 111, Sección Práctica Procesal, 2014, Ed La Ley: “No es bastante que en la pieza de responsabilidad civil exista una declaración de insolvencia, sino que es necesario que el Juez oiga a los interesados y al Ministerio Fiscal, que pueden ofrecer nuevos datos sobre la capacidad económica del penado en orden a su valoración por el Juez, pues no puede equipararse auto de insolvencia a imposibilidad de pago del art. 81.3 CP”.

ampliaba el plazo de suspensión, pudiendo revocarla sólo cuando el incumplimiento fuera reiterado.

Con la nueva regulación esos inconvenientes se solventan. Así, el art. 86.1 CP determina que *“el juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:... 4. Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso 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”*.

A diferencia de las condiciones reguladas en los arts. 83 y 84 CP, cuyo incumplimiento sólo da lugar a la revocación cuando es grave y reiterado, respecto a la responsabilidad civil y el comiso, esa consecuencia es automática.

No obstante, en el proyecto original presentado por el Gobierno no se preveía la fijación por parte del órgano judicial de un plazo para satisfacer la responsabilidad civil. Aunque lo razonable era que lo estableciera, su concreción no revestía carácter preceptivo, lo que podía conllevar importantes problemas prácticos en caso de omitirlo, por cuanto difícilmente podría exigirse el pago si no constaba en la resolución el término de cumplimiento.

En el Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, de 16 de enero de 2015, se añadió la necesidad de establecer ese periodo⁵⁵. Ahora bien, junto a esa novedad, también se incorporó, en el nuevo art. 80.3^a (segundo párrafo), que el juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al *impacto social del delito*, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento. Parece que la referencia al *“impacto social del delito”* se aleje de la verdadera naturaleza que tiene la reparación y obediencia, tal vez, a la cada día más

⁵⁵ El párrafo segundo del art. 80.3^o CP señala *que sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine*.

frecuente influencia de los medios de comunicación. Y es que bajo este enfoque, la repercusión social del delito se tiene en cuenta incluso para asegurar la responsabilidad civil.

Finalmente, en este epígrafe, quiero hacer especial mención a la posibilidad de conceder la suspensión, pese haber iniciado el cumplimiento de la pena privativa de libertad, tras la satisfacción del pago de la responsabilidad civil y en atención al esfuerzo reparador del condenado.

Ello responde, por una lado, a la discrecionalidad del juez o tribunal para conceder la suspensión de la pena⁵⁶ y, en segundo lugar, a que el art. 80 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015, fija como criterios básicos para la concesión de la suspensión, en particular, el esfuerzo del condenado para reparar el daño causado⁵⁷.

2.6 Plazo de suspensión

En el párrafo primero del art. 81 CP se mantienen los plazos del art. 80.2 CP anterior, es decir, de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves.

Así mismo, se recoge que el criterio se fijará por el juez o tribunal atendidos los criterios expresados en el párrafo segundo del apartado 1º del art. 80 CP, en lugar de los plazos previstos en el precedente art. 80.2 CP, específicamente para acordar el plazo de suspensión (circunstancias personales del delincuente, características del hecho y duración de la pena).

⁵⁶ Para que la discrecionalidad no devenga arbitraria, el ejercicio de dicha facultad ha de hacerse necesariamente a través de una resolución motivada. Así lo exigía la doctrina del TC (STC núm. 224/92, de 14 de diciembre), y así lo exige expresamente el art. 80 CP.

⁵⁷ AJP núm. 15 Barcelona, de 10 de septiembre de 2015, Ejec. núm 2517/2015, mediante el que se concede al penado, tras el pago íntegro de la responsabilidad civil, la suspensión de la pena de seis meses de prisión durante un plazo de dos años, condicionado a que el mismo no delinca durante dicho periodo, con su inmediata puesta en libertad al tiempo que se le notifica la referida resolución con sus apercibimientos.

Los nuevos criterios para determinar el plazo, por tanto, son: 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 ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

Respecto a los condenados que hubieran cometido el delito a causa de su drogodependencia, en el párrafo segundo del art. 80.5° CP, se establece que el tiempo será de tres a cinco años, coincidiendo este plazo con el de su antecesor art. 87.3 CP.

Ahora bien, a diferencia de esta norma, en el art. 81 CP se omite la condición de que el reo no delinca durante el periodo señalado. Esto obedece a la eliminación en todas las modalidades de suspensión, de la prohibición de delinquir durante el periodo suspensivo como presupuesto ineludible para disfrutar del beneficio. Y es que aun cometiendo un nuevo delito cabe mantener la suspensión (arts. 86 y 87 CP), tal y como en los siguientes apartados analizaré.

2.7 Reglas procedimentales para la concesión

Otra importante novedad incorporada en el art. 81 CP en la reforma de 2015, es que se prescinde de la audiencia de las partes, supliéndose por la previsión genérica del art. 82 CP que establece la concesión “*previa audiencia de las partes*”.

No obstante, en el orden procedimental normalmente se lleva a cabo una audiencia o vista sobre el beneficio interesado, pues muchos tribunales han declarado la necesidad de la práctica de dicha audiencia, y no un simple traslado para alegaciones ya que “*constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE)*”, siendo tal exigencia incluso más relevante en los casos en los que se dilucida el cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del condenado en un centro penitenciario⁵⁸.

⁵⁸ STC núm. 284/2004, de 20 de diciembre, Pte. Casas Baamonde.

El art. 82 CP, previo a la reforma, establecía que: “*Declarada la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos establecidos en el anterior artículo, los jueces o tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena*”.

De la lectura literal del precepto, se entendía que no podía acordarse la suspensión de la condena hasta que la sentencia no fuere firme y se hubiera incoado la ejecutoria correspondiente. La sentencia no era ejecutable hasta que no transcurriera el plazo para interponer el recurso, contando siempre desde la notificación personal a la última de las partes, o hasta que el tribunal *ad quem* dictara la resolución al recurso interpuesto por alguna de las partes.

Por tanto, anteriormente, no cabía la posibilidad de resolver sobre la suspensión en la propia sentencia, lo que conllevaba una demora y perjuicio para el reo. Ello es así porque el gran volumen de procedimientos a ejecutar y la falta de medios económicos conllevaba que la decisión de la suspensión se demorara, como mínimo, unos meses tras el dictado de la Sentencia, pudiendo variar las circunstancias del penado en aquel ínterin de tiempo.

Ahora, el trámite o cauce normal pasa a formar parte de la propia Sentencia, sin duda, una ventaja para aligerar el número de procedimientos penales para ejecutar.

Así, y como se regula por ejemplo en los Estados Unidos, se adelanta el pronunciamiento sobre la suspensión a la sentencia condenatoria, sin necesidad de esperar a su firmeza. De hecho, en la regulación actual, a diferencia de lo que sucedía como opción alternativa con la sustitución, se establece como opción prioritaria la de resolverse en sentencia y, sólo cuando no sea posible, se resolverá una vez devenga ésta firme en auto aparte motivado⁵⁹.

⁵⁹ De esta forma, tiende a unificarse en un solo fallo tanto la pena impuesta como la decisión relativa a la ejecución.

Por otro lado, en caso de plantearse recurso contra la sentencia que contiene este extremo, el órgano decisor podrá revisarlo, sin necesidad de presentar el condenado un ulterior recurso, como sucedía cuando era objeto de un auto independiente.

No obstante, el art. 82.1 CP matiza que la suspensión de la pena se recogerá en el mismo fallo de la Sentencia “*siempre que ello resulte posible*”. Dicha precisión obedece a la necesidad del órgano judicial para disponer de toda la información necesaria respecto al cumplimiento de los requisitos legales, debiendo posponer entonces la decisión.

Anteriormente, una vez acordada la firmeza, se notificaba la resolución a las partes, en forma de Auto, y el órgano judicial correspondiente⁶⁰, ya fuere el mismo que había dictado la Sentencia de instancia, ya fuere el Juzgado de Ejecutorias que por turno correspondía, era el competente para resolver todas las incidencias que ocurrieran desde ese momento procesal.

Además, en el art. 82.2 CP se introduce otro cambio significativo en cuanto al inicio del cómputo, que será desde la resolución que acuerda la suspensión o desde la sentencia firme. Este criterio se aparta del establecido por el Tribunal constitucional, consistente en computar el periodo de prueba desde la fecha de la notificación de la resolución⁶¹.

Si el condenado se hallara en busca y captura o con fecha de ingreso de prisión, algunos autores, como RÍOS MARTÍN⁶², insistían que el Letrado defensor, en el escrito interesando la suspensión, solicitare al Juzgado competente que dejare sin efecto el ingreso o la orden de busca y captura hasta que se resolviera la solicitud.

No obstante, en la última versión del Anteproyecto de reforma del CP, se introdujo la cláusula final. El tiempo de rebeldía no contará como suspensión, pero no

⁶⁰ La voluminosidad de las causas ha obligado a crear en muchas demarcaciones, como en Barcelona o Madrid, juzgados específicos de Ejecutorias.

⁶¹ STC núm. 251/2005, de 10 de octubre, FJ 6º.

⁶² RÍOS MARTÍN, J.C., *Las penas y su aplicación*, Ed Colex, 2006, pág. 106.

se prevé la revocación del beneficio, de manera que en principio sí debería mantenerse. De todos modos, al tiempo del estudio desconozco cómo se aplicará finalmente por los jueces y tribunales, aunque si el periodo de prueba comienza en la fecha de la sentencia firme y al penado se le han impuesto condiciones, no se le podrá comunicar hasta que sea hallado.

Además, una vez localizado, debería descontarse el plazo en que ha estado en rebeldía. El problema surgirá, no obstante, si una vez vencido ese tiempo el condenado no ha aparecido, entonces sería incoherente remitir la pena sin haberse si quiera notificado sus obligaciones.

En sentido inverso, aplicar las consecuencias legales del incumplimiento de cualquier condición, no advertida previamente al hallarse en busca y captura, también supone causar una situación de indefensión.

Por ello, ya hay una parte de la doctrina que opina que la correcta interpretación será considerar como norma genérica para el cómputo la fecha de la resolución o de la sentencia firme y, en los casos de rebeldía, iniciarlo una vez el penado está localizable y se le puede notificar. En este supuesto, se dilata el inicio del plazo de suspensión, pero esta demora se debe a causas imputables al condenado.

Por otra parte, esta lectura se ajusta mejor a la tesis del TC, por cuanto también en el supuesto de rebeldía se precisará la comunicación de las condiciones al penado. E, igualmente, es acorde con la propia finalidad de la suspensión, orientada a cumplir una función preventiva, posponiendo la ejecución de la pena y supeditando su exención a la observancia de las prescripciones fijadas.

Dicha línea va de acuerdo con la postulada por los jueces y tribunales, contrarios a que el rebelde se beneficie de la suspensión, pero se suaviza puesto que no se contempla como una la legislación histórica la revocación del beneficio.

Además, siguiendo las directrices del Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, de 16 de enero de 2015, se introduce el requisito de dar “*previa audiencia a las partes*” que se había suprimido en el Proyecto de reforma redactado por el Gobierno.

En la regulación derogada se preveía esa audiencia respecto a la satisfacción de la responsabilidad civil (art. 81.3^a CP), en caso de incumplimiento por parte del condenado de las obligaciones o deberes impuestos (art. 84 CP), para los delitos perseguibles a instancia de parte (art. 86 CP), y respecto a los delitos causados por adicción a sustancias tóxicas (art. 87 CP). Pese a ello, en la práctica, los juzgados o tribunales competentes daban traslado conjunto a las partes –acusación y defensa-, sin limitar su pronunciamiento concreto a esos puntos, sino acerca de lo que se estimare oportuno en relación a la concesión o no de la suspensión. De hecho, muchos Tribunales permitían a las partes pronunciarse en general sobre la suspensión, o incluso acerca de las distintas formas sustitutivas de la ejecución de la pena.

Así, el cauce decisorio de la suspensión suponía, como primer trámite, el de la audiencia a los interesados sobre la posibilidad de cumplir con las responsabilidades civiles (art. 81.3 CP). Salvo en el caso del art. 86 CP donde se creaba una audiencia específica para determinar si procedía o no la concesión⁶³, no obstante, en los demás casos, no estaba prevista la audiencia ni del Ministerio Fiscal ni del propio condenado.⁶⁴

Sin embargo, la práctica judicial, insisto, llevaba a dar traslado a todas las partes previamente a la decisión judicial, aunque no era necesario esperar a que el condenado solicitara el beneficio.

En el Anteproyecto de reforma se contempló sólo la audiencia del Ministerio Fiscal con carácter previo a la fijación del plazo de suspensión, además de la relativa a

⁶³ El precepto recogía que “*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*”.

⁶⁴ STC núm. 248/2004, de 22 de enero, Pte. Casas Baamonde, establece que la defensa del penado tiene que ser oída antes de la resolución de la suspensión.

los delitos perseguibles a instancia de parte. Posteriormente, ese texto se modificó en el Proyecto, prescindiendo incluso de dicha audiencia al Ministerio Público. En su lugar, se introdujo una norma genérica en la Disposición Adicional Cuarta, que hoy se mantiene, donde se establece lo siguiente: *“Se adoptarán previa audiencia del sujeto afectado y del Ministerio Fiscal las resoluciones judiciales relativas a la suspensión de la ejecución de la pena, salvo que hubiera sido acordada en sentencia, su modificación o revocación; sustitución de la pena, salvo que hubiera sido acordada en sentencia; concesión de libertad condicional; aplicación, ejecución, revocación o sustitución de las medidas de seguridad; y sustitución de las penas privativas de libertad.*

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el juez o tribunal podrá resolver de forma inmediata, cuando existan razones de urgencia que así lo justifiquen. En este caso, el juez o tribunal dará posteriormente audiencia al Ministerio Fiscal y al afectado, y resolverá seguidamente ratificando, modificando o dejando sin efecto la resolución adoptada”.

Esta norma se refiere a los supuestos en que esas decisiones no se adopten en la sentencia sino en auto posterior, puesto que cuando se establecen en la sentencia el condenado ya había sido consultado al respecto. Por otra parte, se limita la audiencia al afectado y al Ministerio Fiscal (en el proyecto la audiencia a los mismos se mencionaba al final del primer párrafo en vez de al principio), omitiéndose al actor civil y a la acusación particular, en caso de estar constituidas como partes. Además, se permite al juzgador tomar la decisión por razones de urgencia, celebrando la audiencia posteriormente, ampliando la discrecionalidad del órgano judicial.

En este sentido, el TC ha declarado que, en la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, la audiencia de las partes es necesaria, incluso en caso de denegación del beneficio, puesto que *“constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de la indefensión (art. 24.1 CE) y que resulta tanto más relevante cuando lo que se dilucida es el*

cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del condenado en un centro penitenciario”⁶⁵.

En otro orden de cuestiones, he recogido en varias ocasiones que el auto que resuelve sobre la suspensión tiene que ser motivado⁶⁶. Concretamente, en él deben constar la ponderación de las razones que llevan a tomar una decisión positiva o negativa toda vez que en este tipo de materias, tal y como viene declarando el Tribunal Constitucional, queda afectado el valor superior de la libertad; ponderación de fines de la institución y bienes y valores en conflicto: elementos de prevención general, necesidades de resocialización⁶⁷. Por tanto, resulta insuficiente que la resolución judicial se exprese en resolución estereotipada, a saber sin argumentación ni fundamentos relativos a las circunstancias del caso objeto de suspensión⁶⁸.

De la misma manera, la denegación de la suspensión tiene que ser notificada a la persona afectada, al ser una medida que supone el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, no siendo suficiente la realizada ni al Letrado defensor designado ni al Procurador de los tribunales⁶⁹. De ahí, la importancia de comunicar cualquier cambio de domicilio, al juzgado o tribunal competente, por parte del interesado.

Si se revisa una sentencia y la nueva pena impuesta permite la suspensión de ésta, aunque la anterior no lo consintiese por su duración, nada impide que pueda ser aplicada la suspensión de la ejecución de ésta última⁷⁰.

No obstante, si se revoca la suspensión de la ejecución de la pena, no se puede plantear ni otorgar una nueva sustitución de la pena⁷¹.

⁶⁵ STC núm. 222/2007, de 8 de octubre, FJ 2º.

⁶⁶ ATC núm. 10/2009, de 26 de enero, Pte. Casas Baamonde.

⁶⁷ SSTC núms. 8/2001, de 5 de enero, Pte. Jiménez de Parga y Cabrera y 110/2003, de 16 de junio, Pte. Rodríguez-Zapata Pérez.

⁶⁸ STC núm. 202/2004, de 15 de noviembre, Pte. Casas Baamonde.

⁶⁹ AAP Zamora, núm. 35/2001, de 8 de marzo, Pte. García Garzón.

⁷⁰ Circular FGE núm. 1/1996 y 1/2004, de 22 de diciembre.

⁷¹ AAP Álava, Secc. 1º, núm. 29/2005, de 9 de marzo, Pte. Tapia Parreño, deniega así la suspensión, por cuanto se alega *per se* “un riesgo de reiteración delictiva”.

2.8 Efectos de la suspensión de la condena

En el CP previo a la Reforma, el primer efecto que conllevaba la suspensión de la pena y, lógicamente, el más importante, era que la pena privativa de libertad no conllevaría su cumplimiento mientras durara la suspensión. Esta inejecutabilidad pendía de una condición explicitada en los arts. 83.1 y 84.1 CP, a saber que el sujeto no delinquiera durante el plazo fijado, ex art. 80.2 CP.

Dicho precepto disponía que: *“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.”*

El sistema distinguía dos plazos en función de la pena de que se tratase, siendo pena menos grave se podía llegar hasta el año. La determinación del plazo de prueba dependía de la valoración de elementos personales (edad, arraigo personal, laboral y social, o evolución del condenado, entre otros), características del hecho (dañosidad, grado de consumación, etc.) y la duración de la pena.

En relación con el último de los escollos, a saber la duración de la pena, subrayar que la suspensión no implicaba interrupción de la prescripción de la pena, lo cual podía plantear problemas en cuanto a la ejecución de la pena suspendida si se imponían los plazos máximos de suspensión. Ciertamente, considerando que las penas menos graves prescriben a los cinco años y las leves al año, plazos coincidentes con los del art. 80.2 CP⁷², podría resultar que entre la fecha de la firmeza de la sentencia, momento en el cual comienza el cómputo del tiempo de prescripción, y la fecha de cómputo del plazo de suspensión, que se contaba desde la notificación de aquélla al penado personalmente, hubiera una notable diferencia que llevaba a que prescribiera la pena antes de ser cumplido el plazo de la suspensión.

⁷² Según AAP Barcelona, Secc. 3ª, núm. 146/2002, de 10 de abril, deberá a computarse el plazo desde la notificación al interesado.

En este sentido, y según jurisprudencia del TC, el lapso de tiempo que dure la suspensión no debe tenerse en cuenta para la prescripción de la pena. Según el Alto Tribunal, si consideramos la suspensión como una modalidad más de ejecución, entonces el plazo de prescripción de la pena no puede empezar a contar mientras esta se encuentre suspendida. En todo caso, dicho plazo de prescripción empezaría a correr cuando se revocara la suspensión, si es que esto último llegara a ocurrir⁷³.

2.9 Posición de la Fiscalía sobre la suspensión

Coincidiendo con la entrada en vigor de la reforma del Código Penal el pasado día 1 de julio, la Fiscalía General del Estado emitió su Circular 3/2015 por la que establece criterios sobre la actuación del Ministerio Fiscal en relación con el régimen transitorio establecido por esa reforma.

De forma inicial, se recoge que dicha Circular no modifica las previsiones de las Circulares 1/1996 de 23 de febrero, 2/1996 de 22 de mayo, 1/2000 de 18 de diciembre, 1/2004 de 22 de diciembre y 3/2010 de 22 de junio, que contienen los principios fundamentales en materia de régimen transitorio⁷⁴.

A los efectos de determinar la ley más favorable, por tanto, 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 resultantes de la reforma operada por la LO 1/2015.

También se recoge entre las conclusiones de la Fiscalía que, como presupuesto de la revisión de la sentencia, será necesario que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena o en vía de su cumplimiento efectivo. Cuando la pena impuesta sea susceptible de imponerse con la nueva regulación, no procederá la revisión de la

⁷³ STC núm. 81/2014, de 28 de Mayo, Pte. González-Trevijano Sánchez.

⁷⁴ El régimen transitorio está presidido por el principio de irretroactividad de las leyes penales en tanto no sean más favorables para el reo.

sentencia, salvo que en esta también se prevea la posibilidad de imponer una pena alternativa⁷⁵.

Si bien, matizan que en los hechos pendientes de enjuiciamiento, deberá tenerse en cuenta no solo el tipo básico impuesto al autor del hecho, sino también el grado de ejecución y participación, la concurrencia de circunstancias modificativas o excluyentes de la responsabilidad criminal, la existencia de tipos privilegiados, así como las normas referentes a la ejecución, suspensión o sustitución de la pena⁷⁶.

Así, también se estipula que si resultare dudosa la determinación de la pena más favorable, los Sres. Fiscales emitirán el escrito de calificación provisional especificando alternativamente la petición de pena conforme a la norma derogada y a la vigente.

Respecto al régimen de suspensión de la ejecución de la pena, se recoge entre las conclusiones de la Fiscalía, aplicarlo a penados no primarios cuyos antecedentes penales, por su naturaleza y circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. También se recoge 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 mantenida.

3. SUSTITUCIÓN DE LA PENA COMO MODALIDAD DE SUSPENSIÓN

El marco general de la sustitución considera, en aras del principio de subsidiariedad de la pena, que la ejecución de la privación efectiva de la libertad sólo es legítima cuando no exista otra opción que, con menor injerencia o afectación en el contexto vital del sancionado, permita obtener una adecuada satisfacción de las

⁷⁵ El trámite de audiencia del reo es requisito necesario y deviene esencial en los supuestos en que pueda ser discutible la determinación de la ley más favorable.

⁷⁶ En estos procedimientos se especifica que operará plenamente la discrecionalidad que permite una y otra legislación, debiendo tenerse en cuenta, todas las circunstancias que pueden influir tanto en la determinación de la pena como en la ejecución de la misma.

exigencias a una debida respuesta a la significación antijurídica del hecho cometido, a las exigencias de protección de la víctima y a las exigencias de una reintegración comunitaria del penado.

Así, el principio de la mínima intervención del Derecho penal nos lleva irremediabilmente a concluir que si ninguno de los mecanismos sustitutivos penales permite satisfacer adecuadamente esos objetivos, debería procederse entonces al cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Consecuentemente, 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 alternativas a la privación de libertad, ya suspensivas, condicionadas o, sustitutivas cuando, además de concurrir los presupuestos legales, exista un pronóstico razonable que mediante el cumplimiento de la pena privativa de libertad en forma específica se puedan frustrar expectativas de reinserción o resocialización de la persona condenada.

La sustitución de la pena de prisión está presidida por los paradigmas de adecuación a la significación antijurídica del hecho, protección de las víctimas y reintegración comunitaria del condenado. En otras palabras, se optará por el mecanismo que, de la manera menos aflictiva, permita neutralizar de la forma más eficaz el riesgo de reincidencia (interés comunitario), asistir, proteger y reparar a la víctima (interés de la víctima), y rehabilitar al infractor (interés del penado).

Así, reza el apartado 3º del art. 80 del CP, modificado tras la reforma del CP de 2015, que: *“Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.*

En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1.ª del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2ª o 3ª del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta.”.

Por ende, en la actualidad, sólo podrá acordarse, de forma excepcional, esta suspensión que, a diferencia del art. 88.1 CP anterior, únicamente se incluía en el párrafo segundo para las penas de más de un año de prisión.

En el art. 80.3 CP se regula un régimen conjunto aplicable a todas las penas de prisión no superiores a dos años, sin distinguir entre las que exceden de uno y de dos años, consolidando ese carácter extraordinario.

De esta forma, y a partir de la reforma de 2015, se supera la controversia de si se podía o no suspender las penas de prisión que individualmente y dentro de un mismo procedimiento, no excedan de dos años. Dicha precisión zanja la cuestión que antes planteaba respecto a la sustitución de aquellas condenas compuestas por penas inferiores a ese tiempo pero que sumadas lo superaban, admitiéndose expresamente que cabrá su suspensión.

De forma pionera, la Secc. 9ª de la AP Barcelona, en su Sentencia de 13 de octubre de 2014, Pte. Torras Coll, ya había asentado jurisprudencia en la materia, recogiendo que no operaba en el límite de los 24 meses la suma de penas impuestas, sino que debía efectuarse un tratamiento individualizado por cada pena privativa de libertad correlativa impuesta.

Cierto es que el art. 88 CP anterior a la reforma nada decía claro al respecto al cómputo sumatorio, entendiendo que, en base al principio in dubio pro reo, no cabría computar la suma de las penas, sino cada pena individualmente considerada, de tal

forma que si la misma no superaba los dos años, no había obstáculo temporal para el otorgamiento de dicho beneficio de sustitución.

Parece que con la entrada en vigor del nuevo CP, se mantiene y consolida lo que algunos jueces y tribunales, con la anterior regulación, ya habían estimado ajustado, y es que, extraordinariamente, se conceda la suspensión fragmentada de ciertas penas, inferiores a dos años, dentro de una misma sentencia cuyo conjunto de penas excedan los dos años⁷⁷.

Efectivamente, el nuevo precepto, a saber el art. 80.3 CP contempla su aplicación a las penas que “individualmente” no excedan de dos años. De hecho, si el legislador hubiera querido limitar la posible aplicación de esta suspensión por razón de la concurrencia de una pena impuesta superior a dos años, entre las varias contenidas en el Fallo de la Sentencia o que sumadas todas las impuestas excedieran de dos años, lo hubiera hecho así⁷⁸, pero no es el caso dado los matices anteriormente expuestos.

No obstante, la configuración de la sustitución como una clase de suspensión lleva a condicionarla siempre a la reparación efectiva del daño, la indemnización del perjuicio causado conforme a las posibilidades físicas y económicas del sujeto, o al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en la mediación.

Pero dicha exigencia se regula de forma más estricta que en la modalidad genérica de la suspensión del art. 80.2.3^a, al no admitirse expresamente el compromiso de pago.

La mención separada de la indemnización y la reparación puede llevar a confusión, ya que en la suspensión ordinaria el cumplimiento de la responsabilidad civil se prevé como requisito, sin contemplarse otras modalidades de reparación, como por

⁷⁷ AAP Barcelona, de 9 de septiembre de 2015, Pte. Salcedo Velasco, Ejec. 48/2015, mediante el que se acuerda la suspensión de una pena de un año de prisión impuesta en Sentencia (con una pena total de 5 años y medio) durante el periodo de cuatro años condicionada a la realización de 80 días de trabajos en beneficio de la comunidad y la suspensión de otra pena de la misma Sentencia de seis meses de prisión durante tres años condicionada a la realización de 40 días de trabajos en beneficio de la comunidad.

⁷⁸ Como parece que lo interpreta el legislador en el art. 80.1 CP.

ejemplo: el perdón del ofendido, la simbólica, etc, que en procedimientos de mediación pueden ser suficientes para cumplir la obligación con la víctima.

En este punto conviene recordar que la jurisprudencia no exige que la reparación sea total sino que se realice un “*esfuerzo reparador auténtico*”⁷⁹.

En cambio, la distinción entre la reparación y el cumplimiento del acuerdo de mediación, puede llevar a pensar que lo que se exigen son sólo dos obligaciones alternativas, a saber la satisfacción de la responsabilidad civil o bien el cumplimiento o satisfacción del convenio alcanzado en la mediación.

Además, en todo caso, deberá imponerse siempre el pago de una multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad⁸⁰. Suprimiéndose así la pena de localización permanente como pena sustitutiva, y calificándose dichas obligaciones como “*prestaciones o medidas*”⁸¹.

Las condiciones que el precepto permite condicionar la suspensión son:

- 1ª.- cumplimiento del acuerdo alcanzado en la mediación
- 2ª.- pago de una multa
- 3ª.- realización de trabajos en beneficio de la comunidad

En caso de las dos últimas en la suspensión del art. 80.3 CP resultan obligatorias. No obstante, y a diferencia de la anterior regulación, se concede al juez o tribunal la facultad de moderar esas medidas dentro de ciertos límites.

Así, en primer lugar, el art. 80.3 CP, determina que la extensión de la multa y de los trabajos no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el art. 84.1 CP, numerales 2ª o 3ª, sobre un quinto de la pena.

⁷⁹ SAP Barcelona núm. 647/2007, de 30 de julio, que considera válida y significativa una reparación parcial consistente en la atenuación de los efectos perjudiciales del hecho delictivo.

⁸⁰ “*La suspensión se condicionará siempre (...)*”, según reza el art. 80.3 CP, segundo párrafo.

⁸¹ Arts. 80.3 CP y 84.1 CP.

El numeral 2ª del art. 84.1 CP establece que la extensión de la multa la determinará el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite de dos tercios de su duración.

El numeral 3ª del art. 84.1 CP prevé que la duración de la prestación de trabajos en beneficio de la comunidad se determinará por el juez o tribunal dadas las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajo por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

Los módulos de conversación siguen siendo dos cuotas de multa o un día de trabajo por cada día de prisión. En cambio, la base para aplicarlos será, como mínimo, un quinto y como máximo dos tercios de la pena de prisión impuesta, debiéndolo concretar el juzgado en función de las circunstancias del caso.

Otra novedad con respecto a la anterior regulación es que la infracción de las condiciones anteriores se prevé como causa de revocación (art. 86 CP). No obstante, en las reguladas en el art. 84 CP, a saber observancia del acuerdo alcanzado en la mediación, pago de la multa, o realización de trabajos, el incumplimiento ha de ser grave y reiterado, mientras el quebrantamiento del compromiso de pago de las responsabilidades civiles y la aportación por el condenado de información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, conllevan automáticamente la ejecución de la pena suspendida.

4. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA CONDICIONADA AL CUMPLIMIENTO DE PROHIBICIONES Y DEBERES

Otra de las novedades de la regulación actual que aproxima el sistema español al de la *probation* anglosajona, es la previsión de imposición de reglas de conducta.

En todo caso, no es la norma general sino que es una posibilidad concedida a los tribunales para hacer más eficaz el período de suspensión. Así, aunque suponga un plus

respecto a la consabida discrecionalidad judicial, en teoría permite incidir en alguna de las carencias del penado o bien, según el tipo de regla que se imponga, hacer más real el control sobre el afectado.

Las reglas ya aparecían en el anterior art. 83 CP anterior a la reforma, mediante el siguiente redactado: *“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:*

- 1. Prohibición de acudir a determinados lugares.*
- 2. 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.*
- 3. Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.*
- 4. Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.*
- 5. Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.*
- 6. 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 1, 2 y 5 de este apartado.

7. *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.”*

Mientras que el actual art. 83 CP queda redactado de la siguiente manera: *1. El juez o tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados:*

1.ª Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.

2.ª 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.

3.ª Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del juez o tribunal.

4.ª Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.

5.^a 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.

6.^a 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.

7.^a Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.

8.^a 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.

9.^a Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

2. Cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1.^a, 4.^a y 6.^a del apartado anterior.

3. La imposición de cualquiera de las prohibiciones o deberes de las reglas 1.^a, 2.^a, 3.^a, o 4.^a del apartado 1 de este artículo será comunicada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que velarán por su cumplimiento. Cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la

posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, será inmediatamente comunicada al Ministerio Fiscal y al juez o tribunal de ejecución.

4. El control del cumplimiento de los deberes a que se refieren las reglas 6.ª, 7.ª y 8.ª del apartado 1 de este artículo corresponderá a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria. Estos servicios informarán al juez o tribunal de ejecución sobre el cumplimiento con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 6ª y 8ª, y semestral, en el caso de la 7.ª y, en todo caso, a su conclusión.

Asimismo, informarán inmediatamente de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, así como de los incumplimientos de la obligación impuesta o de su cumplimiento efectivo.»

Pese a que la imposición judicial de dichas condiciones sigue siendo potestativa para la autoridad judicial, el legislador ha previsto, no obstante, una doble limitación:

- .- ha de resultar necesario para evitar la comisión de nuevos delitos y,*
- .- los deberes y obligaciones no pueden ser excesivos y desproporcionados.*

No podemos olvidar la obligación constitucional de motivar todas las resoluciones relativas al instituto de la suspensión de ejecución de la pena, en tanto en cuanto están relacionados con el bien jurídico de la libertad (art. 17 CE). Así lo ha mantenido el TC, en la sentencia núm. 248/2004, de 20 de diciembre, donde recuerda que: *“En particular, dado que esta institución afecta al valor libertad personal, en cuanto modaliza la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad tendrá lugar y habida cuenta de que constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el art. 25.2 CE, la resolución judicial deberá pondera 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”⁸².

A continuación analizaré de forma pormenorizada cada una de las prohibiciones y deberes contenidos en el art. 83 CP, a las que se puede condicionar la suspensión de la ejecución. En cualquier caso, enfatizar que estamos ante un listado indicativo y no exhaustivo, tal y como se desprende del propio artículo 83.1.9º CP.

4.1 Prohibiciones

Las prohibiciones pueden ser clasificadas en los siguientes grupos:

a) Prohibiciones de aproximación o comunicación

.- de la víctima del delito, de sus familiares o de personas determinadas:

Esta prohibición pese a venir ya contemplada en el precepto anterior, sigue sin determinar la distancia exacta. Parámetro que debería contenerse en toda medida cautelar o pena de prohibición de aproximación y comunicación, a los efectos de determinar si, en su caso, ha existido un delito de quebrantamiento de condena o de medida cautelar (ex. art. 468 CP) en caso de no respetar la distancia el condenado.

Por ello, hubiera sido conveniente que el legislador determinara qué distancia mínima debe contener la resolución, cuya vulneración puede conllevar la revocación del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Como he dicho *ut supra*, el legislador, tras la reforma operada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre⁸³, impuso de modo específico en el párrafo 6º del art. 83 del CP “*que si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal*

⁸² SSTC núm. 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4º, y núm. 110/2003, de 16 de junio, FJ 4º, en sentido similar.

⁸³ BOE 313, de 29 de diciembre de 2004.

condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1, 2 y 5 de este apartado”, añadiéndose en el párrafo 3º del art. 84 introducido por la referida LO 1/2004 “que 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 1, 2 y 5 del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena”.

Por tanto, hasta la fecha, en todos los delitos relacionados con la violencia doméstica⁸⁴, había de condicionarse la suspensión al cumplimiento de las reglas 1ª, 2ª y 5ª de dicho precepto.

Igualmente, destacar que en virtud de dicha reforma, la condena de prisión por delitos de violencia de género sólo puede sustituirse por trabajos en beneficio de la comunidad e, imperativamente, se someterá al condenado a programas de reeducación y tratamiento psicológico, así como a las reglas 1ª y 2ª del art. 83.1 CP.

En prácticamente todos los países del primer mundo, existen programas específicos que mejoran las tasas de reincidencia de los condenados por violencia doméstica en comparación con grupos de agresores no tratados⁸⁵.

Por ejemplo, en la Agencia *Change Ways*, en Canadá, se desarrolló un programa que tenía dos fases: la básica (de 20 semanas) y la avanzada (14-20 semanas). Sólo del 20 al 30 % de los sujetos que asistían al curso (personas voluntarias y enviadas por el Tribunal) pasaban a la segunda etapa. Estos hombres habían asistido a una media de 35 sesiones en un grupo de tratamiento “*feminist oriented*” y fueron identificados por sus consejeros y sus parejas como hombres que ya no eran maltratadores.

⁸⁴ El concepto de violencia de género, que se introdujo por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, se contiene en el art. 1 de la citada norma: “*la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.*”.

⁸⁵ Para más información ver STANGELAND, P. /GARRIDO, V., *Principios de Criminología*, Tirant lo Blanch, 2006, pág. 668 a 671.

Así, después de entrevistas de una hora de duración, y de codificar 28 variables, cuatro de éstas aparecieron nombradas por al menos el 75% de los sujetos en un mínimo de dos ocasiones:

- a) una mayor responsabilidad en la asunción de su conducta pasada de maltrato,
- b) el incremento de la empatía hacia el dolor causado a su pareja,
- c) una reducción de la dependencia hacia su pareja, y
- d) una mayor capacidad para la comunicación interpersonal, que incluía aprendizaje en técnicas de solución de conflictos, como la detección precoz de la pérdida de control.

.- 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 delito o incitarle a hacerlo.

Esta prohibición constituye una novedad introducida por la reforma del CP de 2015. Parece un poco contradictoria, ya que la prohibición es de “*establecer contacto*”, lo cual, no supone necesariamente una prohibición de aproximación, pero sí una imposibilidad de comunicación por cualquier medio, tanto físicamente como a través de cualquier medio de comunicación telefónica o telemática.

Aunque todas las prohibiciones y deberes deben ser motivadas por la resolución judicial⁸⁶, en este caso, el legislador ha querido obligar expresamente al juez o tribunal a exponer los motivos o indicios por los cuales considera que el contacto con determinadas personas puede facilitar al penado la ocasión para cometer nuevos delito o incitarle a hacerlo.

Esta novedosa prohibición será especialmente útil en los delitos de discriminación o de odio cometidos por grupos o bandas criminales cuyo objetivo

⁸⁶ Así lo establece el deber general de motivación de todas las resoluciones judiciales (art. 120 CE).

principal es precisamente promover e incitar a la discriminación a determinadas personas.

b) Prohibiciones relativas al lugar de residencia

Pese a que ya existía dicha prohibición, en el redactado actual se concreta de mejor forma la antigua “*prohibición de acudir a determinados lugares*” (art. 83.1 CP). Así, el condenado puede quedar obligado si se le suspende la ejecución de una pena privativa de libertad a:

- a) Residir en un lugar concreto, sin que pueda abandonarlo definitiva o temporalmente, sin autorización del tribunal o
- b) A no residir en un lugar determinado o a acudir al mismo, si existen indicios de que en ese lugar puede cometer nuevos delitos.

Al igual que en el anterior precepto, aquí también se obliga al juez o tribunal a motivar los indicios que puedan llevar a la conclusión de que en ese lugar el condenado puede cometer nuevos delitos.

4.2 Deberes

a) Comparecencias personales del condenado en un lugar determinado

La obligación del penado de comparecer ante el juez o tribunal, o servicio de la administración que se determine para informar de sus actividades y justificarlas ya venía contemplada en el art. 83 CP anterior a la reforma de 2015⁸⁷.

Si bien, con la reforma del CP de 2015 se han introducido dos importantes novedades, a saber:

⁸⁷ Art. 83.1.4ª CP anterior a la reforma de 2015, con comparecencias *apud acta*.

.- La posibilidad de que las comparecencias se puedan efectuar en dependencias policiales, al igual que sucede cuando una persona se halla en situación de libertad provisional con comparecencias *apud acta*.

.- Se incluye la determinación de la periodicidad durante la que debe comparecer, algo que en la práctica era determinada procesalmente por el juez o tribunal.

b) Participación de programas formativos

La reforma del CP 2015 añade los programas formativos de igualdad de trato y no discriminación para los delitos de violencia de género o los delitos de discriminación. Así, también incluye la posibilidad de participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otras adicciones o comportamientos adictivos.

Ésta es una novedad establecida con carácter general para todos los delitos y no sólo para aquellos que se hubieren cometido como consecuencia de la adicción a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos⁸⁸.

Así, cuando se pueda acreditar que el condenado es consumidor de las sustancias relacionadas, la suspensión de la ejecución de la pena podrá condicionarse a la participación en programas de deshabituación de consumo. Enfatizar que el grado de compulsión en este caso es mucho menor, pues en los supuestos en que el acusado haya cometido el delito por su adicción al alcohol u otras sustancias, la condición que prevé la específica suspensión del art. 80.5° CP es de “*sometimiento a tratamiento de deshabituación, sin que lo pueda abandonar*”. En cambio, en este supuesto, basta con la participación.

⁸⁸ Art. 87.4 CP en relación con el art. 21.2° CP, también en caso de una adicción sobrevenida.

Seguramente, en la práctica, esta condición podrá acordarse, sobre todo, a aquellas personas que hayan sido condenadas en varias ocasiones por delitos contra la seguridad vial y quede acreditada una relación de dependencia al alcohol, lo que la efectividad de dichos programas sin duda permitirá la disminución de los delitos contra la seguridad del tráfico.

Asimismo, el juez o tribunal puede condicionar el período de suspensión de ejecución de la pena al cumplimiento de cualquier otro deber no previsto en este precepto, pero sujeto a un triple requisito:

- El deber ha de tener como finalidad la rehabilitación social del penado, en línea con el mandato constitucional sobre la finalidad de las penas⁸⁹.
- La conformidad del penado.
- Que no atenten contra la dignidad de su persona.

En la redacción actual persiste la obligatoriedad de las prohibiciones de prohibición de aproximación y/o comunicación con la víctima, así como la prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, para el supuesto de condenas por delitos de violencia de género.

c) Control de las prohibiciones o deberes

Con la reforma del CP de 2015 se ha aumentado el control de las prohibiciones dirigidas a restringir la libertad de movimientos (prohibiciones de aproximación y/o comunicación, prohibiciones de contacto con personas determinadas o grupos de personas, así como la prohibición de residir o no residir en lugar determinado)

⁸⁹ Art. 25.2 CE: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.”.

impuestas a los penados cuya pena ha sido suspendida, puesto que es obligatorio comunicar su imposición a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Lo anterior obedece a evitar, en la medida de lo posible, el quebrantamiento de las mismas, que pudiera dar lugar a un delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP), para el supuesto de que se haya impuesto como pena de prohibición de aproximación y comunicación, o pueden dar lugar a la revocación del beneficio de la suspensión de ejecución de la pena.

En cambio, el control del cumplimiento de los deberes previstos en las reglas 6ª, 7ª y 8ª, a saber, la participación en los programas formativos o de deshabituación, así como la prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos, se encomienda a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria, quienes deberán informar al juez o tribunal de forma periódica sobre su cumplimiento o incumplimiento y también de su conclusión.

En España, el control del cumplimiento de algunas de estas condiciones se regula en el Capítulo IV (arts. 16 a 20) del RD 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de la localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad⁹⁰.

Si el plazo de suspensión es superior a la duración de las penas accesorias impuestas conforme a los arts. 48 y 57 CP, la resolución judicial que la acuerda ha de concordar el contenido de esas reglas anexas a la suspensión con lo establecido en el art. 48 CP.

⁹⁰ El art. 16 del RD 515/2005 señala que: “*Recibido el testimonio de la resolución judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, así como los particulares necesarios, cuando se impongan algunos deberes u obligaciones previstos en el artículo 83.1.5º y 6º del Código Penal o la condición de tratamiento y demás requisitos previstos en su artículo 87, los servicios sociales penitenciarios del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo su cumplimiento.*”.

4.3 Cumplimiento de las prestaciones o medidas

El actual art. 84 CP, queda redactado de la siguiente manera:

“1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:

1.ª El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

2.ª El pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

3.ª La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

2. Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere la medida 2.ª del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común.»

Al suprimirse con la reforma del CP de 2015 el régimen de sustitución de penas privativas de libertad por la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, contemplado en el anterior art. 88 CP, en su lugar, el legislador ha optado por la posibilidad de suspensión de penas privativas de libertad, pero con sujeción al cumplimiento de determinadas prestaciones, tales como el cumplimiento del acuerdo de mediación, si fuera el caso, el pago de una multa o el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

La finalidad ha sido poner fin a la situación hasta ahora en que existía una triple regulación de la suspensión, a saber la suspensión ordinaria, suspensión para el caso de delincuentes drogodependientes y sustitución de la pena, que motivaba la interposición continúa de todos los recursos posibles⁹¹.

De este modo, se asegura que jueces o tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no pero de una sola vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas⁹². Y es que en los últimos años, los jueces de ejecución debían pronunciarse más de una vez para resolver si, finalmente, la persona condenada cumplía o no la pena.

La suspensión de la ejecución condicionada al cumplimiento de determinada prestaciones presenta las siguientes novedades:

1º.- Se da entrada en el texto de 2015 a la mediación⁹³, concretamente al cumplimiento del acuerdo, como condición para la suspensión de ejecución de la pena.

2º.- Se establece la posibilidad de imponer el pago de la multa al condenado con pena suspendida, cuya extensión establecerá el juez o tribunal, atendiendo a las circunstancias del caso, pero con dos límites máximos: por un lado, no podrá ser superior a dos cuotas multa por cada día de prisión impuesto (siguiendo los parámetros

⁹¹ Exposición de Motivos de la LO de 2015.

⁹² De acuerdo con el argumento del legislador en el Preámbulo de la L.O 1/2015, Párrafo I y IV.

⁹³ La mediación está prohibido en el ámbito de la violencia de género por exigencia de la L.O 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

de conversión que se seguían para la anterior sustitución de la pena por multa, art. 88 CP anterior), y por otro, el límite máximo de dos tercios de su duración, límite que no se recogía en el régimen de sustitución anterior de penas.

La reforma, por ende, aumenta la discrecionalidad judicial a la hora de fijar la duración de la prestación del pago de una multa, ya que no queda ceñida a los antiguos parámetros de conversión del art. 88 CP anterior.

El criterio orientativo para la imposición de la prestación del pago de multa son las circunstancias del caso, pero deberá tenerse en cuenta, lógicamente, la capacidad económica del penado, siguiendo lo dispuesto en el art. 52.2 CP⁹⁴.

Ahora bien, en el ámbito de la violencia de género, el art. 84 CP contempla una novedad con la redacción actual y en relación con el régimen de la sustitución de penas. Así, el art. 88 CP anterior preveía que, en los casos de violencia sobre la mujer, las penas privativas de libertad sólo podían ser sustituidas por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad o por localización permanente. En cambio, el art. 84.2 CP permite condicionar la suspensión de ejecución de la pena privativa de libertad al pago de una multa, siempre y cuando se acredite que no existan relaciones económicas derivadas de la relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común. Finalidad que obedece a garantizar el pago de la pensión derivada de procesos de separación, divorcio o medidas extramatrimoniales.

3º.- Se prevé también la posibilidad de condicionar la suspensión de ejecución de la pena con la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, aplicando idénticos parámetros a los previstos en la sustitución de la pena anterior a la reforma de 2015, a saber un día de trabajo por cada día de privación de libertad.

⁹⁴ 2. En estos casos, los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados por cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable.

En la conversión por trabajos en beneficio de la comunidad, hay que respetar el límite máximo de un año (art. 40.4 CP⁹⁵) para evitar el efecto desocializador, sustituyendo el resto de la pena por multa.

También se podrá imponer esta medida por parte del juez o tribunal como una forma de reparación simbólica, cuando se advierta que la suspensión de ejecución de la pena no es suficiente, sino que es necesario que el penado satisfaga a la sociedad con dicha prestación, y por supuesto, tendrá que ir también orientada como fin último de todas las penas, a saber a la rehabilitación y reinserción social⁹⁶.

4.4 Modificación de las prohibiciones, deberes o prestaciones

La nueva redacción del art. 85 CP establece que: *“Durante el tiempo de suspensión de la pena, y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el juez o tribunal podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme a los artículos 83 y 84, y acordar el alzamiento de todas o alguna de las prohibiciones, deberes o prestaciones que hubieran sido acordadas, su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas.”*

Así, una vez más, predomina la discrecionalidad del juez a la hora de la regulación de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad.

Si se modifican las circunstancias, el juez o tribunal puede alzar, modificar o sustituir las prohibiciones, deberes o prestaciones impuestas *por otras menos gravosas*. El último inciso *“por otras menos gravosas”* no estaba previsto en el Anteproyecto de Ley, hecho que fue objeto de crítica por el CGPJ en su Informe⁹⁷ de fecha 16 de enero de 2013, lo que llevó finalmente al legislador a incluirlo en el texto final de la LO 1/2015. Según el mismo CGPJ el anterior redactado posibilitaba el agravamiento de los

⁹⁵ Art. 40.4 CP: *“La pena de trabajos en beneficio de la comunidad tendrá una duración de un día a un año”*.

⁹⁶ Art. 25.2 CE.

⁹⁷ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código Penal de fecha 16 de enero de 2013.

deberes, prohibiciones, medidas o prestaciones impuestos como condiciones de la suspensión de la pena, aun cuando las establecidas se estuvieren cumpliendo con éxito.

Ello llevaba a confundir la naturaleza de tales reglas de conducta que iban aparejadas a la suspensión de la pena, por una especie de medidas de seguridad. El mismo Consejo concluía que ello quebraba con el mandado de certeza⁹⁸ incluido en el art. 25 de la CE, que exige, en palabras del TC, que el ciudadano “*pueda conocer de antemano el ámbito de los proscrito y prever, así las consecuencias de sus acciones*”⁹⁹. Por ende, la modificación de las reglas de conducta solo podían tener lugar para eliminar o sustituir las impuestas por otras menos gravosas cuando las circunstancias del penado hubieran variado, convirtiendo las fijadas en desproporcionadas y excesivas, y solamente en el supuesto de incumplimiento de las reglas de conducta establecidas como condición de la suspensión podrá justificar su agravación.

Así, la suspensión podrá adaptarse a cada persona condenada con sus particularidades, lo cual puede ser acorde con la finalidad de la reinserción y reeducación social de las penas. No obstante, aún tendremos que estar a la jurisprudencia para establecer cuáles serán los criterios orientativos, con el fin de evitar decisiones que puedan ser dispares y que se ajusten al principio de tutela judicial efectiva.

5. REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN

Rezaba el anterior art. 84 CP que: “*1. Si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena.*”

⁹⁸ Por ejemplo, como señala la STC núm. 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2º: “*la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador*”.

⁹⁹ Así las SSTC núm. 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2º; núm. 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1º; núm. 81/2009, de 23 de marzo, FJ 4º; y núm. 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4º.

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 1, 2 y 5 del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.

En el actual CP, la revocación de la suspensión de ejecución de la pena se halla en el art. 86 CP, que queda redactado de la siguiente manera:

“1. El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:

a) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.

c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.

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.

2. Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá:

a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

3. En el caso de revocación de la suspensión, los gastos que hubiera realizado el penado para reparar el daño causado por el delito conforme al apartado 1 del artículo 84 no serán restituidos. Sin embargo, el juez o tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2.^a y 3.^a

4. En todos los casos anteriores, el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima.

El juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver.»

De la lectura de dichos preceptos, se puede afirmar que la reforma humaniza la institución de la suspensión de las penas y elimina el automatismo de la prohibición de suspender las penas a quienes tengan antecedentes penales, de modo que serán los jueces quienes valoren si los antecedentes penales justifican o no la revocación cuando un condenado cometa un delito mientras esté disfrutando del beneficio.

No obstante, será la práctica judicial la que determinará la positividad de la nueva regulación, ya que no deja de ser, en gran medida, una mayor concesión a la discrecionalidad de los jueces y tribunales.

5.1 Causas

a) Por la comisión de un nuevo delito

Existen dos posibles reacciones frente a la comisión de un nuevo delito durante el plazo de suspensión o de incumplimiento de las reglas impuestas. En este último supuesto, se podría distinguir dependiendo de que el incumplimiento fuese reiterado o no.

La comisión de un delito dentro del plazo de suspensión acredita el fracaso de la concesión del beneficio y, consecuentemente, el condenado deberá cumplir la pena suspendida en tanto no ha satisfecho las expectativas en él depositadas.

La revocación de la suspensión cuando se comete un nuevo delito durante el período de suspensión no constituye ninguna novedad respecto de la regulación anterior, pero sí lo es el hecho de que el delito cometido *“haga decaer la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión”*. Se deja, por tanto, a la valoración judicial dicha circunstancia y, por tanto, la revocación deja de ser automática.

Sin perjuicio de la interpretación que la jurisprudencia hará del mentado precepto, puede entenderse que el nuevo delito sea de la misma naturaleza. Si se trata de

delitos de diferente naturaleza cometidos en contextos diferentes, puede entenderse que el fundamento de la suspensión sigue vigente.

Tampoco se hace distinción por parte del legislador entre la comisión de un nuevo delito doloso o imprudente, o delito leve.

b) Por incumplimiento reiterado de las prohibiciones y deberes

El incumplimiento reiterado de las prohibiciones y deberes era también causa de revocación de la suspensión de la ejecución de la pena en la anterior regulación y persiste en la actual redacción. Enfatizar que el incumplimiento debe ser, tal y como establece la ley, reiterado.

c) Por sustracción del penado al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria

Con la reforma del CP del año 2015, es de añadidura la sustracción del penado al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria. La dificultad, a veces, por aparte de la Administración para contactar con el penado puede conllevar a la revocación de más suspensiones concedidas.

d) Por incumplimiento de las prestaciones o medidas que condicionen la suspensión de la ejecución de penas.

Esta causa de revocación también se añade con la reforma de 2015, de acuerdo con la nueva línea del régimen de suspensión, que incluye la posibilidad de establecer prestaciones por multa o trabajos en beneficio de la comunidad.

El precepto no contiene excepción alguna, por ejemplo, cuando el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones se debe al sufrimiento de un trastorno mental grave o dependencia a sustancias adictivas.

Respecto a la posibilidad de revocar la suspensión por impago de la multa como prestación impuesta a tenor del artículo 84 del CP, cabría ver qué pasaría con aquellos condenados en situación de insolvencia. Pues bien, según declara el Tribunal Supremo “*el impago de la multa por insolvencia ataca frontalmente el principio de igualdad ante la ley que proclama el art. 14 CE, pues, en definitiva, hace depender el posible ingreso en prisión de la diferente situación económica del sujeto afectado, y no ya en trámite de prisión preventiva, sino de cumplimiento de pena, lo que en realidad supone resucitar (aunque sea en corta medida) la vieja idea de la prisión por deuda, hoy día inaceptable en cualquier Estado de Derecho*”¹⁰⁰.

e) Por causas relativas al decomiso o relacionadas con el pago de la responsabilidad civil

El pago de las responsabilidades civiles sigue siendo un requisito para el otorgamiento de la suspensión de ejecución de la pena privativa de libertad.

No obstante, se añade, de forma cumulativa, hacer efectivo el decomiso acordado en sentencia.

Sin embargo, la redacción actual del art. 81 CP permite que este requisito quede cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencia que el juez o tribunal determine.

Por ende, es posible la revocación de la pena por dos causas:

- Por no cumplir el compromiso de pago de las responsabilidades civiles, salvo que carezca de capacidad económica.

¹⁰⁰ STS, de 16 de septiembre de 1991, Pte. García-Ancos.

- Por facilitar información inexacta o insuficiente sobre sus bienes que hayan sido objeto de decomiso o sobre los bienes de su patrimonio.

El nuevo art. 86.1.d) CP establece como novedad la posibilidad de revocar la suspensión en caso de que el penado facilite información inexacta o insuficiente sobre los bienes que hayan sido objeto de decomiso o sobre los bienes de su patrimonio. Esta causa de revocación conlleva dos consecuencias jurídicas puesto que, por un lado, se adopta en el seno de un proceso penal -aún en fase de ejecución pero donde el derecho de defensa debe ser respetado hasta el final- y, por otro, la suspensión de la ejecución de la pena responde a la finalidad de prevención especial de la pena.

f) Por incumplimiento no grave ni reiterado de las prohibiciones, deberes o condiciones (art. 86.2 CP)

Las consecuencias del incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones, que no ha sido grave o reiterado son, en esencia, las mismas que antes de la reforma de 2015.

Por un lado, la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones al penado, pero también la posibilidad de modificación de las ya impuestas. Por otro, la prórroga del plazo de suspensión que, conforme a la regulación actual, tendrá como límite la mitad del plazo impuesto. Con la regulación anterior, la prórroga del plazo de suspensión podía llegar a los cinco años y que a juicio del propio CGPJ¹⁰¹ era un plazo excesivamente indeterminado.

5.2 Consecuencias de la revocación

La regulación actual de la suspensión prevé en su art. 86.3 CP las consecuencias de su revocación de una forma mucho más precisa que la anterior regulación. En

¹⁰¹ Informe al Anteproyecto LO por la que se modifica el CP de 16 de enero de 2013.

concreto, se precisa que los gastos del penado para reparar el daño causado no serán restituidos, afirmación que parecía no necesaria.

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.

La multa o trabajos en beneficio de la comunidad que hayan sido impuestas como condición para la suspensión de la ejecución de la pena sí se abonarán, lógicamente, a la pena en caso de revocación. Sino, el cumplimiento de tales prestaciones sería gratuito.

5.3 Procedimiento para la revocación

El art. 86.4 CP incorpora con la reforma del CP de 2015 una novedad procesal y es que cómo deberá llevarse a cabo de la revocación de la suspensión, a saber con audiencia del Ministerio Fiscal y demás partes, en todos los casos.

Así lo había venido manteniendo el Tribunal Constitucional, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰², sobre cualesquiera medidas que puedan suponer una restricción de la libertad individual. En el supuesto de la revocación, se autoriza al juez o tribunal para ordenar el ingreso en prisión del penado, en alguno de estos tres supuestos: para evitar el riesgo de reiteración delictiva, para evitar el riesgo de fuga o bien para garantizar la protección de la víctima.

En este caso, la celebración de la vista oral es potestativa, teniendo en cuenta que se sustancia en la fase de ejecución de la sentencia. No obstante, y a la vista de la última doctrina constitucional expuesta, tal y como he recogido una líneas más arriba, tal vez hubiera sido más idóneo que se convocara al Ministerio Fiscal y a la defensa del

¹⁰² En este sentido, SSTC núm. 248/2004, de 20 de diciembre de 2004 y núm. 18/2005, de 21 de enero de 2005.

penado, con el fin de garantizar el principio de contradicción e indefensión previsto en los arts. 24.1 CE y 5.2 CEDH¹⁰³.

6. REMISIÓN DE LA PENA

Reza el actual art. 87 CP que *“1. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena.*

2. No obstante, para acordar la remisión de la pena que hubiera sido suspendida conforme al apartado 5 del artículo 80, deberá acreditarse la deshabitación del sujeto o la continuidad del tratamiento. De lo contrario, el juez o tribunal ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años.”

Por tanto, con carácter general, dos son los requisitos exigidos para la remisión de la condena. En primer lugar, no haber cometido delito alguno en el plazo fijado que *ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.*

En cambio, en la regulación previa a la reforma del CP de 2015, el art. 85 CP estipulaba que era necesario para la remisión de la pena no haber cometido delito alguno.

¹⁰³ STC núm. 248/2004, de 20 de diciembre de 2004, que se remite a las SSTEDH de 12 de diciembre de 1991, asunto Toht vs. Austria y de 23 de septiembre de 2004, asunto Hotsaridis vs. Grecia. La citada STC declara que: *“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”*.

Por tanto, con la nueva regulación, por un lado, puede entenderse que es requisito necesario no haber cometido delito alguno durante el plazo de la suspensión, puesto que esta circunstancia demostrará que la suspensión ha tenido el efecto esperado en la conducta del penado.

Pero por otro lado, se infiere que pese a haber cometido algún delito, además será necesario que la comisión del mismo haga decaer la expectativa que el juez o tribunal depositó en la decisión de la suspensión de la condena. Con esta última interpretación, más acorde con lo dispuesto en el art. 86 CP cuando prevé los requisitos para la revocación de la pena, el juez podrá analizar por ejemplo si, cometido un delito durante el plazo de suspensión, ello es suficiente para revocar la decisión de suspender o se dicta Auto de remisión definitiva de la pena.

El segundo requisito es que hayan sido cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal.

Finalmente, en los casos de suspensión de ejecución de la pena por delito cometido a causa de la dependencia a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, los requisitos para la remisión de la pena son:

.- no haber cometido delito alguno en el plazo fijado que ponga de manifiesto que la expectativa que motivó la decisión de suspensión ya no puede ser mantenida.

.- es necesaria la acreditación de la deshabituación o la continuidad en el tratamiento. De no acreditarse, puede ordenarse el cumplimiento de la pena o bien la prórroga de la suspensión por un plazo no superior a dos años.

7. SUPUESTOS ESPECIALES DE SUSPENSIÓN

7.1 Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad de penados que hayan delinquido a causa de su dependencia a sustancias del art. 20.2 CP

La suspensión a penados drogodependientes era abordada, previamente a la reforma del CP de 2015, por el art. 87 CP, que la regulaba así: *“1. Aun cuando no concurran las condiciones 1 y 2 previstas en el artículo 81, el juez o tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2 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.”

En la actualidad, se mantiene dicho beneficio pero con importantes novedades. En concreto, que redactado de la siguiente manera en el art 80.5 CP: *“Aun cuando no concurren las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.*

El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación.”

En realidad, se trata de una suspensión prácticamente idéntica a la del art. 87.1 CP precedente, aunque las remisiones a las condiciones 1ª y 2ª del art. 81.2 CP, se sustituyen por las equivalentes del art. 80.2 CP, donde se han realizado algunas variaciones.

En síntesis, las tres novedades más importantes son: en primer lugar, se suprime en la actual redacción la audiencia de las partes; en segundo lugar, desaparece la obligación del juez o tribunal de solicitar en todo caso un informe al médico forense adscrito al Tribunal sobre los extremos indicados en este precepto y, finalmente, la revocación del beneficio por abandono del tratamiento se limita a los casos en que este abandono sea definitivo.

Además, se elimina el contenido del art. 87.2 CP relativo a los sujetos reincidentes¹⁰⁴.

Asimismo, la regulación del plazo de suspensión, antes contenida en el art. 87.3 CP, se traslada al art. 81 CP, donde se establece el tiempo señalado tanto para la suspensión ordinaria como para esta modalidad concreta.

Una importante novedad es la supresión de la condición señalada en el art. 87.3 CP, consistente en la prohibición de delinquir durante el plazo fijado¹⁰⁵. Ello suponía, en muchos casos, un grave perjuicio para el condenado, pues pese a proseguir con el tratamiento e, incluso, estar ya deshabitado completamente, la condena por otro procedimiento comportaba la revocación de la suspensión. De hecho, como el precepto

¹⁰⁴ El antiguo art. 87.2 CP establecía que en el supuesto de que el condenado fuera reincidente, el juez o tribunal, valoraría, 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.

¹⁰⁵ AAP Barcelona, Secc. 10ª, de 7 de mayo de 2012, mediante el que se revoca la suspensión al condenado por la comisión de un delito en el año 2011, a saber en méritos de la SJP núm. 4 Girona, de 25 de marzo de 2011, como autor de un delito contra la Seguridad vial por conducción sin carné a la pena de cuatro meses de prisión.

recogía textualmente *sin haber delinquido el sujeto*¹⁰⁶, era igual la comisión de un delito menos grave o imprudente.

Respecto a la audiencia de las partes, y como he recogido anteriormente, la misma se traslada al art. 82 CP, donde se establece como preceptiva para todos los casos de suspensión.

En cambio, se omite el deber del órgano judicial de requerir en todo caso un informe del médico forense para acreditar la concurrencia de los presupuestos necesarios para la suspensión (comisión del delito a causa de la dependencia, deshabitación, sujeción a tratamiento, centro de tratamiento, exploración física, etc)¹⁰⁷.

Lo que sí persiste es la obligación del centro o servicio correspondiente donde acuda el interno certifique que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión¹⁰⁸. Sin embargo, el juzgador ya no está obligado a solicitar un informe del médico forense sobre todos esos extremos. En su lugar, el párrafo segundo del art. 80.5 CP, establece que *“el juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos”*. Por lo tanto, el órgano judicial puede pedir esos informes médico forenses, pero dejan de ser preceptivos.

Por otra parte, persiste la prohibición de abandonar el tratamiento de deshabitación hasta su finalización, como condición de la suspensión para los condenados sometidos a ellos. No obstante, en el redactado actual se añade de modo

¹⁰⁶ El segundo párrafo del art. 87.5 CP establecía que: *“Trascurrido 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 (...).”*

¹⁰⁷ El papel del letrado defensor jugaba un importante papel ya que a través de un escrito en su nombre se podía aportar la documentación acreditativa para que el juez o tribunal diera traslado al forense de la misma para el reconocimiento del condenado.

¹⁰⁸ AAP Barcelona, Secc. 10ª, de 15 de noviembre de 2006, por el que se acuerda la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta al penado condicionada a que *“siga tratamiento de deshabitación en el mismo centro en que actualmente lo cumplen o en otro que posteriormente designe, hasta su finalización. Oficiase al Centro para que informe semestralmente al Tribunal sobre la evolución del tratamiento, así como su interrupción o finalización, y comuníquese la presente resolución a la Direcció General de Mesures Alternatives del Departament de Justícia para que ejerza el seguimiento y control del tratamiento.”*

novedoso que “no se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación”.

La nueva regulación es mucho más flexible, a la vez que coherente, que la anterior, ya que las recaídas ocasionales en el consumo de estupefacientes son frecuentes en este tipo de tratamientos, y en vez de conllevar la entrada en prisión, se permite al condenado continuar con el tratamiento siempre que se advierta en el sujeto la voluntad de cumplirlo. Y es que como señala LARRAURI PIJOAN, la vía idónea para conseguir la resocialización de esas personas que sufren una adicción es conseguir su deshabitación, y este fin podría verse frustrado si se ordenase la ejecución de la pena¹⁰⁹.

En idéntico sentido, la STS núm. 409/2002, de 7 de marzo, señala que el fundamento del art. 87 CP es: “*La alternativa propuesta por el art. 87 del Código Penal permite superar en las penas privativas de libertad de duración media un enfoque puramente retributivo de las consecuencias jurídicas al hecho delictivo precisamente para quien [...] presenta graves deficiencias personales que le llevan a la comisión de hechos delictivos y para quien la prisión no es más que un riesgo que debe asumir para mantener su adicción. Esta espiral delictiva, en la que se suceden conductas delictivas e ingresos en prisión, debe ser interrumpida mediante la entrada de los mecanismos que el Código Penal prevé, en ocasiones poco utilizados, posibilitando una reconstrucción personal que trate de evitar recaídas en hechos delictivos de lo que saldrá mejorada la sociedad y la persona solucionando el conflicto producido por el delito*”.

Sin embargo, en la nueva regulación se omite la obligación para los centros o servicios responsables del tratamiento, de facilitar al órgano judicial informes periódicos acerca del comienzo, evolución, modificaciones y finalización del mismo.

¹⁰⁹ LARRAURI PIJOAN, E., *Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal*, Estudios Penales y Criminológicos, núm. 19, 1996, pág. 212. El autor señala que a las personas drogodependientes se les puede aplicar un doble régimen, bien una medida de seguridad (art. 20.2º CP) cuando al tiempo de cometer el hecho delictivo se halle bajo influencia de estupefacientes o del síndrome de abstinencia; o bien la vía especial de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 87 CP) cuando al cometer el hecho no se encontraba en el estado descrito antes pero cometió el hecho delictivo a causa de su dependencia.

Esta norma se sustituye por la contenida en el apartado 4º del art. 83 CP, donde se atribuye al servicio de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria ese deber de información.

Asimismo, se extrae del art. 80.5 CP la normativa relativa a la revocación de la suspensión y a la remisión de la pena, antes contemplada en el art. 87.1 CP y se traslada a la regulación genérica sobre esos extremos y, en concreto, al art. 87.2 CP reformado.

Con anterioridad a la reforma, el control del proceso de tratamiento se contemplaba en el Capítulo IV (arts. 16 a 20) del RD 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en 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. Su art. 16 señala que: *“Recibido el testimonio de la resolución judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, así como los particulares necesarios, cuando se impongan algunos deberes u obligaciones previstos en el artículo 83.1 5º y 6º del Código Penal o la condición de tratamiento y demás requisitos previstos en su artículo 87, los servicios sociales penitenciarios del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo su cumplimiento”*.

Enfatizar que en estos casos el incumplimiento del tratamiento daba lugar a la revocación de la suspensión, lo que no ocurría con los sometidos a reglas de conducta del art. 83 CP¹¹⁰.

El precepto exigía para la concesión de este beneficio que se obtuviera previamente un informe del médico forense sobre la deshabituación o sometimiento a tratamiento, no bastando con dictámenes emitidos por los centros homologados aunque sean públicos como anteriormente hemos señalado.

¹¹⁰ AAP Barcelona, Secc. 2ª, núm. 796/2000, de 5 de julio, Pte. Magaldi Paternostro.

Así, el incumplimiento o la no asistencia al centro homologado para someterse al tratamiento específico acordado por los especialistas, conllevaba la directa denegación de la suspensión de la ejecución por mor de lo prevenido en el art. 87 CP.¹¹¹ Contrariamente, la asistencia y sometimiento regular al tratamiento era la principal causa para la concesión del beneficio¹¹².

En este tipo de suspensión, estamos ante un tipo específico de delincuente, a saber un toxicómano. Sin duda, es uno de los fenómenos criminales más preocupantes, y de más difícil solución si se acude únicamente a mecanismos penales, máxime cuando según diversos estudios, la estadística confirma que España encabeza la lista de países con mayor número de personas drogodependientes.

Ciertamente, la Asociación Proyecto Hombre analizó la diversidad de perfiles de personas en tratamiento en sus Centros¹¹³, y la clarificación de las variables sociodemográficas y psicosociales más significativas relacionadas con las conductas adictivas. Del estudio, se desprende la existencia de cuatro perfiles de personas en tratamiento, con características diferentes según el tipo de sustancia a la que son adictos:

1. El primer perfil cuya sustancia de consumo principal es el alcohol (41,7%) se trata de una persona casada (62,1%), con núcleos de convivencia estructurados, y con un mayor tiempo de consumo (19 años antes de iniciar tratamiento), tiempo que indica que tardan más en acudir a tratamiento, quizás por la aceptación social del consumo y la dificultad en la toma de conciencia del problema. Su edad media es de 42,7 años, una edad significativamente superior a la edad media de personas que consumen el resto de sustancias, que está en torno a los 35 años. Aunque está compuesto mayoritariamente por varones, cuenta con el mayor porcentaje de mujeres en tratamiento.

¹¹¹ AAP Barcelona, Ejec. núm. 35/2007, de 3 de febrero de 2009, Pte. Sánchez-Albornoz Bernabé, por el que se deniega el beneficio de la suspensión por inasistencia a un centro de drogodependientes.

¹¹² AJP núm. 24 Barcelona, Ejec. núm. 3140/2008, de 30 de enero de 2009, por el que se concede el beneficio de la suspensión en atención al correcto seguimiento del tratamiento de deshabitación del condenado.

¹¹³ El “*Observatorio Proyecto Hombre sobre el perfil del drogodependiente. Informe 2012*”, editado con la colaboración de la Obra Social “la Caixa” y financiado por la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas: <http://www.projectehome.cat/>.

Estas personas afrontan problemas familiares y de pareja, y tienen un menor porcentaje de problemas legales. Más de un tercio de estos usuarios tiene el empleo como fuente de ingresos. Sus tratamientos anteriores han sido, fundamentalmente, ambulatorios, ya sea desintoxicación o libre de drogas.

2. El segundo perfil radica en aquellas personas cuya sustancia de consumo principal es la cocaína (31,4%). En este caso, son, sobre todo, varones, con empleo (50%), y solteros en su mayoría (62,7%) -aunque menos que los consumidores de heroína y policonsumidores-. Presentan problemas familiares y, en su vida de pareja, no son muy estables y tienen problemas con ella. Tienen una edad media más joven que los consumidores de alcohol. Se caracterizan por la baja comisión de delitos tipificados (28,48%). La media de años de consumo antes de iniciar el tratamiento es de 11,5 años.

3. El tercer perfil aúna a los consumidores de heroína (5,1%) y de otras sustancias (12%) – policonsumo-. Son mayoritariamente hombres, con mayor porcentaje de problemas familiares y de pareja. La mayor parte son solteros (policonsumo: 71,1% y heroína: 74,3%) y no conviven apenas con los hijos antes del tratamiento. Son el perfil con mayor porcentaje de convivencia en medios protegidos e inestables. Perciben sus ingresos de familia, pensiones y ayuda social. Son el perfil con mayor porcentaje de delitos cometidos y experiencias de prisión (policonsumo: 66% y heroína: 64,6%). En este perfil, se sitúan mayoritariamente los casos de personas afectadas por VIH (policonsumo: 11,5% y heroína: 7,5%). Las personas que presentan consumo de heroína (35%) o policonsumo (24,8%) han estado en mayor porcentaje en programas de desintoxicación, ya sea ambulatoria (un 12,1%), como residencial (16,3%). Los consumidores de heroína han formado parte de un programa sustitutivo en un 33,5% y un 24,5% de los policonsumidores también ha estado en programas de mantenimiento (metadona). La media de años de consumo antes de iniciar el tratamiento en perfil de policonsumo es de 14,4 años y en heroína, 12,4 años.

4. A estos tres perfiles principales, se suma un cuarto que, aunque de manera minoritaria, sí posee características diferenciales. Se trata del perfil perteneciente a

aquellos que consumen principalmente cannabis. Son, en su mayoría, hombres, solteros (casi 9 de cada 10). Son el perfil más joven en edad -26 años de media- y con menor tiempo de consumo (9,5 años). Conviven con su familia de origen y con menor percepción de problemas familiares. Perciben sus ingresos de familia y compañeros.

En resumen, se ha dicho que el toxicómano es un enfermo, una persona necesitada de ayuda para superar su dependencia. Pensamos, como muchos sectores doctrinales, que hasta la fecha resultaba insuficiente las particularidades de estos delincuentes.

Mediante la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se elevó a cinco años el límite punitivo que puede acogerse al beneficio, lo que fue positivamente acogido por la doctrina mayoritaria¹¹⁴. Ello supone reconocer que el anterior límite de los tres años resultaba, criminológicamente hablando, incapaz de dar respuesta a los delitos que suelen cometer los toxicómanos (robos con intimidación, trapicheo de drogas, etc.)¹¹⁵.

Por otra parte, se suprimió también el impedimento de habitualidad y se hace preceptivo un informe médico, con una periodicidad mínima anual, sobre las condiciones para el cumplimiento, con posibilidad de imponer alguna de las reglas del art. 83.1 CP.

Esta modificación obedecía a la sólida Jurisprudencia de la Sala II del TS¹¹⁶, que reiteradamente tenía declarado que en supuestos de drogo delincuencia, en la medida en que la comisión del delito es consecuencia de la toxicofilia del sujeto resulta más justo y más eficaz atajar la causa profunda, a saber 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.

¹¹⁴ 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, 2005, pág. 300.

¹¹⁵ Para más información ver CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL, *Las penas y sus alternativas*, Escuela Judicial, 2005, págs. 213 a 220.

¹¹⁶ STS núm. 2037/2001, de 26 de octubre, Pte. Giménez García.

Por otra parte, decir que contra la desestimación del beneficio, si el Auto es dictado por la AP cabe la interposición de un recurso de súplica ante la misma sala (ex. art. 236 a 238 LECr.) pero no de casación. Sí que es posible interponer recurso de amparo ante el TC, cuando se haya agotado la vía judicial ordinaria y se aprecie infracción de derecho fundamental, a saber tutela judicial efectiva pues la decisión judicial afecta al valor libertad en cuanto modaliza la forma de ejecución de la restricción de libertad¹¹⁷.

En relación al plazo de la suspensión, cabe señalar que con anterioridad a la reforma, y a diferencia del régimen común, era factible la prórroga del plazo de cinco años por otros dos más en el caso de que no hubiese concluido el tratamiento deshabitador. En la actualidad, y ex. art. 81 CP, el plazo de suspensión será de tres a cinco años y si en el momento de remisión de la pena impuesta al sujeto el juez o tribunal, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años¹¹⁸.

Referente a los acusadores públicos, los Fiscales comprobarán si los mencionados informes están unidos a la causa y valorarán solicitando, en su caso, si es aconsejable recabar informe con periodicidad inferior.

En definitiva, por lo que se refiere a este epígrafe, hay que decir que la alternativa a la prisión, en los supuestos en que la comisión del delito se haya producido como consecuencia de un estado de drogodependencia, viene a ser una verdadera alternativa a la delincuencia dada la naturaleza claramente criminógena del ambiente de las prisiones y que en definitiva ha de procurarse que la aplicación judicial del CP no se convierta en un factor de multiplicación de la desigualdad social.

¹¹⁷ SSTC 25/2000, de 31 de enero, Pte. García Manzano y 8/2001, de 15 de enero, Pte. Jiménez de Parga y Cabrera reflejan la necesidad de motivación de la resolución que acuerde o deniegue el beneficio de la suspensión, sino se vulneraría el principio magno de tutela judicial efectiva.

¹¹⁸ Art. 87.2 CP.

7.2 Suspensión para enfermos graves e incurables

El núm. 4 del art. 80 CP regula de forma especial de suspensión: *“Los Jueces y Tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo”*.

Son razones de humanidad y de eficacia de la pena las que han llevado al legislador a introducir esta cláusula que habrá de ser aplicada con la cautela necesaria. Parece cuanto menos ilógico que personas que están al límite físicamente se vean obligadas a entrar en un centro penitenciario cuando pueden gozar de libertad o de un régimen abierto casi inmediato.

De hecho, el TC¹¹⁹ ha señalado en innumerables ocasiones el principio de humanidad de las penas, es decir, no puede imponerse una carga adicional a la pena, con un sufrimiento excesivo.

Los requisitos de aplicación del art. 80.4 CP suponen: 1) la existencia de una enfermedad grave e incurable, lo que equivale a una situación grave de quebrantamiento de la salud que provoque riesgos importantes para la vida del afectado, aunque no sea inminente su muerte. No se requiere, como en otros casos, que vaya acompañada de padecimientos insufribles; 2) que el condenado no haya gozado de otra suspensión de pena en el momento de la comisión del delito, requisito que hace difícil armonizar el fin de protección de la salud y la vida con los fines de la pena, siendo preferible que el legislador evitase la prisión acudiendo a la previsión de otras reglas o medidas menos onerosas pero que dieran satisfacción a las necesidades de la seguridad ciudadana.

La acreditación se hará a través de informes médicos de hospitales, ya sean públicos o privados, así como por el médico forense adscrito al Juzgado o Tribunal

¹¹⁹ STC núm. 5/2002, de 14 de enero, Pte. García Manzano.

(STS núm. 1545/2001, de 26 de julio, Pte. Conde-Pumpido Touron). El informe debería contener, según RÍOS MARTÍN¹²⁰, un pronóstico vital a corto o medio plazo, posibilidades de cobertura social y familiar de atención, estado físico para delinquir, y la influencia directa en la salud de la estancia en la cárcel.

7.3 Enfermedad mental sobrevenida

El trastorno mental de un autor de una infracción penal puede surgir en distintos momentos, siendo también diferentes las consecuencias legales que se derivan del mismo.

Ciertamente, es posible que el sujeto, al tiempo de cometer el ilícito penal, sufra una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, en cuyo caso quedará exento de responsabilidad criminal, ex artículo 20.1 CP.

O puede ocurrir también que el trastorno mental del sujeto se aprecie una vez dictada la sentencia firme por el Juez o Tribunal correspondiente, antes de que el penado comience a cumplir la pena impuesta o durante la ejecución de la misma.

Si se da este último supuesto, es decir que con posterioridad a la firmeza de la sentencia condenatoria, el penado entrase en una situación de grave y duradero trastorno mental que le impidiese conocer el sentido de la pena, se procederá a suspender la ejecución de la pena privativa de libertad que se le haya impuesto, al tiempo que se le garantizará al penado la asistencia médica precisa. Dicha cuestión queda regulada en el artículo 60 CP.

La reforma del Código de 1995 operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, afectó de manera sustancial a la regulación contenida en el apartado 1º del art. 60 CP, que consta ahora de dos párrafos, mientras que el apartado 2º, conserva su

¹²⁰ RÍOS MARTÍN, J.C., *Las penas y su aplicación*, Ed Colex, 2006, págs. 109 y 110.

redacción primigenia. Reza el primer párrafo del artículo 60.1 CP 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 hubiere impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias”*.

En el párrafo segundo se añade que *“el Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código”*.

Con la LO 15/2003, de 25 de noviembre, la competencia para decretar la suspensión de la ejecución de la pena pasó, del Juez o Tribunal sentenciador, al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Sin embargo, la reforma, según amplia Doctrina, ha sido claramente insuficiente, pues debería haber ido acompañada de la correspondiente regulación orgánica y procesal de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, o al menos de una armonización del art. 60 del Código penal con los artículos 991 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 184 c) del Reglamento Penitenciario, pues estas últimas disposiciones, en los supuestos de enfermedad mental sobrevenida del penado, todavía otorgan al Tribunal sentenciador la facultad para decidir¹²¹.

Para poder suspender la ejecución de la pena al amparo del mentado precepto, es preciso que la situación de trastorno mental grave le impida conocer el sentido de la pena. No basta, pues, con la existencia de un presupuesto psiquiátrico trastorno mental,

¹²¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme. El art. 60 del Código Penal*. Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2007.

sino que, además, es necesario que de éste se derive un efecto psicológico, consistente en que el sujeto no pueda conocer el sentido de la pena¹²².

Según refiere BLANCO LOZANO¹²³ si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena, y en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias¹²⁴.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria comunicará al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo dispuesto en la Disposición adicional primera¹²⁵ del Código¹²⁶.

Creemos que el artículo 60 CP encierra una concepción utilitarista de la pena que trata de superar el ciego retribucionismo para justificar no sólo su imposición sino también su ejecución en función del cumplimiento de ciertos fines socialmente útiles. La aplicación y el cumplimiento de la pena privativa de libertad se inspira en nuestro sistema en un principio de necesidad que enlaza con los fines de prevención general y especial que pretenden legitimar la misma.

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

¹²² VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme. El art. 60 del Código Penal*. Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2007.

¹²³ BLANCO LOZANO, C., *Ejecución de la pena y trastorno mental grave y duradero del penado*, La Ley, 2003, pág. 392.

¹²⁴ Art. 60.1, párrafo 1º CP, nueva redacción por LO 15/2003, de 25 de noviembre.

¹²⁵ Disposición adicional primera CP: “*Cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 11 y 31 del art. 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil.*”.

¹²⁶ Art. 60.1 CP (redacción por LO 15/2003, de 25 de noviembre).

cumplimiento de la pena se reviste del carácter gratuitamente odioso de una pura e inútil vindicación¹²⁷.

Una vez restablecida su salud mental, se cumplirá la sentencia siempre que la pena no hubiese prescrito. En este sentido, la Fiscalía General del Estado interpreta que aún cuando la decisión sea la de ordenar el cumplimiento de la sentencia necesariamente habrá de reducirse su duración *descontando todo el tiempo en que el reo hubiere estado privado de libertad en cumplimiento de la medida de seguridad sustitutiva de la pena suspendida*¹²⁸. No obstante, el juzgador, atendiendo razones de equidad, y en la medida en que estime que el cumplimiento de la pena resultaría innecesario o contraproducente, podrá dar por extinguida la condena o reducir su duración.

Como dice BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE¹²⁹, la interpretación de este precepto debe realizarse a tenor del principio de proporcionalidad entre el hecho cometido y la medida aseguradora. Ello quiere decir que el tiempo de aplicación no debe resultar ni más gravosa ni de mayor duración que la pena abstracta aplicable al hecho cometido.

Es crítica constante de muchos autores, entre otros BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE¹³⁰, que el tema de la ejecución de las medidas de seguridad es una cuestión desatendida en el CP sobre todo ante la falta de medios de financiación para hacer frente a la ejecución de tales medidas. Lo importante no es sólo que se garantice la eficacia judicial, sino además que la Administración de Justicia garantice su efectividad.

¹²⁷ AAP León núm.70/2007, de 20 de abril, FJ 2º.

¹²⁸ Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2004 de 22 de diciembre.

¹²⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Curso de Derecho Penal Parte General*, Ediciones Experiencia, 2004, pag. 511.

¹³⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Curso de Derecho Penal Parte General*, Ediciones Experiencia, 2004, pág. 512.

SEGUNDA PARTE: SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

1. CONCEPTO DE SUSTITUCIÓN

La necesidad de evitar las penas cortas de prisión, incluso cuando son ineludibles por imposibilidad de suspensión de la ejecución, trajo a nuestro Derecho penal la figura de la sustitución de una pena privativa de libertad por otra pena. Dicho beneficio permitía conjugar los fines de prevención especial, a través de una pena menos lesiva; y los de prevención general, con el cumplimiento de la pena¹³¹.

La reforma del CP operada por la LO 15/2003 suprimió la posibilidad de que la pena que se subrogara por la primitiva fuera pena privativa de libertad, caso de los arrestos de fin de semana. Así, el CP preveía la posibilidad de sustituir la pena de prisión por otras penas de distinta naturaleza, en concreto, por las de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente. Las penas susceptibles de ser sustituidas por otras eran las que no excedieren de un año y, excepcionalmente, las que no superaran los dos años de prisión.

No obstante, la reciente reforma del CP de 2015 ha mantenido los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrece un régimen único de suspensión. De este modo, los jueces o tribunales resuelven una sola vez y en un mismo trámite, si la pena de prisión debe ser ejecutada o no, lo que supone una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas.

Así, ya he recogido en las páginas anteriores que el tradicional régimen de sustitución de la pena pasa a ser regulado como una modalidad de suspensión en la que el juez o tribunal pueden acordar la imposición de una pena de multa o de trabajos en

¹³¹ AAP Castellón, Secc. 1ª, núm. 98/2000, de 10 de abril y AAP Girona, Secc. 3ª, núm. 379/2001, de 14 de noviembre.

beneficio de la comunidad. Sin embargo, la conversión no se produce de forma automática, sino que se ofrece a jueces o tribunales la posibilidad de moderar su importe dentro de ciertos límites con importantes novedades respecto a la anterior sustitución por multa clásica.

Además, como también he recogido anteriormente, el sistema resulta más ágil con la nueva regulación, ya que en caso de impago de la multa sustitutiva impuesta, será la ocultación de bienes o la falta de aportación de información veraz por el penado lo que determinará la revocación de la suspensión.

Con la reforma del CP de 2015 también se modifica la regulación de la sustitución de la ejecución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional. De nuevo, el legislador ha querido combinar la eficacia con un escrupuloso respeto de los derechos individuales y, por ende, ajusta el límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería.

En la actualidad, los jueces y tribunales deberán establecer, en todo caso, qué parte de la pena impuesta debe ser cumplida efectivamente en prisión, y la sustitución se condiciona, en todos los casos, a la proporcionalidad de la medida.

Asimismo, de manera excepcional, se introduce con la reforma la sustitución de las penas de prisión por la medida de expulsión del territorio nacional en el caso de delitos cometidos por un ciudadano europeo, reservándose a aquellos supuestos en los que su autor representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, en atención a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Se tiene en cuenta también la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹³², que deberán ser tenidos en cuenta por los jueces y tribunales en la interpretación y aplicación del precepto correspondiente.

¹³² El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es una Institución que fue creada en el año 1952 y a la que está encomendada la potestad jurisdiccional o poder judicial en la Unión. Su misión es interpretar y

Mientras que en la suspensión no existe ejecución de pena alguna, por lo menos inicialmente, y puede que nunca exista si se remite, en la sustitución no se ejecuta la pena privativa de libertad pero sí otra que la releva.

2. CLASES DE SUSTITUCIÓN

Atendiendo a su necesidad, se distingue entre una **sustitución judicial o discrecional**, cuando se trata de una subrogación de la pena privativa de libertad, y una **sustitución legal o impuesta**, cuando el art. 71.2 CP establece la obligatoriedad de sustituir la pena de prisión inferior a tres meses.

Anteriormente, según el criterio de la regulación, cabía hablar de una sustitución ordinaria (prevista en el art. 88 CP), y de las sustituciones especiales, que eran las reguladas en el art. 53 CP para el caso de responsabilidad personal subsidiaria o la del art. 99 CP¹³³ en la concurrencia de medidas y penas.

Por el tipo de penas a sustituir, con anterioridad a la reforma, se diferenciaba entre las *penas de prisión inferiores a un año y, excepcionalmente a dos años*, que podían ser sustituidas por pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad; *penas de prisión que no excedieran de seis meses*, que podían sustituirse también por localización permanente; *de pena de prisión inferior a seis años impuesta a extranjero no residente legalmente en España*, a sustituir por expulsión del territorio nacional; y de *pena de privación de libertad superior a seis años impuesta a extranjero no residente, para el caso de acceso al tercer grado o cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena*, que también debía ser sustituida por la de expulsión.

aplicar el Derecho de la Unión Europea, y se caracteriza por su naturaleza orgánica compuesta y su funcionamiento y autoridad supranacionales. En determinadas circunstancias, también pueden acudir al Tribunal los particulares, empresas y organizaciones que crean vulnerados sus derechos por una institución de la UE.

¹³³ Reza el art. 99 CP: “En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vezalzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el art. 96.3”.

En la legislación actual, el art. 88 CP ha sido eliminado, dejándose sin contenido por la LO 1/2015, de 23 de noviembre.

3. SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN PARA EXTRANJEROS POR SU EXPULSIÓN DEL TERRITORIO ESPAÑOL

3.1 Datos históricos

Las cifras de los extranjeros presentes en las cárceles españolas y, en general, en las de todos los países del sur de Europa, ha aumentado considerablemente cada año en la última década. Así, en el Estado español, los extranjeros representaban un 2% aproximadamente de la población en el año 2001, mientras que el porcentaje de extranjeros en las cárceles españolas era del 20%, porcentaje que no ha hecho sino aumentar en los últimos años¹³⁴. Tal y como apunta WACQUANT, esta tendencia podría provocar que la población extranjera en Europa pase a constituir un equivalente de la población en los Estados Unidos desde la perspectiva penal y penitenciaria¹³⁵.

La expulsión del territorio nacional no es ninguna novedad en nuestro ordenamiento jurídico, ya que tiene un largo camino histórico. De hecho, en el CP de 1822 ya figuraba la pena de deportación y la de destierro del territorio español, pero prevista para nacionales españoles y no para extranjeros. Para estos últimos, la deportación se había previsto históricamente como una sanción administrativa. El Decreto de extranjería de 1852 establecía la expulsión de los extranjeros que carecían de documentos y de “*los vagos y los que huyen de la justicia*”. Posteriormente, la ley de asilo territorial de 1855 permitía que el Gobierno expulsase a los extranjeros si estos aprovechaban su derecho de asilo para cometer delitos contra la seguridad del Estado o

¹³⁴ MONCLÚS MASÓ, M., *La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta*, Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, nº 94 (34), 1 agosto 2001.

¹³⁵ WACQUANT, L., *Parias Urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos de milenio*. Manantial, 2001. Traducción de Horacio Pons.

la paz social. Otras regulaciones posteriores daban la potestad a la autoridad gubernativa para expulsar a los inmigrantes que resultaren ser “*vagos*” o mendigos¹³⁶.

En tiempos de la Segunda República, la Ley de Orden Público de 1933 autorizaba la expulsión de extranjeros del territorio español en el caso de que fueran declarados “*indeseables*” o de que no hubieran cumplido los requisitos legales para permanecer en España. La posterior Ley de vagos y maleantes¹³⁷, establecía la expulsión de inmigrantes no como pena, sino como medida de seguridad para ciertos sujetos que se consideraban “*peligrosos*”.

3.2 Naturaleza jurídica, fundamento y funciones de la medida de expulsión

Pese a que el CP prevé la expulsión del territorio nacional como una forma de sustitución de la pena, la naturaleza jurídica de esta figura sigue siendo una cuestión muy controvertida.

En primer lugar, existe una postura doctrinal que, desde un punto de vista nominalista, considera que la expulsión no puede ser considerada como pena, dado que no se encuentra en el catálogo penológico que prevé el artículo 33 CP. Esta es la postura que adoptó el TC, en su ATC núm. 106/97, donde negaba el carácter de pena a la expulsión por no estar expresamente prevista en dicho precepto. Así, según esta interpretación, la expulsión tenía naturaleza de medida sustitutiva de la pena¹³⁸.

Por otro lado, algunos autores sostienen que la expulsión se asemeja más a una pena que a una medida sustitutiva de ésta. Coinciden en este planteamiento algunos autores como ROMA VALDÉS, quien considera que la estructura de la expulsión es muy próxima a la de la suspensión de la ejecución de la pena prevista en el artículo 80 CP, y

¹³⁶ JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, Vol.II. Losada, 5ª ed., 1950, reimpresión de 1992.

¹³⁷ Conocida popularmente como la Gandula, la ley fue aprobada por consenso de todos los grupos políticos de la Segunda República en el año 1933 para el control de mendigos, rufianes sin oficio conocido y proxenetas. En el año 1970 fue sustituida y derogada por la Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social.

¹³⁸ Así se desprende de su ubicación sistemática en el artículo 89.1 CP.

que en cambio su naturaleza es muy distinta a la sustitución de penas prevista en el art. 88 CP¹³⁹.

Si bien, según MONCLÚS MASÓ, la diferencia más básica entre la expulsión y el resto de formas sustitutivas de la pena es que la expulsión puede llegar a ser mucho más gravosa para el condenado que la propia pena de prisión. Esto podría ser la razón por la cual, a diferencia de las otras formas de sustitución de la pena, no se exige el consentimiento del penado para decretar su expulsión para reemplazar la pena de cárcel¹⁴⁰.

En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, señala que no tendría ningún sentido considerar la expulsión como un beneficio, como sí puede predicarse de las otras formas de sustitución de la pena, cuando precisamente sólo se puede expulsar a los extranjeros ilegales¹⁴¹. Atendiendo a una interpretación material de la expulsión, MONCLÚS MASÓ concluye que dicha medida se debe considerar como una pena, en cuanto que constituye una sanción negativa, que puede ser incluso más gravosa que una pena privativa de libertad¹⁴². Según dicho autor, si nos basamos tan sólo en la mera calificación formal de la expulsión, se abriría la puerta a eludir todas las garantías penales y procesales penales provenientes de la Ilustración y es por ello que considera que la expulsión debe ser considerada como pena desde el punto de vista sustancial, por lo que le serían de aplicación todas las garantías penales previstas para la imposición del resto de penas.

Por lo que respecta a los objetivos que persigue la expulsión, algunos autores, como MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN apuntan que lo que se pretende es “desmasificar” las cárceles españolas¹⁴³. Otros, como PERIS RIERA Y MADRID CONESA, argumentan que el fundamento de la expulsión está ceñido a objetivos de marcado cariz

¹³⁹ ROMA VALDÉS, A., *La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delinquentes extranjeros*, 1999.

¹⁴⁰ MONCLÚS MASÓ, M., *La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta*, Scripta Nova. Rev. Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, nº 94 (34), 1 agosto 2001.

¹⁴¹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed., Civitas, 1996.

¹⁴² MONCLÚS MASÓ, M., *La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta*, Scripta Nova. Rev. Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, nº 94 (34), 1 agosto 2001.

¹⁴³ MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 2000.

defensista¹⁴⁴, es decir, de “seleccionar” a los extranjeros que residen en nuestro país, expulsando a aquellos que se consideran peligrosos o que pueden perturbar el orden público.

Por ello, los anteriores autores califican la medida de expulsión como una auténtica norma de policía en el más puro sentido administrativo, dado su marcado carácter de defensa social. En el mismo sentido, MONCLÚS MASÓ concluye que las normas que prevén la expulsión del extranjero a nivel europeo tienen como objetivo la selección de inmigrantes, impidiendo que aquellos que se consideran como “peligrosos” puedan residir en territorio europeo¹⁴⁵.

Según un autor italiano, DAL LAGO, esto supone una lamentable involución de nuestra cultura política, que no es capaz de arbitrar respuestas más allá de la expulsión y el encierro de los inmigrantes¹⁴⁶.

3.3 La nueva regulación de expulsión

El actual art. 89 CP regula la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas a extranjeros por su expulsión del territorio español de la siguiente manera: *“1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.*

¹⁴⁴ PERIS RIERA, J. Y MADRID CONESA, F., *Comentarios al Código Penal*, Edersa, 2000.

¹⁴⁵ MONCLÚS MASÓ, M., *La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta*, Scripta Nova. Rev. Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, nº 94 (34), 1 agosto 2001.

¹⁴⁶ DAL LAGO, A., *Nonpersone. L'esclusione dei migranti in una società globale*. Feltrinelli, Milán, 1999.

2. *Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.*

3. *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.*

4. *No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.*

La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.

Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además:

a) *Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.*

b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo.

5. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

6. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

7. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento.

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.

8. 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.

9. No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis

La doctrina mayoritaria ha criticado, severamente, este precepto¹⁴⁷. Así, la crítica principal se dirige a que la nueva regulación parece que atienda sobre todo a los problemas de inmigración ilegal y a las necesidades de rebajar la población carcelaria, economizando gastos; no así a evitar los efectos nocivos de las penas cortas de privación de libertad, que tendría que ser el principal objetivo de la sustitución.

Como en la regulación anterior, la expulsión acordada conllevará el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España¹⁴⁸.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente¹⁴⁹.

3.4 Modificaciones del art. 89 CP operadas con la reforma del 2015

El art. 89 CP ha sido objeto de diversas modificaciones en los últimos años, así fue modificada en el año 2010, con la LO 5/2010, de 22 de junio, y la última mediante la reforma de 2015. De hecho, en esta última reforma, la sustitución ha sido objeto de

¹⁴⁷ GIMÉNEZ GARCÍA, J., Magistrado Sala II del Tribunal Supremo, *Las penas y sus alternativas*, Escuela Judicial, 2005, págs. 223 a 225.

¹⁴⁸ BLANCO LOZANO, C., *Ejecución de la pena y trastorno mental grave y duradero del penado*, La Ley, 2003, pág. 398.

¹⁴⁹ AAP Barcelona, Secc. 5ª, núm. 242/2006, de 20 de junio, Pte. Morales Limia, donde se declara que ante la imposibilidad de la medida de suspensión, se cumplirá la pena principal.

una regulación más detallada con cambios no sólo en el régimen jurídico de cumplimiento de las penas, sobre todo a los condenados que sean extranjeros, sino también para los ciudadanos de la Unión europea.

Así, podemos compartir con ROIG TORRES¹⁵⁰ que los cambios están realizados de acuerdo con la doctrina sentada del TEDH y del derecho comparado, pero dejan abierto algunos campos que sin duda con los años serán motivo de críticas doctrinales.

Como novedad, se prevé la obligación de atender a las circunstancias particulares del caso, siguiendo lo dispuesto en el art. 8 CEDH¹⁵¹. No obstante, la nueva regulación extiende la expulsión a los extranjeros residentes legalmente en España y a los ciudadanos de la Unión Europea, aunque este caso bajo las limitaciones marcadas por la normativa comunitaria.

Así, la Exposición de Motivos LO 1/2015 que reforma el art. 89 CP justifica la sustitución de las penas de prisión por la medida de expulsión del territorio nacional en el caso de delitos cometidos por un ciudadano europeo, en que se trata de una medida de carácter excepcional y que se reserva a aquellos supuestos en los que su autor representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública¹⁵².

El legislador también ha introducido con la reforma de 2015, la como una pena sustitutiva de la prisión de manera bastante generalizada ya que, aunque se decida el cumplimiento de la pena, éste puede ser parcial y, posteriormente, podrá decretarse la expulsión del territorio nacional, y, no sólo cuando en el cumplimiento de la pena se

¹⁵⁰ ROIG TORRES, M., *La expulsión de los extranjeros en el proyecto de reforma del código penal*, pág. 423

¹⁵¹ El art. 8 CEDH establece: “*Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*”.

¹⁵² En atención a la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

acceda al tercer grado penitenciario o a la libertad condicional, como ocurría con la anterior regulación.

Los cambios, en síntesis, son los siguientes:

.- Se generaliza la expulsión a todos los ciudadanos extranjeros. En consecuencia, también a los extranjeros residentes legalmente en España y a los ciudadanos de la Unión Europea, aunque con limitaciones contenidas en el propio precepto.

.- La sustitución se limita a la pena de prisión, cuando además exceda de un año¹⁵³. Anteriormente, se estaba a una pena techo, a saber seis años de prisión, salvo que se apreciaran razones que justificaren el cumplimiento en un centro penitenciario de España.

.- Se concede al órgano judicial la posibilidad de acordar la ejecución de una parte de la pena, sustituyendo el resto por la expulsión.

.- Se introduce la proporcionalidad como correctivo a la sustitución de la pena de prisión por la expulsión.

.- Se amplía la prohibición de sustitución al delito de trata de seres humanos del art. 177 bis CP. Así, se suma a los siguientes delitos por los que no cabrá la expulsión:

1. Tráfico ilegal de mano de obra no recluta o determinación de personas a abandonar su puesto de trabajo o empleo de súbditos extranjeros sin permiso de trabajo (art. 312 CP).

2. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP).

3. El delito de asociación ilícita que promueva el tráfico ilegal de personas (art. 516.6 CP).

¹⁵³ Se entiende un año y de un día de prisión.

4. El delito de asociación ilícita (art. 518 CP).

Igualmente, debe tenerse en cuenta la doctrina sentada del TS¹⁵⁴, por la que, apoyándose en la excepción de que el juez o tribunal, de forma motivada, apreciando la naturaleza del delito puede acordar el cumplimiento de la pena en un establecimiento penitenciario, estima que procede denegar la sustitución cuando ello pueda conducir a una situación de impunidad, fortaleciendo el efecto resocializador de la pena.

Enfatizar que, además, el redactado del art. 89 CP exige, más allá de automatismos aplicativos, la audiencia del condenado y una valoración judicial motivada que pondere los intereses en conflicto.

Por otra parte, en los últimos tiempos se ha discutido también la constitucionalidad de la sustitución por expulsión. Así, en fecha de 20 de julio de 2006, se recibió oficio en el TC, de la Secc. 5ª AP Madrid, adjuntando el Auto núm. 3479/2006, de 17 de julio, en el que se planteaba cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 89.1, párrafo segundo del CP. En concreto, en cuanto a que la sustitución parcial para extranjeros no residentes legalmente en España de las penas privativas de libertad iguales o superiores a seis años por la expulsión del territorio nacional, sólo podía ser planteada a instancias del Ministerio Fiscal.

Argumentaba la AP Madrid que cabía la cuestión de inconstitucionalidad, pese a ser un asunto sentenciado, por tratarse de norma con rango ley aplicable al caso y de cuya constitucionalidad dependía la solución del mismo. Así, entendía que la posibilidad de otorgar la sustitución por expulsión, sólo podía hacerse a instancias del Ministerio Fiscal (*“solicitud”*, o *“no oposición”*), de lo que concluía que el juez no podía decidir la expulsión sino que era el fiscal quien la definía, pudiendo únicamente el tribunal justificarla.

¹⁵⁴ STS, de 28 de octubre de 2004, Pte. Ramos Gancedo.

Según los Magistrados de la Secc. 5ª AP Madrid esto constituía “*una limitación a la necesidad de motivación de las resoluciones judiciales (art. 120.3 CE), consecuencia de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), ya que el razonamiento judicial se remitirá a la manifestación de voluntad del Fiscal. Igualmente manifiestan que resultaría contrario a la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar juzgado (art. 117.3 CE), puesto que la sustitución de penas, forma parte de la ejecución de las mismas, potestad exclusiva de los tribunales (por cuya independencia precisamente tiene que velar el Fiscal art. 125 CE); por ello vincular la decisión judicial a la solicitud del Fiscal atentaría igualmente contra la independencia e inamovilidad judicial (art. 117.1CE), que constituye una garantía del justiciable especialmente en el ámbito penal.*” .

No obstante, el Pleno del TC acordó inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad debido al carácter infundado del planteamiento de la misma respecto del art. 89.1, párrafo 2º, CP, en relación con los arts. 117.1 y 3, 120.3, y, 24.2 CE, lo que conduce a la inadmisión a l mine de la cuestión de inconstitucionalidad, ex. art. 37.1 LOTC.

3.5 Supuestos de expulsión

a) Penas de prisión superiores a un año

Como regla general, y desde un punto de vista objetivo, todas las penas de prisión superiores a un año deberán ser sustituidas por la expulsión del territorio español.

Así, la primera novedad respecto de la redacción anterior es que son sustituibles las de prisión, no las *privativas de libertad* a las que se refería el anterior art. 89 CP.

De esta manera, se zanja la polémica sobre la posibilidad de sustitución de la responsabilidad personal subsidiaria y de la pena de localización permanente (art. 35 CP), que era admitida por la Circular de la Fiscalía General del Estado, 5/2011, de 2 de

noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.

La regulación actual, pues, limita el supuesto para sustituir las penas por expulsión sólo cuando superan el año de prisión (un año y un día), por lo que por debajo de dicho límite punitivo, no cabe sustituir la pena.

En la actualidad, es la propia Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras, así por ejemplo el Grupo de Expulsiones Judiciales de Barcelona¹⁵⁵, quien está interesando de los juzgados de Ejecutorias se pronuncien sobre si confirman o revocan una orden de expulsión de una pena de menos de un año de prisión impuesta a un extranjero, si ésta hubiera sido acordada con anterioridad al día 1 de julio de 2015, a saber fecha en que entró en vigor la LO 1/2015.

b) Penas de prisión superiores a un año impuestas a un ciudadano extranjero

En el caso que el condenado tenga la condición de ciudadano extranjero, la pena se sustituirá entendiendo este término como mucho más amplio que el extranjero no residente legal en España, utilizado en la anterior regulación.

De hecho, el término ciudadano extranjero recibió críticas y enmiendas durante la tramitación parlamentaria, así como reproches del Consejo Fiscal y del Consejo de Estado¹⁵⁶.

Igualmente, durante la tramitación parlamentaria, se instó por la necesidad de distinguir entre extranjeros residentes temporales y no residentes y entre residentes temporales y de larga duración. También se criticó la falta de justificación político-criminal para aplicar la expulsión al extranjero con autorización de residencia. E,

¹⁵⁵ Expediente judicial núm. 84/2015 de 1 de julio de 2015 emitido por el Grupo de Expulsiones judiciales (Sección de Expulsiones –U.C.R.I.F.), dirigida al Juzgado de lo Penal núm. 12 de Barcelona.

¹⁵⁶ Enmienda n.º 122, Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: la Izquierda Plural Boletín Oficial de las Cortes generales, de 10 de diciembre de 2014, pág. 91.

igualmente, se criticó la falta de exigencia de motivación en la resolución, toda vez que el precepto impone la expulsión al juez o tribunal de forma imperativa¹⁵⁷.

Como he dicho *ut supra*, la opción de expulsar al extranjero ilegal, tenga o no residencia legal, ha sido avalada por el TEDH, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 8 del CEDH, según el cual: “1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.* 2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*”.

3.6 Expulsión de un ciudadano de la Unión Europea

Sin duda, una de las novedades de la reforma del CP del año 2015, es la sustitución de las penas de prisión por la medida de expulsión del territorio nacional en el caso de delitos cometidos por un ciudadano europeo. Dicha medida, que se contempla como una sustitución de carácter excepcional, se reserva a aquellos supuestos en los que su autor supone una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública.

Los antecedentes de la medida se remontan a la Directiva 2004/38/CEE, que autoriza la expulsión de los ciudadanos comunitarios y de sus familiares, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, aunque esta medida deberá ajustarse al principio de proporcionalidad y se limitará a los casos en que la conducta constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad. Así las cosas, cuando el europeo haya adquirido la residencia permanente, no se le podrá expulsar, sólo y excepto por motivos graves de orden público o seguridad

¹⁵⁷ Enmienda n.º 230, Boletín Oficial de las Cortes generales, de 10 de diciembre de 2014, pág. 157.

pública. Y si ha residido en el estado miembro de acogida durante los diez años anteriores, sólo por motivos imperiosos de seguridad pública.

Estas previsiones fueron confirmadas por el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea y de otros estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que recogieron aquellas mismas exigencias para los ciudadanos de este espacio.

Así, la nueva regulación operada por la reforma del CP de 2015, recoge lo dispuesto en la normativa anterior y permite la expulsión del ciudadano europeo de la Unión Europea:

- a) En los casos que represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.
- b) En caso de haber residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando, además:
 - a. Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.
 - b. Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

3.7 Supuestos de cumplimiento de la pena

Por ende, como quiera que he analizado en los anteriores epígrafes cuando procede la expulsión, ahora abordaré los dos supuestos que existen de cumplimiento de la pena. Estos son, según sus diferentes formas de ejecución:

- a) De manera **potestativa**, en penas superiores a un año, el juez o tribunal puede acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, siempre y cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito.
- b) De forma **obligatoria**, las penas superiores a cinco años o cuya suma no exceda de esa duración, deben cumplirse total o parcialmente en territorio español, siempre y 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 muchos Estados europeos la decisión sobre la expulsión se toma teniendo en cuenta únicamente la seguridad y el orden público. En cambio, con la nueva reforma el legislador se ha alejado de dicho modelo europeo al introducir la posibilidad de ejecutar la pena supeditada a que sea necesaria para *asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida*.

La expresión empleada, además, puede resultar ambigua, ya que puede ser susceptible de diversas interpretaciones y, por tanto, podría suscitar dudas en lo que concierne al principio general de seguridad jurídica, el principio de igualdad y el principio de legalidad, dudas que ya fueron advertidas por el CGPJ¹⁵⁸. Con esta expresión, como señala ROIG TORRES, se consigue dar entrada a la *repercusión del*

¹⁵⁸ Informe del CGPJ al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, pág. 103: “*Parece necesario que se establezcan en la ley unos criterios seguros y previsibles sobre la parte de pena a cumplir, sin perjuicio de establecer ciertas flexibilizaciones o modulaciones en atención a las circunstancias personales del penado y particulares del hecho*”.

*delito en la opinión pública y a la alarma social, que el Tribunal Constitucional ha considerado legítimo valorar al decidir acerca de la ejecución o expulsión, pero dentro del marco de los fines preventivos de la pena y en particular de la prevención general*¹⁵⁹.

Así, parece que la ambigüedad de la fórmula empleada por el legislador responde a la finalidad, ya enunciada en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia garantizando que las resoluciones judiciales sean percibidas como justas por la sociedad. En otras palabras, esto supone una respuesta penal más contundente frente a los delincuentes extranjeros, con el objetivo de mitigar la sensación de inseguridad de la población respecto a este colectivo o tal vez fruto a los últimos acontecimientos, sobre todo, en relación al terrorismo internacional.

La posibilidad de que el extranjero cumpla condena en España cuando ello resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida es una muestra de la línea cada vez más retribucionista que se sigue en nuestro ordenamiento jurídico penal, pudiéndose afirmar que estamos ante un auténtico derecho penal del enemigo¹⁶⁰. Parece que la norma vaya dirigida a evitar al inmigrante delincuente mediante la deportación, puesto que, por un lado, se ha ampliado la posibilidad de expulsar a los extranjeros que sean condenados a pena de prisión de más de un año -con independencia de que el sujeto esté o no en situación irregular o, incluso, aunque sea un ciudadano comunitario- y, por otro, la norma que posibilita el cumplimiento de la pena en España está dotada de una indeterminación jurídica que puede conllevar a una gran inseguridad en el penado.

¹⁵⁹ ROIG TORRES, M. *La expulsión de los extranjeros en el proyecto de reforma del Código Penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH. Unas notas sobre el derecho británico*. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIV (2014), pág. 500.

¹⁶⁰ Derecho penal del enemigo es la expresión acuñada por Günther Jakobs en 1985, para referirse a las normas que en el Código Penal alemán (Strafgesetzbuch o StGB) sancionaban penalmente conductas, sin que se hubiere afectado el bien jurídico, pues ni siquiera se trataba del inicio de la ejecución. Estas normas no castigan al autor por el hecho delictivo cometido sino por considerarlo peligroso.

Se puede observar cómo, en definitiva, con la comentada fórmula introducida en la LO 1/2015 se sigue la denominada *retribución jurídica* de Hegel en que simplemente se pretende reafirmar la vigencia del sistema normativo eliminando el delito no como surgimiento de un mal, sino como lesión al derecho como derecho¹⁶¹.

En cualquier caso, será la Jurisprudencia y las circulares de la Fiscalía General del Estado¹⁶² las que vayan fijando los criterios a seguir para la aplicación del reciente art. 89 CP y de cómo debe interpretarse la expresión *asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida*.

c) Cuando la expulsión resulte desproporcionada (art. 89.4 CP)

El art. 89.4 CP establece que no procederá la expulsión cuando resulte desproporcionada, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y las personales del autor, a saber su arraigo social, familiar y laboral en España.

La introducción de dichos parámetros es también una novedad en la regulación actual, ya que el antiguo art. 89 CP sólo hacía referencia de forma genérica a “razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”, aunque el TC y el TS obligaron a realizar una lectura constitucional del precepto, siguiendo las directrices del TEDH y su interpretación del CEDH.

Consecuentemente, el legislador ha hecho suya la tesis jurisprudencial mantenida por el TS¹⁶³ y el TC¹⁶⁴ en esta materia, que modularon, sin duda, la

¹⁶¹ HEGEL, G. W. F. *Principios de la filosofía del Derecho o Derecho natural o Ciencia Política*. Ethasa, Barcelona, 1988, págs. 160 y 161.

¹⁶² Circular 3/2015 de la Fiscalía General del Estado, por la que se establecen criterios en relación con el régimen transitorio establecido por la reforma del CP, contiene que la modificación de los supuestos de sustitución de la pena impuesta por la expulsión del territorio nacional exige la revisión de las 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 art. 89 CP.

¹⁶³ STS núm. 901/2004, de 1 de julio (FJ 2º).

¹⁶⁴ STC núm. 242/1994, de 20 de julio (FJ 6º).

aplicación automática de la sustitución de la pena por expulsión prevista en el antiguo art. 89 CP.

d) Cuando las penas se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a los que se refieren los art. 177 bis, 312, 313 y 318 bis (art. 89.9 CP).

Como he recogido en las líneas superiores, la redacción actual prohíbe la expulsión cuando las penas a sustituir lo fueren por condenas por el delito de trata de seres humanos, a las ya previstas de los delitos de tráfico y recluta ilegal de mano de obra, y los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

En estos casos, tasados por el legislador de forma objetiva, no cabrá sino tan sólo el cumplimiento de la pena impuesta, esto sí, con los posibles beneficios penitenciarios que, en su caso, puedan concurrir.

3.8 Procedimiento

En cuanto al procedimiento a seguir y momento en que el juez o tribunal debe dictar la sustitución de la pena por la expulsión, el art. 89 CP presenta pocas novedades respecto de su redactado anterior.

Así, el juez o tribunal se pronunciarán sobre la expulsión ya sea en sentencia o en auto motivado posterior.

Ahora bien, la redacción anterior del art. 89 CP preveía expresamente la audiencia del penado. En cambio, la redacción actual contempla la audiencia del Fiscal y de las “*demás partes*”, una vez declarada la firmeza de la sentencia, pero no expresamente la del penado.

Consecuentemente, de acuerdo con la redacción literal del art. 89.3 CP, el juez o tribunal puede acordar la expulsión del condenado en sentencia, sin audiencia del penado, del Ministerio Fiscal ni de las demás partes.

El TC¹⁶⁵ ya declaró hace años la necesidad de audiencia al penado para sustituir la pena por la expulsión del territorio nacional, sin que fuere suficiente el derecho a la última palabra.

Por ende, bajo la línea jurisprudencial señalada, el trámite de audiencia debe entenderse vigente y, para el supuesto de que se decrete en sentencia, la cuestión deberá ser objeto de contradicción en el acto del plenario y el acusado deberá pronunciarse sobre la posibilidad de su expulsión, caso de resultar condenado. Si es en un momento posterior, la audiencia del penado tampoco puede soslayarse junto con la del Ministerio fiscal y las demás partes, a saber defensa y, en su caso, acusación particular.

3.9 Consecuencias de la expulsión

El art. 89.5 CP establece que 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.

Además, también contiene que la expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativa que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

3.10 Vulneración de la prohibición de regreso a España

Con la actual regulación de la expulsión, se modula el cumplimiento automático de la pena en el caso de que el expulsado regresare a España antes del período establecido por la expulsión. Pese a que lo es de manera excepcional, el juez o tribunal podrán reducir su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y a las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento.

¹⁶⁵ SSTC núm. 242/1994, de 20 de julio (FJ 6º) y núm. 203/1997, de 25 de noviembre (FJ 4º y 5º).

Durante la tramitación parlamentaria del precepto, se pidió establecer alguna regla de conversión para computar el tiempo que la persona extranjera ha estado fuera del país cumpliendo el sustitutivo penal, evitando así el *non bis in idem*, es decir, cumplir la pena sustituida y sustitutivo penal¹⁶⁶.

No obstante, la posibilidad de que la expulsión del extranjero fuera contraria al *non bis in idem* ya fue analizada por el TC¹⁶⁷. El TC entiende que para concluir que existe una duplicidad de sanciones se debe comprobar si existe una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. En este sentido, si bien la expulsión trae causa de la condena penal del sujeto, *las dos medidas no responden a un mismo fundamento porque persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes*. Por un lado, el TC entiende que la condena es impuesta en el marco de la política criminal del Estado por la comisión de un delito, mientras que la expulsión es una medida prevista en el marco de la política de extranjería que constituye reacción del ordenamiento frente al incumplimiento de los requisitos que el Estado puede imponer a los extranjeros que se establezcan en su territorio, según opinión de TORRES FERNÁNDEZ¹⁶⁸.

3.11 Ingreso del penado en un centro de internamiento

La posibilidad de ingresar al penado en Centro de internamiento con la finalidad de asegurar la expulsión fue introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, para el supuesto de que no estuviera o no quedara privado de libertad. Así, ha venido siendo solicitada por el Ministerio Fiscal en los escritos de acusación.

Pero si finalmente la expulsión no pudiera llevarse a cabo, se procederá al cumplimiento de la pena impuesta, de la pena pendiente o de la suspensión de la misma.

¹⁶⁶ Enmienda núm. 336, Grupo parlamentario mixto, Boletín Oficial de las Cortes generales, de 10 de diciembre de 2014, pág. 235.

¹⁶⁷ STC núm. 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1707-2001. Interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

¹⁶⁸ TORRES FERNÁNDEZ, M. E. *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, La Ley, 2012.

Con la reforma de 2015, la redacción se mantiene intacta, y tan sólo se suprime la referencia a la sustitución de la pena que, como he recogido anteriormente, con la reforma de 2015 ha quedado como una modalidad de suspensión de ejecución de la pena de prisión.

3.12 La postura del TEDH

Las demandas ante el TEDH en relación con la expulsión de los estados miembros de ciudadanos extranjeros, se basan generalmente en la vulneración del artículo 8 del CEDH¹⁶⁹. En esta disposición se reconoce el derecho de toda persona al respeto de la vida privada y familiar, de su hogar y de su correspondencia. En consecuencia, se prohíbe la injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del mismo.

Sin embargo, se contemplan diversas excepciones, admitiéndose esa restricción cuando una ley lo prevea y sea necesario en una sociedad democrática atendiendo al interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el bienestar económico del país, o para la prevención del desorden o el delito, la protección de la salud o la moral, o de los derechos y libertades de los demás.

A partir de esa norma, el TEDH pondera en cada caso los intereses en conflicto, dando prioridad a la vida personal y familiar cuando estima que la expulsión no es estrictamente necesaria para preservar los valores que se indican. En este sentido, como subrayó el TS¹⁷⁰, a efectos de la expulsión, valora la circunstancia de arraigo, extensible a la protección de la familia, junto a otras como que el extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes.

Esta premisa sirvió para enmendar la interpretación oclusiva emanada del artículo 89.1 CP, en la redacción dada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, al

¹⁶⁹ Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.

¹⁷⁰ STS núm. 901/2004, de 1 de julio.

preverse “*la naturaleza del delito*” como única justificación para acordar el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Al respecto, según la jurisprudencia del TEDH el derecho a la vida privada protege, primordialmente, los lazos personales y familiares que mantiene el sujeto en el estado que pretende su expulsión, entre otros factores relevantes. La consideración individualizada que hace el tribunal hace que no sea posible enumerar taxativamente las relaciones que constituyen “*vida familiar*”.

No obstante, concluye el TEDH que la vida familiar no se limita solamente a las relaciones sociales, morales o culturales que tiene el individuo en el país, sino que también abarca intereses de un tipo de material, tales como obligaciones¹⁷¹ respecto de mantenimiento, los derechos de herencia, limitaciones y cuestiones de disposición entre parientes¹⁷². Además, concluye que la existencia de “*vida familiar*” no puede ser invocada en relación con personas que no pertenecen al núcleo familiar y que no han sido miembros dependientes de la familia¹⁷³.

Sin embargo, esto no significa que esa situación personal y familiar predomine sobre el bien social en un porcentaje mayor de casos. Por el contrario, el TEDH estima la comisión de hechos delictivos graves como una causa legítima de expulsión y declara la potestad de los estados para regular su régimen concreto, aunque antes de acordarla se deberán analizar los elementos incluidos en el artículo 8 CEDH.

A colación de lo anterior, el asunto Khan v. Alemania, de 23 de abril de 2015 reitera la jurisprudencia asentada por el TEDH¹⁷⁴ respecto a los criterios que tiene en cuenta a la hora de ponderar la validez de una expulsión a la luz del artículo 8 del Convenio. Así, adquieren relevancia los vínculos personales y familiares en el estado de recepción y el estado de origen, la naturaleza y la gravedad de los crímenes cometidos y

¹⁷¹ Pla and Puncernau v. Andorra, de 13 de julio de 2004.

¹⁷² Merger and Cross v. France, de 22 de diciembre de 2004.

¹⁷³ Samsonnikov v. Estonia, 3 de Julio 2012 y Anam v. the United Kingdom, 7 de junio de 2011.

¹⁷⁴ Ünner v. the Netherlands, de 5 de julio de 2005; Maslov v. Austria, 23 de junio de 2008; Emre v. Switzerland, de 10 de octubre de 2008.

el tiempo transcurrido tras la comisión de los delitos y la conducta del individuo durante ese período, entre otros.

En consecuencia, sólo declara violada esta norma cuando entiende que la medida es claramente excesiva para la tutela de los valores colectivos.

Y es que para que el TEDH declare que una medida de expulsión es excesiva, y por tanto, que infringe el derecho garantizado en el Convenio, se debe determinar, en primer lugar, si ha habido o no una injerencia a la vida familiar y personal del sujeto por la adopción de una medida de tal naturaleza. Para ello, el individuo debe acreditar si tiene vida familiar en el estado que pretende su expulsión, y por consiguiente, el tribunal declarará que ha habido infracción si se acreditan lazos familiares reales y existentes en el estado expulsante. Cuando el tribunal declare que la medida constituye una violación del art. 8, debe realizar una segunda ponderación, a saber si la injerencia al derecho está justificada conforme al apartado 2 del art. 8 de la Convención, el cual establece: *“No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*.

Del anterior precepto se derivan los tres elementos que justifican una infracción al derecho reconocido en el art. 8, esto son: la legalidad, legitimidad y necesidad de la medida. En consecuencia, únicamente cuando concurren tales elementos la medida infractora de derechos podrá considerarse como válida.

El requisito de necesidad es el que presenta más problemas a la hora de su delimitación lo que ha hecho que el tribunal se centre específicamente en su análisis. En concreto, el apartado se refiere a que la medida debe ser necesaria en una sociedad democrática, esto es, justificada por una necesidad social imperiosa y, en especial,

proporcionada a la finalidad legítima perseguida¹⁷⁵. Ello conlleva que el tribunal ejerza un juicio de proporcionalidad para comprobar si la medida recurrida supone o no un justo equilibrio entre los intereses relevantes, es decir, los derechos individuales protegidos por la Convención por un lado, y los intereses de la comunidad (la protección del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, etc), por otro.

Al respecto, el caso *Üner v. The Netherlands* 18 de octubre de 2006 recoge las ideas expuestas más arriba. Por un lado, reafirma el derecho de un estado a los efectos de controlar la entrada de extranjeros en su territorio y su residencia, como una cuestión amparada por el derecho internacional y con sujeción a las obligaciones en virtud de los tratados ratificados por el mismo. También, declara que la Convención no garantiza el derecho de un extranjero a entrar o residir en un país en particular ni garantiza el mantenimiento del orden público, que es deber de los estados, en consecuencia, son los mismos estados contratantes, quienes tienen el poder de expulsar a un extranjero condenado por delitos penales¹⁷⁶.

Por otro lado, establece que en la medida en que pueden interferir con el derecho protegido en virtud del apartado 1 del art. 8 sus decisiones en este campo deben estar de conformidad con la ley y necesarias en una sociedad democrática. Finalmente, el tribunal declara que estos principios se aplican independientemente de si un extranjero entró en el país de acogida como adulto o en una edad temprana, o tal vez incluso nació allí.

Pues bien, aunque el TEDH carece de competencia para anular la resolución de expulsión dictada por una autoridad estatal, en el ordenamiento español esas directrices vinculan respecto a futuras resoluciones judiciales, según tenor también del art. 10.2 CE, supeditando la definición de los derechos fundamentales y libertades constitucionales a los Tratados ratificados por nuestro país.

¹⁷⁵ *Üner v. The Netherlands*, de 18 de octubre de 2006.

¹⁷⁶ *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 de Mayo de 1985 y *Boujlifa v. France*, 21 de octubre de 1997.

Precisamente, la necesidad de calibrar todos los factores del art. 8 CEDH, llevó a los jueces y tribunales a realizar una lectura constitucional del art. 89 CP, ampliando la excepción legal, para incluir el estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar, lo que a su vez conllevaba el trámite de audiencia y la motivación de la resolución¹⁷⁷. Esta postura, sin duda, influyó en la modificación de aquel precepto por la LO 5/2010, de 22 de junio.

En algunas ocasiones, el TEDH ha estimado las demandas contra el estado que ha resuelto la expulsión, pero se trataba de supuestos en los que concurrían circunstancias excepcionales. En el conocido caso de *Moustaquim v. Belgium*, de 18 de febrero de 1991, entendió que la deportación del recurrente, residente en Bélgica y condenado por diversos delitos¹⁷⁸, fue inadecuada. En este caso, existían motivos importantes para la expulsión, pues el demandante había sido condenado por veintidós delitos, si bien se trataba de infracciones contra la propiedad, en su mayoría hurtos, aunque también constaba un robo violento.

Pero, en el otro lado había fuertes razones personales y familiares que primaron en contra de la expulsión. En concreto, la minoría de edad del condenado en el momento de los hechos, su marcado arraigo social y familiar, y la falta de lazos con su país que le permitieran desarrollar una vida familiar mínima.

Debo citar también por su virtualidad, la sentencia del caso *Nasri v. France*, de 13 de julio de 1995, donde el TEDH estableció que se estaba vulnerando el art. 8 CEDH pese a que la expulsión decretada en este caso era totalmente legal y dictada en

¹⁷⁷ STS núm. 901/2004, de 1 de julio, FJ 2º.

¹⁷⁸ El Sr. Abderrahman Moustaquim, de nacionalidad marroquí, llegó a Bélgica con su madre en 1965, con el fin de reunirse con su padre. Hasta que fue deportado en 1984, vivió en Bélgica y tenía permiso de residencia. Cuando era menor de edad penal, el Tribunal de Menores de Lieja lo condenó por ciento cuarenta y siete delitos, entre ellos ochenta y dos de hurto agravado, treinta y nueve de hurto agravado en tentativa y cinco de robo violento. En 1981 fue condenado a una pena de prisión de dos años, por cuatro delitos de hurto agravado, doce de hurto agravado en tentativa, un robo violento y un delito de receptación. La Junta Consultiva sobre Extranjeros emitió un dictamen desaconsejando la deportación por varias razones: Moustaquim llegó a Bélgica a la edad de un año, toda su familia vivía en Bélgica, y había tenido varios permisos sin incurrir en ningún ilícito. A pesar del informe, Moustaquim fue expulsado, con la prohibición de regresar en diez años.

aras a la consecución de un objetivo legítimo. El demandante había cometido una violación y varios robos. Pese a esto, el Tribunal tuvo en cuenta que se trataba de una persona sordomuda, y que su expulsión del territorio nacional francés impediría que pudiera lograr un mínimo equilibrio psicológico y social, dado que la mayoría de miembros de su familia eran franceses sin vínculos estrechos con el país de nacimiento. Por consiguiente, su única oportunidad de lograr dicho equilibrio era mediante su permanencia en Francia.

Sin embargo, a excepción de los casos en lo que los delincuentes son menores de edad o con concurrencia de condiciones extraordinarias, el TEDH no acostumbra a apoyar la petición de mantener la permanencia en el estado donde se delinque.

Así, en el caso *Dalia v. France*, de 19 de febrero de 1998, el TEDH estimó justificada la expulsión de una mujer de origen argelino, condenada por tráfico de drogas, pese a que vivía en Francia desde los dieciocho años, junto con su madre y siete hermanos, y tuvo un hijo de nacionalidad francesa¹⁷⁹. Hay que destacar, además, que la ley excluía esa medida cuando el extranjero condenado fuese padre o madre de un hijo francés residente en Francia, siempre que tuviese responsabilidad paternal y se ocupara de su cuidado¹⁸⁰.

La Corte reiteró la potestad de cada estado de deportar a los extranjeros condenados por delitos, debiendo valorar, por un lado, el derecho del demandante a su vida privada y familiar, y, por otro, la prevención del desorden y del crimen. El TEDH

¹⁷⁹ En 1985 el Tribunal penal de Nanterre condenó a la Sra. Dalia a doce meses de prisión por vender heroína, por lo que se acordó una orden de expulsión permanente del territorio francés. En 1986 contrajo matrimonio con un hombre de nacionalidad francesa. El 29 de julio de 1987 fue condenada a tres meses de prisión, por no acatar la orden de expulsión, saliendo el 14 de agosto de Francia a Argelia. Volvió a Francia en 1989 con una visa válida para treinta días, quedándose con su familia. Se divorció, sin tener hijos. En 1990 tuvo un hijo de nacionalidad francesa, sin que el padre lo reconociera. Atendiendo a esa responsabilidad como madre, solicitó se dejara sin efecto su orden de expulsión, y el Tribunal de Apelación desestimó su petición.

¹⁸⁰ El art. 630.1 de Ley de Salud Pública disponía lo siguiente: “*Los Tribunales pueden ordenar que una persona condenada por un delito del artículo 627 sea expulsada permanentemente del territorio francés. La expulsión supondrá la deportación de la persona condenada tras cumplir su sentencia (párrafo 25). Pero en 1991 se introdujeron excepciones: “Sin embargo, la expulsión del territorio francés no se impondrá cuando:.. 2) el extranjero condenado sea el padre o la madre de un hijo francés residente en Francia, siempre que tenga responsabilidad paternal y realmente cuide de sus necesidades”*”.

reitera su postura acerca de la soberanía de los estados para expulsar a los condenados, bajo las premisas de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

En cuanto a la proporcionalidad, la Corte ha venido manteniendo que la expulsión puede ser considerada como proporcional si obedece a causas como la prevención general o el elevado peligro de reincidencia, y además se sustenta en el hecho de que el sujeto en cuestión no tiene familiares que dependan de su apoyo¹⁸¹.

3.13 Derecho comparado: la deportación en el derecho británico

En la sociedad británica actual se vive un clima general de desconfianza y esto provoca un debate político y un discurso popular en el que frecuentemente se asocia, desafortunadamente, a personas extranjeras con la criminalidad¹⁸². En este escenario, además, se producen conflictos raciales que, a su vez, hacen necesario endurecer la legislación para contener las crecientes actuaciones xenófobas experimentadas a medida que se acentuaba la situación de crisis económica.

Junto a esos factores, está fuertemente presente la sombra del atentado terrorista en Nueva York del 11 de septiembre y, en particular, el atentado de Londres de 7 de julio de 2005, provocando una política represiva sobre todo en materia de terrorismo. Además, dicha política en el Reino Unido se ha extendido a otros sectores y de forma muy marcada a los hechos relacionados con la inmigración.

Así, muchas de esas leyes dirigidas a frenar la entrada de no nacionales y a castigar a quienes se encuentran en situación irregular, han sido censuradas desde distintos sectores sociales, que las tildan de discriminatorias por equiparar colectivos muy dispares, provocando su salida injustificada del país.

¹⁸¹ Kaya v. Germany, de 28 de septiembre de 2007.

¹⁸² ASWORTH A./ZEDNER, L.: *Preventive justice*, Oxford University Press, United Kingdom, 2014, págs. 225 y 226.

En el orden penal se denuncia que ese rigor pensado inicialmente para terroristas se haya ampliado de forma masiva provocando la deportación de todos los extranjeros condenados a partir de un año de prisión, aunque no siempre existe un verdadero interés público que la respalde¹⁸³.

En este sentido, las estadísticas constatan que los índices de delincuencia en aquellas comunidades donde predominan los habitantes inmigrantes son equivalentes a los del resto de la población. Asimismo, tampoco es superior la cantidad de acusaciones, ni órdenes de detención preventiva. Por ende, el contraste entre estos datos fácticos y esa política represiva en materia de inmigración pone de relieve que esta tendencia responde más al empeño del Gobierno por ofrecer seguridad que a una necesidad cierta de protección.

Se enmarca, pues, en el ya consagrado como “*populismo punitivo*”, al que no escapan tampoco los dirigentes británicos, adoptando medidas que tienen como objetivo prioritario colmar las expectativas de los ciudadanos que piden una mayor dureza frente a los delincuentes, movidos fundamentalmente por intereses políticos. Esto explica la aprobación de normas específicas en materia de terrorismo, permitiendo la expulsión de los extranjeros meramente sospechosos de realizar actividades de esta naturaleza.

En el caso de los condenados a prisión, se prevé la deportación una vez extinguida la condena, actuando como una especie de pena adicional que se justifica en la necesidad de tutelar a los ciudadanos¹⁸⁴. A todo ello se suma la deficiente legislación administrativa, carente de restricciones en cuanto al tiempo que un extranjero puede ser retenido hasta resolver su expulsión, sin contar con supervisión judicial.

¹⁸³ BOSWORTH, M./GUILD, M.: *Governing through migration control*, en *British Journal of Criminology*, pág. 711.

¹⁸⁴ No en vano, el Reino Unido cuenta con los periodos de tiempo más largos en Europa de confinamiento de solicitantes de asilo. Al respecto, BOSWORTH, M./GUILD, M.: *Governing through migration control*, en *British Journal of Criminology*, cit., págs. 711 y 712.

Esta regulación resulta especialmente rechazable a la luz de la ley y de la jurisprudencia británicas, que ordenan el escrupuloso cumplimiento de las normas internacionales, y en particular del CEDH.

Precisamente, el TEDH se pronunció acerca de la legislación de este país, en concreto sobre la cadena perpetua, en la STEDH de 9 de julio de 2013 (caso Vinter), declarando la contrariedad de esa regulación al CEDH. En síntesis, afirmó que la privación de libertad de una persona sin fijar un momento preciso de revisión de la condena genera inseguridad al condenado y supone un trato inhumano o degradante prohibido por el art. 3 de dicha norma. Aunque es evidente que la situación del retenido a la espera de la deportación no es equiparable a la del condenado a prisión indefinida, sin embargo, coincide en esa nota peyorativa de falta de la seguridad jurídica necesaria para privar de un derecho fundamental como la libertad.

Por consiguiente, tanto el ingreso preceptivo en un centro de internamiento, como el mantenimiento en la prisión al concluir la condena, han de sujetarse a límites temporales.

La modificación de la cadena perpetua debe ir acompañada, pues, de la reforma de esas instituciones para delimitar el tiempo que la persona que va a ser deportada o evaluada para la deportación puede estar a disposición de la autoridad administrativa.

TERCERA PARTE: CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS

PRIVATIVAS DE LIBERTAD

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS

La pena privativa de libertad tiene su origen en Europa a mediados del siglo XVI y comienzos del siglo XVII, cuando fue ideada como casas de trabajo o casas disciplinarias, para vagabundos o mendigos, que se transformaron en centros para delincuentes, pobres, huérfanos y enfermos a lo largo del siglo XVII. El sistema imperante en estos centros era el de trabajo en común diurno y separación nocturna.

En el año 1777, John Howard publicó su estudio sobre el estado de las prisiones en Inglaterra y Gales¹⁸⁵, creando una conciencia que contribuyó a la mejora de las condiciones carcelarias.

En Estados Unidos, la sociedad penitenciaria de Filadelfia, reunida en 1787, consiguió introducir en la prisión de Walnutstreet un sistema célula de completo aislamiento durante el día y la noche, excluyendo las horas de trabajo. Los resultados de este experimento fueron desfavorables, sustituyéndose este sistema en 1823, en Auburn, por el denominado *silent system*, que consistía en la separación durante la noche y en el trabajo en común durante el día, con el fin de evitar la relación desmoralizadora entre los reos, mediante la consigna del silencio mantenido con rigor. Años más tarde, en 1829, se aplicó de forma novedosa un sistema combinado celular y trabajo forzado en la prisión Eastern Penitentiary, de Pensilvania (Estados Unidos).

Una década más tarde, en el año 1840, en la prisión de Pentonville de Inglaterra, se impuso el sistema progresivo (*progresive system*), que combinaba el sistema celular en un primer grado en el que se mantenía al recluso durante 18 meses, para posteriormente trasladarlos a las colonias australianas.

¹⁸⁵ State of prisons in England and Wales, publicado en el año 1777, por John Howard (1726-1790).

A partir de 1853, tras la abolición de la deportación a Australia, el sistema progresivo inglés se basó en la idea de restablecer gradualmente el equilibrio moral del reo con el fin de reintegrarle en la sociedad civil. Dicho sistema se componía de los siguientes períodos:

- 1°.- Prisión celular rigurosa durante nueve meses.
- 2°.- Trabajo en común en cuatro secciones progresivas (sistema de marcas).
- 3°.- Libertad condicional con posibilidad de revocación.

En Irlanda, Walter Crofton, introdujo una variación en el sistema, consistente en la inclusión de un período previo a la libertad condicional en que el reo residía en un establecimiento intermedio (*intermediate prison*).

Sobre estas ideas descansaba el sistema de los reformatorios de la prisión de Elmira (Nueva York), por los que se pretendía la educación para la vida en libertad, que se combinaba con el sistema de la pena indeterminada.

En España, hasta la entrada en vigor de la LOGP 1/1979, de 26 de septiembre, el régimen progresivo era el vigente, según el art. 84 del CP de 1944. El régimen constaba de cuatro períodos: el primero de observación en régimen celular mixto, de rigor variable, que duraba un mínimo de treinta días y que acostumbra a dividirse en dos etapas: una de máximo aislamiento, con prohibición de tabaco, vino y visitas, y otra de mayor libertad, con paseos y ejercicios deportivos.

El segundo período, denominado trabajo en comunidad, tenía por objeto promover la actividad laboral de los reclusos, destinados en talleres, granjas o destacamentos, con vida en común, devengo de salarios y cómputo de conducta a los efectos de ascenso a los grados superiores; período que duraba normalmente hasta que quedara extinguida la cuarta parte de la condena y el reo hubiera sido suficientemente instruido en primeras letras, elementos de religión y fundamentos de su oficio.

El tercer período, de readaptación social, era para los internos que tenían buena conducta, destinándoles a los cargos auxiliares más ventajosos y de mayor confianza, incluso al servicio exterior, con otras ventajas del régimen. Y el cuarto y último período era el constituido por la libertad condicional.

Según QUINTANO RIPOLLÉS¹⁸⁶ *"las ventajas teóricas de los sistemas progresivos y aun los de la experiencia más atrevida de los reformatorios americanos, no deben hacer perder de vista los riesgos de la generalización y las necesidades del examen individual en cada caso; por lo que los estudios más recientes en la materia aconsejan una primera selección de detenidos y un estudio más detallado posible de su personalidad antes de decidir el tratamiento a seguir, que jamás debe ser apriorístico. Con lo que ha venido a reconocerse, una vez más en el XII Congreso Penal y Penitenciario de La Haya de 1950, la decisiva importancia de la individualización"*.

En la actualidad, el art. 72 LOGP señala que las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica separado en grados¹⁸⁷. Esto significa que todo penado debe ser clasificado en el grado penitenciario más adecuado a sus circunstancias sin pasar previamente por los anteriores, así el apartado tercero del mentado artículo dispone que *"siempre que la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de la libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden"*.

2. SITUACIÓN DEL RÉGIMEN PENITENCIARIO

Lamentablemente, el derecho penitenciario es una de las ramas más olvidadas y marginadas, no sólo dentro del propio derecho penal, sino incluso me atrevería a decir de todo el campo jurídico.

¹⁸⁶ QUINTERO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, Ed Rev. de Derecho Privado, 1963, pág. 514.

¹⁸⁷ STS núm. 355/2008, de 3 de junio, Pte. Jiménez García y AAP Barcelona, Secc. 9ª, núm. 6/2004, de 30 de diciembre, Pte. García Muñoz.

No obstante, en años pasados, existieron figuras tan importantes como Concepción Arenal¹⁸⁸, quien en el 1863 se convirtió en la primera mujer en recibir el título de Visitadora de Cárceles de Mujeres y publicó importantes estudios penitenciarios acerca de las penurias de las cárceles de la época. Su frase más célebre fue: “*Odia al delito y compadece al delincuente*”, que resume su visión de los delincuentes como el producto de una sociedad reprimida y represora.

Existe una cultura, cosa que he podido comprobar a lo largo de estos años de ejercicio, de que la sociedad piensa que un procedimiento penal finaliza en el dictado de una sentencia firme. Parece que ahí, a veces, abogados e incluso los mismos condenados, fruto seguramente de su desconocimiento, se olvidan de que empieza una nueva etapa *ex post* a la firmeza de la sentencia, que merece un conocimiento exhaustivo del procedimiento para poder conjugar prontamente todos los beneficios y mecanismos penitenciarios que la Ley ofrece. Y es que entre el ingreso y la salida de prisión se dan un centenar de situaciones (traslados, sanciones, permisos, enfermedades) que tornan vitales conocer los mecanismos necesarios para formular las respectivas quejas, recursos y peticiones.

No olvidemos que no sólo ingresan en prisión las personas condenadas a más de dos años de prisión, sino también hay órdenes de ingreso por impagos de multa (responsabilidad personal subsidiaria por impago) o por condenas de menor entidad que no han podido ser objeto de otro beneficio penal, como la suspensión o sustitución por una medida menos gravosa.

El derecho penitenciario es esencial para cualquier estado Democrático, y ello se plasma en el hecho de que la primera LO de la democracia española fue la LOGP 1/1979, dado que las prácticas que se llevaban a cabo en las prisiones antes de su publicación eran contrarias no sólo a la Constitución sino a todos los convenios internacionales sobre Derechos humanos.

¹⁸⁸ Concepción Arenal Pontel (Ferrol, 31 de enero de 1820 - Vigo, 4 de febrero de 1893) fue una importante escritora española realista vinculada al pionero movimiento feminista de finales del siglo XIX.

En cambio, el CP 1973 no fue reformado hasta 20 años después de la muerte de Franco, con la LO 10/1995. Es decir, que se podían imponer penas por delitos legislados en época no democrática pero su aplicación penitenciaria afectaba directamente a la Constitución. De ahí, la importancia del Derecho penitenciario para un estado democrático, pues es en esta fase donde debe observarse de forma más estricta si cabe el principio de legalidad para no vulnerar ningún Derecho fundamental.

Lo cierto es que concebida la pena como un mal necesario, sólo su necesidad puede explicar la dosis mínima de mal que es compatible con la Justicia. O, en otras palabras, fijada ya la pena, hay muchas formas de ejecutarla, y si la prevención y la retribución cobran protagonismo al tiempo de imponer las penas, debe primar el ideal de la reinserción.

Muchos estudios revelan que esa reinserción no puede venir sólo del miedo al castigo, pues los altos índices de reincidencia, a veces, delatan su insuficiencia.

Según las últimas estadísticas Penales del Consejo de Europa¹⁸⁹, las tasas de encarcelamiento más altas corresponden a los últimos países incorporados a la Unión Europea y procedentes de la antigua Europa del este. Pero si exceptuamos también a Luxemburgo, el país con la tasa más alta es España.

De hecho, España mantiene una de las políticas penales más duras de la Europa comunitaria en cuanto a la aplicación de medidas privativas de libertad debido a que las últimas reformas del CP han hecho subir de manera continua esta tasa.

Una pregunta que surge de estos datos es si la Unión Europea, en general, está endureciendo las políticas penales y penitenciarias. Es difícil establecer comparaciones entre diferentes países dado que ni todos miden lo mismo, ni la población es la misma, ni el tipo de delitos que se sancionan, por lo que no podemos decir que la tendencia a encarcelar más sea una respuesta general de toda la Unión Europea, pero sí que hay dos

¹⁸⁹ Un informe del Consejo de Europa del año 2012 muestra que la población reclusa es de 68.857, sólo superada por Reino Unido. El 7,6% son mujeres y el 33,6% extranjeros.

tendencias claramente diferenciadas. Un grupo de países que tradicionalmente tenían una tasa baja han endurecido sus políticas penales, aumentando el encarcelamiento en una proporción u otra, mientras que el grueso de países procedentes de la antigua Europa del este, que normalmente tenían unas tasas de encarcelamiento muy altas, las van suavizando de forma gradual.

De hecho, trece de los veintisiete países de la Unión Europea han aumentado las tasas de encarcelamiento a lo largo de estos últimos años. Coincide en gran parte con los países nórdicos, tradicionalmente más cuidadosos con las políticas sociales y también han aumentado en muchos de los países con más tradición europeísta. Mientras que siete de los países de la Unión Europea han disminuido las tasas de encarcelamiento a lo largo de los últimos años, como por ejemplo Irlanda, Alemania o Italia, dado que éste último aplicó una amnistía en el año 2006 a partir de la cual penados con menos de tres años de condena salieron de prisión, hecho que benefició a unos 12.000 internos, precisamente para aliviar la superpoblación presa.

Los casos de Francia y España se parecen al caso griego: ninguno de ellos ha previsto ampliar suficientemente los recursos penitenciarios para atender el aumento de internos, pero en el caso de España la situación es más grave porque su tasa de encarcelamiento ha crecido el doble que la de Francia. Es absolutamente contraproducente la sobrepoblación de los centros penitenciarios, ya que conlleva graves consecuencias en la vida digna de las prisiones y obstáculos para alcanzar el objetivo reinsertador de la pena.

España es el tercer país europeo con mayor población en sus cárceles con casi 142 presos por cada 100 plazas, sólo superado por Chipre y Serbia. Existe una tendencia en España de crear macro centros penitenciarios que no favorece el tratamiento penitenciario, sino que vulnera la recomendación legal de 350 presos por unidad, y esto fomenta limitar tanto los derechos como los deberes de los presos por la falta de medios existentes.

Posibles soluciones a ello, sería:

.- Limitar el uso de la prisión preventiva en aras al principio de proporcionalidad y con la aplicación de medidas menos gravosas que prevé la Ley, a saber retirada de pasaporte o comparecencias *apud acta* ante los juzgados o tribunales.

.- Incrementar la oferta educativa o formativa desvinculada del sistema punitivo premial que permita la creación de una verdadera posibilidad de reintegración y resocialización.

Así, el cumplimiento de las penas privativas de libertad debe estar orientado a la reeducación y a la reinserción social de los penados (arts. 25 CE y 1 LOGP). El precepto constitucional resocializador mantiene una doble exigencia.

Por un lado, el favorecimiento del contacto activo del preso con la sociedad, que exige a la Administración penitenciaria, a través de los beneficios penitenciarios, el mantenimiento de los vínculos familiares y sociales que tenía el ciudadano antes del ingreso en la cárcel.

Y por otro, la necesidad de evitar el desarraigo social que entorpezca el proceso de integración social. A este fin, le corresponde a Instituciones Penitenciarias que la cárcel de cumplimiento no origine un desarraigo motivado por la distancia geográfica entre la cárcel y el domicilio familiar. El desarraigo se intensifica cuando el condenado no puede comunicar con sus familiares por razones de índole económico, o cuando tampoco disponen de medios materiales para desplazarse hasta la cárcel. Dicha situación viene avalada no sólo por la precaria situación económica de la gran parte de las familias de los presos, sino también por múltiples estudios que significan que la frecuencia de las comunicaciones entre presos y familias cuando éstas residen en la misma provincia es casi el doble. A ello puede unirse que si el interno tiene una causa pendiente de enjuiciar se le ubique en una prisión de la demarcación del tribunal que enjuiciará su procedimiento, y, tal vez, alejado de su domicilio familiar.

Por ende, el incumplimiento de esta orientación constitucional genera situaciones de desarraigo que entorpecen la integración social y la recuperación

personal en el ámbito relacional y, consecuentemente, la importancia de la aplicación de la Jurisprudencia constitucional al respecto.

Por otro lado, debemos hablar de una *autonomía del derecho penitenciario*:

a) Por las **fuentes**: El derecho penitenciario cuenta con la LOGP 1/1979, de 26 de septiembre, y los reglamentos que la desarrollan, a saber el RP, aprobado por el RD 190/1996, de 9 de febrero, y los art. 108 a 111 y 124 del RD 1201/1981, de 8 de mayo, así como los art. 65 a 73 del RSP, aprobado, por el Decreto de 2 de febrero de 1956, en base a la disposición transitoria primera del RP, que reciben su legitimación de los arts. 25.2 y 9.3 CE¹⁹⁰.

b) Por el **objeto de conocimiento**: que lo constituye la regulación de la ejecución de las penas y, en concreto, la relación jurídico penitenciaria, llamada relación de sujeción especial por el TC¹⁹¹, de la que dimanen los derechos de los reclusos, como personas, ciudadanos e internos de una institución penitenciaria, pero también deberes frente a la administración, que, asimismo, debe velar por los reclusos, dada su posición de garantía.

c) Por una **jurisdicción especializada**: ya que los JVP son unos órganos especiales dentro de la jurisdicción penal, constituyendo una novedad clave en la LOGP la instauración *ex novo* del juez del JVP, en sus funciones de control de la legalidad de la actuación de la administración penitenciaria, ya que en el pasado correspondía a la administración general y en la actualidad a la judicial, cumpliendo así con el mandato constitucional del art.117.3 CE, así como respetando lo dispuesto en el 25 CE.

En la disposición adicional 5ª de la LOPJ, modificada por la LO 5/2003 y 7/2003, se distingue entre resoluciones del JVP en materia de ejecución de penas y en materia de régimen penitenciario. En las primeras es competente para conocer de los recursos de apelación y queja el tribunal sentenciador, y en las segundas, la AP que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento

¹⁹⁰ Debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del TC en materia penitenciaria, y del TEDH de Estrasburgo.

¹⁹¹ SSTC núm. 2/1987, de 21 de enero, núm. 61/1990 y núm. 120/1990.

penitenciario, salvo el caso de las sanciones disciplinarias en que no cabe recurso de apelación contra la resolución del JVP.

3. INGRESO EN PRISIÓN PARA EL CUMPLIMIENTO DE UNA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

El título II de la LOGP abarca todo lo que es el régimen penitenciario, empezando por lo que es la organización general, es decir, el ingreso en prisión, y comprendiendo también los derechos y deberes de los presos.

Para el ingreso en prisión de cualquier persona, es necesario que el tribunal sentenciador dicte una orden o mandamiento de ingreso para que pueda ingresar en la cárcel. Así, el ingreso de una persona en prisión se realiza mediante orden judicial de detención, mandamiento de prisión o sentencia firme dictada por la autoridad competente¹⁹².

Cualquier persona puede presentarse voluntariamente en cualquier centro del Estado español y tiene que ser admitida (art. 16.1 RP). El director de la cárcel tiene que comunicar, dentro de las 24h siguientes, al juez o tribunal que haya dictado la orden de ingreso que la persona condenada acaba de ingresar en prisión y se pedirá al juzgado o tribunal el mandamiento de prisión, el testimonio de la sentencia y la liquidación de condena.

Para las personas que no tengan la nacionalidad española, éstas tendrán el derecho de comunicar su ingreso en prisión al consulado de su país¹⁹³.

¹⁹² En el supuesto de que la orden de detención proceda de la Policía Judicial, en la misma deberá constar expresamente: los datos identificativos del detenido, el delito imputado, que se halle a disposición del Juez y el día de vencimiento del plazo máximo de detención.

¹⁹³ Reza el art. 15.5 RP: “*Los internos extranjeros tienen derecho a que se ponga en conocimiento de las autoridades diplomáticas o consulares correspondientes su ingreso en prisión. A tal fin, en el momento del ingreso, incluido el voluntario a que se refiere el artículo siguiente, se les informará de forma comprensible, a ser posible en su propio idioma, de este derecho, recabando por escrito su autorización para proceder, en su caso, a tal comunicación.*”.

En caso de ingresar en prisión tras recaer sentencia firme, el tribunal competente incoará la preceptiva ejecutoria mediante resolución en forma de Auto, y concederá un plazo, normalmente de diez días, para que el condenado ingrese en prisión de forma voluntaria¹⁹⁴.

Como quiera que el CP no establece un plazo determinado para el ingreso en prisión, la representación procesal del acusado podrá solicitar que se amplíe dicho plazo a fin de que el condenado pueda organizar sus temas personales y laborales¹⁹⁵.

En cambio, si el tribunal competente estima que no concurren en el interesado las circunstancias óptimas para aplazar el ingreso en prisión o, en su caso, que existe un riesgo de fuga latente, se denegará la solicitud mediante Auto que no será recurrible¹⁹⁶.

En cuanto al centro penitenciario para efectuar el ingreso, el condenado podrá acudir a cualquier prisión¹⁹⁷ y, en todos los casos, el centro debe admitirlo, ex art. 16.1 del RP. El director de la prisión dará cuenta, dentro de las veinticuatro horas siguientes, al juez o tribunal que haya dictado la orden de ingreso en prisión y recabará de éste el correspondiente mandamiento así como, en su caso, el testimonio de la sentencia y liquidación de la condena. Si transcurridas setenta y dos horas la prisión no hubiese recibido el mandamiento de ingreso, el penado quedará en libertad, según lo dispuesto en el art. 16.4 RP.

¹⁹⁴ AAP Barcelona, Secc. 8ª, de 18 de mayo de 2009, Ejec. núm. 39/2009, Pte. Barrientos Pacho, en el que se concede un plazo de diez días improrrogables para que la condenada ingrese en prisión tras denegarse la suspensión de la pena.

¹⁹⁵ AAP Barcelona, Secc. 2ª, de 18 de octubre de 2007, Ejec. 23/2007, Pte. Ingelmo Fernández, estima la petición de suspensión del plazo de ingreso en prisión por un plazo de tres meses, fundamentando en el Único FJ que *“Examinada la documentación que acompaña al escrito presentado por la representación del penado, y atendiendo que el reseñado convive en el domicilio paterno y que dadas las circunstancias económicas de la familia, constituyéndose en el soporte principal para el sustento familiar, con la aportación documental acreditativa de las obras que está realizando, cuyos ingresos irán destinados a salvaguardar la economía doméstica durante el tiempo de cumplimiento de la pena, conviene el Tribunal en acceder a lo peticionado, retrasando su ingreso en prisión y manteniendo el régimen de comparecencias ante esta Sala establecido en la pieza de situación personal”*.

¹⁹⁶ AAP Barcelona, Secc. 3ª, de 19 de junio de 2009, Ejec. núm. 50/2009, Pte. Valle Esqués, mediante el que se deniega el aplazamiento a un condenado habida cuenta la elevada pena a la que ha sido condenado y por un posible riesgo de fuga.

¹⁹⁷ En la actualidad, en España existen 161 Centros penitenciarios según información oficial de Instituciones penitenciarias.

Por el contrario, si transcurrido el plazo concedido por el tribunal sin que el reo ingrese en prisión, se acordará mediante Auto su detención, e ingreso directo, en un centro penitenciario.

Sin duda, el ingreso voluntario en prisión es fundamental ya que se tendrá en cuenta a la hora de conceder beneficios penitenciarios¹⁹⁸. De hecho, la presentación voluntaria deberá constar expresamente en el expediente penitenciario personal del interno, debiéndose facilitar certificación acreditativa de la misma si la persona presa lo solicitara al amparo del art. 16.2 RP.

De esta forma, presentarse de forma voluntaria puede ser positivo por varios motivos. Por un lado, se puede acudir a la cárcel que se quiere, aunque tras la clasificación el penado puede ser destinado a otro centro de cumplimiento; y por otro lado, la presentación voluntaria puede ser un elemento a tener en cuenta en la clasificación y en la concesión de permisos, toda vez que evidencia explícitamente la voluntad de la persona presa de someterse al control de la autoridad penitenciaria para el cumplimiento de la pena privativa de libertad, que puede ser valorada positivamente por la asunción de la responsabilidad por los hechos declarados probados en la sentencia. En este mismo sentido, para las ocasiones en que la administración penitenciaria deniegue un permiso o una progresión de grado o la libertad condicional con el argumento de que el penado no asume la responsabilidad por los hechos cometidos, siempre se puede alegar la presentación voluntaria como forma de asunción de la misma.

Para dicho ingreso conviene que, previa presentación en el juzgado o tribunal sentenciador, la persona ingrese con el testimonio de la sentencia condenatoria a fin de agilizar el proceso de clasificación¹⁹⁹.

¹⁹⁸ AAP Madrid, Secc. 5ª, núm. 1469/2003, de 19 de junio, Pte. Beltrán Núñez, por el que se concede la libertad condicional a un reo teniendo en cuenta efectuó un ingreso voluntario en prisión.

AAP Barcelona, Secc. 9ª, núm. 1356/2004, de 7 de enero, Pte. Vázquez Rodríguez, en el que se considera como una circunstancia favorable para su progresión a tercer grado la de haber ingresado de forma voluntaria.

¹⁹⁹ El testimonio se librará por parte del secretario judicial del tribunal o juzgado competente, a petición del propio interesado o de su representación procesal.

Al tiempo del ingreso, el preso tiene derecho a acceder a la hoja o ficha de situación personal donde constan las fechas de importancia legal²⁰⁰. Y en cualquier momento del cumplimiento de la condena, la persona puede solicitar que le den una certificación acreditativa de su presentación voluntaria y el director tiene la obligación de expedírsela (art. 16.2 RP).

3.1 Ingreso en prisión de mujeres que tengan hijos menores

Cuando una condenada ingrese con su hijo o hijos menores de edad, en estos casos, la dirección de la cárcel deberá admitirlas cuando los hijos con los que ingrese sean menores de tres años. Para ello, se deberá acreditar debidamente la filiación, así como que dicha situación no entraña riesgo para los niños.

Así, la decisión que se adopte se deberá comunicar al Ministerio Fiscal, según manda el art. 17.1 RP²⁰¹.

Si las mujeres presas hubiesen ingresado sin los hijos menores de tres años que estuviesen bajo su patria potestad, pueden, con posterioridad al ingreso, solicitar a la dirección de la cárcel que éstos permanezcan en su compañía en el interior de la misma. Esta solicitud se concederá siempre que se acredite debidamente la filiación y que tal situación no entrañe riesgo para los menores²⁰².

3.2 Trámites para el ingreso en prisión

Normalmente, salvo la presentación voluntaria, la persona detenida llega a prisión conducida en un vehículo celular proveniente de la sede policial o judicial competente. Nada más ingresar, se procede a comprobar su identificación. A estos efectos, la policía tiene obligación de contrastar la identidad del detenido, el

²⁰⁰ La primera cuarta parte para los permisos, la mitad de la pena a efectos de aplicar el periodo de seguridad, las dos terceras partes para la libertad condicional y finalmente el licenciamiento definitivo.

²⁰¹ El Ministerio Fiscal puede instar la aplicación de las medidas de protección, recogidas en la Ley 2/1987, de 11 de noviembre.

²⁰² En caso de conflicto entre los derechos del niño y de la madre, siempre prevalecerán los del menor de edad.

mandamiento de prisión en el anverso, si no con todas las huellas, al menos con la del dedo índice o pulgar de la mano derecha, e indicando de qué dedo se trata. Una vez en la prisión, los funcionarios de dactiloscopia han de contrastar la huella que figura en el mandamiento.

Posteriormente, se toma nota de la filiación completa (nombre, apellidos, dirección), y se efectúa la reseña dactilar que consiste en tomar la huella de todos los dedos de las dos manos²⁰³, así como también una reseña fotográfica.

Tras la toma de los datos de filiación, los funcionarios proceden a un cacheo personal y de los enseres, requisando todos los objetos no autorizados, tales como cuchillas de afeitar o cualquier otro objeto punzante que pudiera poner en riesgo la integridad de los presos.

Posteriormente, se conduce al reo a una celda del departamento de ingresos, donde será visitado por un médico, por el trabajador social y por el educador a fin de detectar áreas carenciales y necesidades de la misma, dentro de las veinticuatro horas siguientes. Estos profesionales emitirán informe sobre propuesta de separación interior o de traslado a otro centro, así como una planificación educativa, sociocultural, deportiva y actividades de desarrollo personal (art. 20.1 RP). Realizado el informe, se inscribe al reo en el libro de ingresos y se le abre un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria del que tendrá derecho a ser informado²⁰⁴.

El tiempo máximo de estancia en el departamento de ingresos será de cinco días y sólo podrá prolongarse por motivos de orden sanitario o para preservar su seguridad²⁰⁵.

²⁰³ En caso de que falte algún dedo o éste no pueda ser huellado, existen unas claves determinadas para dejar constancia de tal circunstancia.

²⁰⁴ Sólo cuando se recurra una resolución del centro penitenciario se abrirá Expediente ante el JVP.

²⁰⁵ De esta prolongación se dará cuenta al JVP, según reza el art. 20.3 RP.

3.3 Criterios para la distribución de los presos en departamentos

Los criterios de clasificación para la distribución de departamentos de destino del reo se resumen a cinco: el sexo, la edad (hasta 21, excepcionalmente hasta 25, serán destinados a módulos de jóvenes, de manera que sólo podrán ser trasladados a módulos de adultos poniéndolo en conocimiento del JVP), los antecedentes penales y penitenciarios, el carácter doloso del delito y el estado físico y mental del condenado.

Dichos escollos, lógicamente, dependerán de los módulos que tenga cada centro penitenciario. Cabe reseñar que si hombres y mujeres debieran compartir un mismo departamento, será preciso contar con el consentimiento de unos y otras.

La ley establece que deberán estar separados los hombres y las mujeres; los detenidos y presos provisionales de los condenados; los jóvenes de menos de 21 de los adultos; y los que presenten una enfermedad o deficiencia física o mental. Asimismo, el art. 19 LOGP establece que todos los internos se alojarán en celdas individuales, hecho este de imposible aplicación en ningún centro de España debido a la sobrepoblación presa actual.

4. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEBERES PENITENCIARIOS

La relación jurídico penitenciaria entre la administración y los presos surge desde el mismo momento en que el penado o el preso entra en una institución carcelaria y el propio TC dice que es una “*relación de sujeción especial*”²⁰⁶, lo que la doctrina alemana considera que es una relación más o menos singularizada en cuanto la administración penitenciaria adopta una posición de supremacía.

Pues bien, pese a esta posición de supremacía de la administración penitenciaria frente al recluso, la LOGP ha arbitrado todo un estatus jurídico del interno, de manera que la administración penitenciaria, a su vez, debe respetar los derechos de los presos,

²⁰⁶ SSTC núm.74/85 y núm. 2/87.

que son considerados sujetos de derecho y no meros objetos en manos de la administración.

Se parte de la idea esencial de que el único derecho fundamental que pierde al entrar en prisión es aquél que al que hace referencia la propia condena, esto es, la privación de libertad. Y además, la administración penitenciaria se torna en una posición de garantía respecto del interno, de su vida, integridad física o salud (art. 3.4 LOGP).

Por ende, de la relación jurídica penitenciaria recíproca deriva la necesidad de encomendar a un órgano determinado la protección y salvaguarda de los derechos de los internos frente a las omisiones o abusos de la otra parte, que es el JVP²⁰⁷ y que no pertenece a la administración penitenciaria como sucedía anteriormente.

La doctrina distingue por una parte entre los derechos fundamentales o constitucionales del interno, y los derechos estrictamente penitenciarios, tal y como a continuación desarrollaré.

4.1 Derechos fundamentales

Los Derechos fundamentales son los reconocidos en los art. 14 a 29 CE.

Uno de los derechos más abarcados por la Jurisprudencia es el **derecho a la información** relacionado con la información penal, penitenciaria, tratamiento y otros aspectos médicos concretos. Por ejemplo, penales, la última condena para solicitar la aplicación de la triple de la mayor o el límite de 20 años, si se han refundido o no las condenas, o la fecha de cancelación de las sanciones que se tengan.

El argumento constitucional para que la información solicitada se facilite es claro. En la STC núm. 76/1999, de 26 de abril, se establece que el art. 24 CE incluye

²⁰⁷ STC, de 30 de julio de 1983.

entre sus garantías la protección el derecho de todo litigante o encausado a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio. De no ser así, se le estaría ocasionando una situación de indefensión, susceptible de amparo constitucional.

Por su parte la STC núm. 297/1993, al tratar de una sanción penitenciaria impuesta a raíz de un expediente penitenciario, señaló que la ausencia de información acerca del material probatorio obrante en el expediente supuso una merma de las posibilidades de defensa.

Los internos también podrán solicitar información de carácter penitenciario los abogados una vez personados formalmente en el JVP.

Asimismo, los condenados a una pena privativa de libertad, siguen teniendo el derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE); el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16 CE); el derecho a la seguridad (art. 17 CE); el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18 CE); el derecho a la libertad de expresión, a recibir información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20 CE); el derecho al sufragio activo (art. 23 CE); el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24 CE, siendo la dignidad de la persona el soporte de todos los derechos constitucionales, fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 CE) y por ello el interno tiene el derecho a ser designado por su propio nombre (art. 3.5 LOGP).

También tienen derecho a la educación. El art. 25.2 CE recoge el derecho a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. De hecho, en cada establecimiento existirá una escuela, en la que se desarrollará la instrucción de los internos y, en especial, de los analfabetos y jóvenes. Y además, para que los internos puedan acceder al servicio público de la educación universitaria, será necesario que la administración penitenciaria suscriba los oportunos convenios con las universidades públicas.

Junto a dichos derechos cabe mencionar asimismo el derecho al trabajo remunerado (art. 25.2 CE y art. 4.2 f) del RP) estableciendo el art. 26 LOGP que el trabajo será considerado como un derecho y como un deber del interno, siendo elemento fundamental del tratamiento. El trabajo penitenciario se regula por el RD 782/2001 y tienen el deber de trabajar todas las personas penadas conforme a sus aptitudes físicas y mentales incluidos, lógicamente, los clasificados en primer grado, aunque su régimen de vida tenga un tiempo de jornada restringido. Quedan dispensados: los sometidos a tratamiento médico, los que padezcan incapacidad permanente, los mayores de sesenta y cinco años, los que perciban prestación de jubilación, las mujeres embarazadas y los presos preventivos.

Asimismo, los internos quedarán incluidos en el régimen general de la seguridad social y gozarán de la prestación de asistencia sanitaria y demás normas de la seguridad social y Estatuto de los trabajadores.

4.2 Derechos penitenciarios

Los Derechos penitenciarios se pueden subdividirlos en los siguientes:

- El derecho a recibir tratamiento penitenciario: es decir, la actividad directamente dirigida a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados (art. 59.1 LOGP). Se trata de un derecho porque el tratamiento ha de ser voluntario y no impuesto (art. 4.2 y 61 LOGP). El penado tiene el derecho a un estudio científico de su personalidad cada seis meses como máximo (art. 65.4 LOGP) y a no ser mantenido en un grado inferior.

- Tiene derecho a tener comunicaciones y visitas con sus familiares y a participar en las actividades y responsabilidades de la vida penitenciaria.

- A los beneficios penitenciarios, es decir, la redención de penas por el trabajo si es de aplicación el CP 1973, o el adelantamiento de la libertad condicional o a la tramitación de un indulto total o parcial si es de aplicación el CP 2015.

- Derecho a la clasificación de los penados, basada en el principio de individualización científica, determinando cada grado de tratamiento un determinado régimen y destino. Así, a los internos clasificados en primer grado se les hace aplicación de las normas de régimen cerrado, esto es, un régimen en que las medidas de control y seguridad son más estrictas; a los clasificados en segundo grado, se les aplica las normas del régimen ordinario de los establecimientos, y a los clasificados en tercer grado, salvo el régimen de tercer grado restringido, se les aplica las normas del régimen abierto. Además, también se pueden adoptar otros modelos de ejecución en que se combinen aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados como es el (art. 100.2 RP), siempre que se base en un programa específico de tratamiento, lo que constituye un modelo de ejecución flexible.

- Derecho a los permisos, que existen de dos tipos: los permisos ordinarios, como medios de preparación a una futura vida en libertad, mediante el otorgamiento al penado de cortos períodos de tiempo para ir asimilando su reincorporación a la sociedad (debiendo haber cumplido el penado la $\frac{1}{4}$ parte de la condena y no observar mala conducta y no haya riesgo de no volver a la prisión), y los permisos extraordinarios, como consecuencia de algún evento extraordinario (casos de fallecimiento, nacimiento, enfermedad muy grave de algún familiar directo, o ante importantes y comprobados motivos).

- Derecho a acceder y disfrutar de las prestaciones públicas (art. 4.2 g) RP).

- Derecho a una asistencia sanitaria, puesto que la administración penitenciaria debe velar por su vida, integridad y salud (art. 3.4 LOGP). En cualquier prisión se debe garantizar una sanidad equivalente a la dispensada al conjunto de la población libre, así como una prestación farmacéutica; y en cada centro existirá al menos un médico general, con conocimientos en salud mental y física, así como un odontólogo y el personal auxiliar adecuado.

En los casos de gravedad, el propio preso es quien hablará con el médico de prisión quien decidirá la necesidad de ser trasladado a un hospital penitenciario y una

vez aprobada la consulta con la dirección, la fuerza pública se encargará de la conducción y posterior custodia del enfermo (art. 35.2 RP).

Finalmente, es sabido por todos que la huelga de hambre es uno de los métodos que se utilizan por los ciudadanos en prisión para reivindicar situaciones de vulneración de derechos tanto colectiva como individualmente. El médico de la cárcel tiene que emitir un informe de seguimiento en el que conste los datos del interno, edad, fecha de inicio, el motivo y sus constantes, y sólo con la autorización del JVP, en caso de que peligre la vida del interno, se podrá dar un tratamiento médico o alimentar de forma forzosa.

Uno de los casos más sonados de huelga de hambre en España fue el del etarra De Juana Chaos. El 7 de agosto de 2006, en pleno alto el fuego de ETA inició una huelga de hambre contra lo que consideraba una cadena perpetua, en base a la aplicación de la doctrina Parot. El 16 de noviembre la Audiencia Nacional autorizó controles médicos para velar por su salud y el 24 de noviembre se ordenó su traslado a al Hospital 12 de octubre de Madrid, comenzando a ser alimentado en contra de su voluntad el 12 de diciembre.

El 23 de enero de 2007 los médicos que le atendían manifestaron que podía morir en cualquier momento y el 12 de febrero de 2007 el TS, a petición de la Fiscalía, rebajó su condena de 12 a 3 años, si bien De Juana declaró que no abandonaría su huelga de hambre hasta no ser puesto en libertad.

El 23 de febrero, De Juana se retiró la sonda por la que era alimentado y el 1 de marzo, el Ministerio de Interior, resolvió concederle la prisión atenuada, lo que implicó su traslado a un hospital del País Vasco y su posterior reclusión en su domicilio particular. Tras serle concedida la prisión atenuada, De Juana abandonó la huelga de hambre.

Los reclusos, para la efectividad de sus derechos, tienen siempre el derecho a efectuar peticiones y quejas ante el JVP, que constituye el garante de los derechos de los internos.

4.3 Deberes penitenciarios

Pero los reclusos también tienen sus deberes, que vienen establecidos en el art. 4 LOGP, consistentes en:

- Permanecer en el establecimiento a disposición de la autoridad que hubiere decretado su internamiento o para cumplir las condenas que se les impongan, hasta el momento de su liberación.
- Acatar las normas de régimen interior, reguladoras de la vida del establecimiento, cumpliendo las sanciones disciplinarias que les sean impuestas en el caso de infracción de aquéllas, y de conformidad con lo establecido en el art. 44.
- Mantener una normal actitud de respeto y consideración con los funcionarios de instituciones penitenciarias y autoridades judiciales o de otro orden, tanto dentro de los establecimientos penitenciarios como fuera de ellos con ocasión de traslado, conducciones o prácticas de diligencias.
- Observar una conducta correcta con sus compañeros de internamientos.

5. TRATAMIENTO Y CLASIFICACIÓN

El tratamiento penitenciario, según viene definido en los arts. 59 y ss LOGP, es el conjunto de actividades culturales, educativas, deportivas y terapéuticas encaminadas a la consecución de los fines de reeducación y reinserción establecidos constitucionalmente para las penas privativas de libertad.

Para la consecución de la finalidad resocializadora de la pena²⁰⁸, el art. 110 RP dispone que *“Para la consecución de la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad, la Administración Penitenciaria:*

- a. Diseñará programas formativos orientados a desarrollar las aptitudes de los internos, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas o profesionales y compensar sus carencias.*
- b. Utilizará los programas y las técnicas de carácter psicosocial que vayan orientadas a mejorar las capacidades de los internos y a abordar aquellas problemáticas específicas que puedan haber influido en su comportamiento delictivo anterior.*
- c. Potenciará y facilitará los contactos del interno con el exterior contando, siempre que sea posible, con los recursos de la comunidad como instrumentos fundamentales en las tareas de reinserción.”.*

Por otra parte, los principios que deben regir el tratamiento están regulados en el art. 62 LOGP, y son los siguientes:

“a) Estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma, que se recogerá en el protocolo del interno.

b) Guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial, que serán emitidos tomando como base una consideración ponderada del enjuiciamiento global a que se refiere el apartado anterior, así como el resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales, del sujeto.

²⁰⁸ AAP Castellón, núm. 268/2003, de 22 de octubre, Pte. Antón Blanco, en el que se enfatiza la necesidad de atender a la finalidad reeducativa y resocializadora de la pena.

c) Será individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno.

d) En general será complejo, exigiendo la integración de varios de los métodos citados en una dirección de conjunto y en el marco del régimen adecuado.

e) Será programado, fijándose el plan general que deberá seguirse en su ejecución, la intensidad mayor o menor en la aplicación de cada método de tratamiento y la distribución de los quehaceres concretos integrantes del mismo entre los diversos especialistas y educadores.

f) Será de carácter continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena.”

Si bien, en la práctica resulta difícil la aplicación de los principios legales anteriormente expuestos. Y es que la masificación y exceso de población presa en las cárceles españolas hace que el tratamiento sea prácticamente inexistente, habida cuenta no existe ni suficiente personal ni medios para ello.

Además, la persona condenada, primaria penitenciarmente, tiene que afrontar una situación desconocida, en la mayoría de casos de incierta duración, en la que no sabe con exactitud cuándo iniciará a gozar beneficios penitenciarios.

5.1 Requisitos legales de observación

A fin de tomar los datos necesarios para la clasificación penitenciaria en grados es necesario un período de observación²⁰⁹. Éste, según la ley penitenciaria, consistirá

²⁰⁹ AAP La Rioja, núm. 183/2001, de 17 de diciembre, Pte. Mota Bello, respecto al periodo de observación se tendrá igualmente en cuenta requisitos objetivos como son la lejanía del cumplimiento definitivo de la pena o el historial delictivo del preso.

respecto de los presos preventivos en recoger datos documentales, a través de entrevistas y de la observación directa del comportamiento, ex. art. 64.1 LOGP.

Deberá formularse, junto con todos los datos recogidos, una valoración del tipo criminólogo, un diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social, así como una propuesta de grado de tratamiento que deberá ser motivada y de destino tipo de establecimiento que corresponda (art. 64.2 LOGP). Además, en el protocolo de clasificación, deberá constar un programa individualizado de tratamiento, que deberá recoger las necesidades y carencias diagnosticadas en el interno. En el programa se señalarán también expresamente los programas específicos de tratamiento (por delitos sexuales, violentos o toxicómanos), destinos, nivel de actividades, programas educativos, trabajo y actividades ocupacionales o de otro tipo que deba seguir el preso (art. 103.3 RP).

En los protocolos de personalidad no siempre figuran esos datos (en algunos casos ni siquiera eso), cosa distinta es como se han conseguido y, si son realmente el reflejo de la personalidad y circunstancias del interno, ya que, con frecuencia, se elaboran con escaso conocimiento del interno dado, insisto, a la falta de medios y personal que hay actualmente en las cárceles españolas.

5.2 Criterios legales de clasificación

El art. 63 LOGP, y usando las mismas palabras el art. 102.2 RP, dispone que la clasificación debe tomar en cuenta:

- a) La personalidad del reo.
- b) El historial individual, familiar, social y delictivo del interno.
- c) La duración de la pena y medidas penales en su caso.
- d) El medio al que retornará.
- e) Los recursos, facilidades y dificultades existentes para el buen éxito del tratamiento.

Todos estos elementos no son sino conceptos jurídicos indeterminados, que posibilitan la discrecionalidad más absoluta de la administración, que a veces da pie a dictar resoluciones con modelos que no dejan de ser estereotipados.

La atribución de este poder discrecional a la administración no es una cuestión actual sino que se viene discutiendo desde hace más de cien años, así en la *Memoria dirigida al Ministro de la Gobernación*, explicativa de las discusiones y acuerdos adoptados en el Congreso Penitenciario de Estocolmo en agosto de 1878, LASTRES²¹⁰, exponía que "el problema de si la ley debe determinar el modo de cumplir la pena, o si debe dejarse a la administración de las prisiones un poder discrecional, había sido tratado en el Congreso de Londres (celebrado en 1872); pero como nada se decidió sobre el particular, a pesar de que la mayoría de los oradores se inclinaba a una contestación negativa, creyó el comité organizador del de Estocolmo, que debía llevarse de nuevo al programa".

5.3 Clasificación inicial

Desde que un penado ingresa en un centro penitenciario debe realizarse por la junta de tratamiento²¹¹ la propuesta de clasificación inicial en un período máximo de dos meses, a contar desde la recepción del testimonio de la sentencia. Esta propuesta va incluida en un protocolo de clasificación que contiene la atribución de grado, con el razonamiento correspondiente y el programa individualizado de tratamiento, expresando los destinos, actividades, programas educativos, trabajos o actividades ocupacionales que debe seguir el penado.

²¹⁰ Congreso Penitenciario de Stockolmo. Memoria dirigida al Excmo. Sr. Ministro de la Gobernación por el Ilmo. Sr. D. Francisco Lastres, individuo de la Junta de reforma penitenciaria, y representante de España en aquella Asamblea. *Imprenta Nacional*, Madrid, 1879.

²¹¹ El art. 272 del RP indica que la junta de tratamiento estará presidida por el *Director del Centro penitenciario y compuesta por los siguientes miembros: a) El Subdirector de Tratamiento. b) El Subdirector Médico o Jefe de Los Servicios Médicos. c) Los Técnicos de Instituciones Penitenciarias que hayan intervenido, en su caso, en las propuestas sobre las que se delibere. d) El Director de la Unidad Docente o, en su caso, el Pedagogo. e) El Coordinador de los servicios sociales penitenciarios del Centro. f) Un Educador, que haya intervenido en las propuestas.*

Conviene señalar que mientras la clasificación inicial propuesta por la junta del centro penitenciario correspondiente será susceptible de recurso ante el JVP correspondiente, y en apelación al tribunal sentenciador; el mantenimiento de grado lo será en primer lugar, ex. art. 105.2 RP a Instituciones penitenciarias, y en segunda y tercera instancia al JVP y tribunal sentenciador, respectivamente.

El centro directivo resolverá sobre la propuesta en el plazo de dos meses desde su recepción. Cuando se trate de penados con condenas de hasta un año, la propuesta de clasificación inicial formulada por la junta de tratamiento, adoptada por acuerdo unánime de sus miembros, tendrá la consideración de resolución inicial, salvo que se propusiera la clasificación en primer grado. En los demás supuestos, las resoluciones de clasificación se notificarán personalmente al penado y al Ministerio Fiscal, quienes podrán recurrir ante el JVP²¹².

No existe ningún óbice legal para que la clasificación inicial se realice el primer día de cumplimiento de la condena. El art. 251 del RP de 1981, consideraba que el tiempo mínimo *"de conocimiento del interno"* no podía ser inferior a dos meses. Esto fue modificado por el RD 1767/93, de 8 de octubre, que estableció que *"el tiempo de estudio en el centro que haga la propuesta será el suficiente para que se obtenga un adecuado conocimiento del interno"*.

Así las cosas, el art. 104.3 RP dispone que *"para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el art. 102.2, valorándose especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado"*. En definitiva, no regula ningún período mínimo para hacer la propuesta.

²¹² El JVP no puede de oficio revisar la clasificación, sino que debe ser elevada previamente por el centro o en su caso por Instituciones penitenciarias.

5.4 Grados penitenciarios

Según lo dispuesto en el art. 100 RP: *"Los grados serán nominados correlativamente, de manera que el primero se corresponda con un régimen en el que las medidas de control y seguridad serán más estrictas, el segundo con el régimen ordinario y el tercero con el régimen abierto"*.

Actualmente, todas las resoluciones dictadas por el JVP de cada demarcación judicial relativas a la clasificación en grados penitenciarios de los internos son recurribles en queja y apelación ante el tribunal sentenciador encargado de la ejecución de la condena²¹³.

a) Régimen cerrado o primer grado

El régimen cerrado se aplica a los penados clasificados en primer grado, es decir, a aquellos reos peligrosos o inadaptados al régimen ordinario²¹⁴. Dicho régimen se caracteriza por el cumplimiento en celdas individuales, con limitación de actividades en común y con un mayor control de los internos. Tiene dos modalidades según sean inadaptados, a quienes se internará en módulos de régimen cerrado en el que disfrutan de un mínimo de cuatro horas de vida en común y pueden realizar actividades con otros internos, o peligrosos, a quienes se interna en departamentos especiales, donde disfrutan de un mínimo de tres horas de salida al patio, donde no podrán permanecer más de dos internos juntos²¹⁵.

Las personas clasificadas en primer grado tienen cacheos diarios, y toda la actividad de tratamiento va dirigida en la adaptación de un futuro régimen ordinario.

²¹³ Acuerdo del Pleno del TS, Sala 2ª, de 28 de junio de 2002.

²¹⁴ AAP Tarragona, Secc. 2ª, núm. 438/2008, de 2 de septiembre, Pte. Uceda Sales, por el que se regresa a primer grado a una interna por su inestabilidad conductual reflejada en los numerosos expedientes disciplinarios incoados.

²¹⁵ AAP Barcelona, Secc. 9ª, núm. 1089/2005, de 5 de diciembre de 2006, Pte. Torras Coll, regresión a primer grado en régimen especial por grave agresión en zona vital a otro interno.

Se consideran peligrosos a los penados que hayan sido autores o inductores de alteraciones regimentales muy graves, que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los funcionarios, autoridades, otros internos o personas ajenas, y en las que se evidencie una peligrosidad extrema, según establece el art. 91.3 RP. Los clasificados en primer grado no pueden disfrutar de permisos de salida ordinarios, pero sí pueden hacerlo en circunstancias extraordinarias, con las medidas de seguridad adecuadas.

b) Régimen ordinario o segundo grado

El apartado tercero del art. 102 RP establece que serán clasificados en segundo grado los penados en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento en semilibertad²¹⁶.

El régimen ordinario, aplicable a los clasificados en segundo grado, se caracteriza por el imperio de los principios de seguridad, orden y disciplina, ex art. 76.1 RP, y el trabajo y la formación tienen la consideración de actividades básicas en los centros. Los centros de reclusión ordinarios tienen un horario estricto, en el que se garantiza un descanso nocturno de ocho horas, y dos horas para atender asuntos propios a los internos, así como tiempo suficiente para atender actividades culturales y terapéuticas, y para las comunicaciones con el exterior.

Los penados clasificados en segundo grado pueden disfrutar de permisos de salida ordinarios de hasta treinta y seis días al año, y de permisos extraordinarios cuando se producen circunstancias extraordinarias.

Finalmente, el art. 100.2 RP introduce el llamado principio de flexibilidad²¹⁷, adoptando respecto a cada penado un modelo de ejecución en el que puedan combinarse

²¹⁶ AAP Vizcaya, Secc. 2ª, de 5 de febrero de 2008, Pte. Ayo Fernández, mantenimiento en segundo grado a un interno porque debe realizar un tratamiento en el centro debido a su drogodependencia. Además, se valora igualmente la lejanía del cumplimiento definitivo de la pena.

²¹⁷ Así, conforme a lo establecido en el art. 63 LOGP, para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo

aspectos característicos de cada uno de los grados de clasificación. Ello permite la incorporación progresiva al medio abierto de penados clasificados en segundo grado de tratamiento, siempre que cumpla, sobre todo, con condiciones laborales que aboguen por su concesión.

Conforme al art. 100.2 RP, con el fin de hacer más flexible el sistema, el equipo técnico podrá proponer a la junta de tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los grados penitenciarios, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del JVP²¹⁸ correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad por parte del centro penitenciario con autorización del subdirector del mismo.

c) Régimen abierto o tercer grado

El art. 102.4 RP señala que serán clasificados en tercer grado los penados que por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad.

Ciertamente, las posibilidades de reinserción laboral y la estabilidad personal, social y familiar del interno serán tenidas en cuentas para la concesión del grado más beneficioso²¹⁹. A ello se sumarán, las circunstancias personales del interno, tanto a nivel físico como psíquico²²⁰.

régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél.

²¹⁸ AJVP núm. 4 Barcelona, de 10 de marzo de 2011, por el que se aprueba la aplicación a un interno del régimen del art. 100.2 RP.

²¹⁹ AAP Barcelona, Secc. 9ª, núm. 503/2007, de 15 de septiembre, Pte. Jiménez Jiménez, en el que se acuerda la clasificación en tercer grado a un interno con un fuerte deterioro personal tanto a nivel físico como emocional.

²²⁰ AJVP Navarra, Expediente núm. 421/1999, de 10 de junio de 1999, donde se tiene en cuenta para la concesión del tercer grado la existencia de vinculación familiar del interno que favorece su reinserción social y AAP La Rioja, núm. 239/2007, de 22 de noviembre, Pte. Saenz de Jubera Higuero.

El tercer grado se puede cumplir en un centro abierto o de inserción social, en secciones abiertas de un centro penitenciario polivalente o en unidades dependientes²²¹, consistentes en instalaciones residenciales situadas fuera de los recintos penitenciarios e incorporadas funcionalmente a la administración penitenciaria, mediante la colaboración de las entidades públicas o privadas (art. 80.4 RP).

La ejecución de un programa individualizado de tratamiento es lo que determina el destino concreto de cada penado. Para acudir a una unidad dependiente se requiere la aceptación expresa del reo ya que la vida en este régimen se caracteriza por la atenuación de las medidas de control, la autorresponsabilidad, la normalización social y la integración del interno.

La permanencia en un centro de régimen abierto es de ocho horas diarias, generalmente nocturnas, cuatro noches por semana, disfrutando de permisos de fin de semana desde las dieciséis horas del viernes hasta las ocho horas del lunes, pudiendo variarse según el horario laboral. También se disfrutan como libres los días festivos. Además de estos se pueden obtener permisos ordinarios de salida de hasta cuarenta y ocho días al año, sin perjuicio de poder disfrutar además de permisos extraordinarios. Esta es la norma general del régimen abierto, y excepcionalmente, con horarios distintos si así lo aprueba el centro directivo.

El RP, además, ha previsto un régimen abierto sin necesidad de acudir a ningún centro. Así, el art. 86.4 RP, establece esta posibilidad cuando *"de modo voluntario, el interno acepte el control de su presencia fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente, en cuyo caso solo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales"*. Con esto se consagra una modalidad de cumplimiento de la pena privativa de libertad sin

²²¹ El art. 165 RP define las unidades dependientes diciendo que *"son unidades arquitectónicamente ubicadas fuera del recinto de los Centros penitenciarios, preferentemente en viviendas ordinarias del entorno comunitario, sin ningún signo de distinción externa relativo a su dedicación"*.

privación de libertad. Así, queda total y absolutamente desnaturalizada esta pena, y en esta modalidad de cumplimiento se constituye en una pena mucho más leve que cualquiera otra que prive al reo de derechos.

Enfatizar que la legislación penitenciaria no establece ningún límite temporal para la clasificación en tercer grado de tratamiento, a diferencia de los permisos de salida, para los que se exige el cumplimiento de la primera cuarta parte de la condena²²².

El régimen abierto tiene una subespecie denominada régimen abierto restringido, que se aplica a penados de tercer grado con peculiar trayectoria delictiva, personalidad anómala o condiciones personales especiales²²³. En esta modalidad la junta de tratamiento determina el régimen de vida de cada interno, estableciendo las condiciones, controles y medios de tutela que se deban observar regulados en el art. 82 RP.

Finalmente, hay que enfatizar que el régimen abierto regular, con régimen de vida al exterior, exige que el penado desempeñe algún trabajo remunerado en el exterior. Pero esta regla tiene una excepción, llamativa en el caso de las mujeres, pues el párrafo segundo del art. 82 RP, autoriza el régimen externo de mujeres que carezcan de trabajo cuando conste *"que va a desempeñar efectivamente las labores de trabajo doméstico en su domicilio familiar"*. En la práctica, ningún hombre solicita acogerse a esta modalidad o tampoco se ha denunciado la discriminación por razón del sexo que implica esta medida.

5.5 Revisión de grado

La revisión de grado penitenciario deberá hacerse cada seis meses como máximo, y se deberá notificar personalmente la resolución al interesado, según dispone el art. 105.1 RP. Si bien, nada impide que la clasificación pueda realizarse antes, es más,

²²² AJVP núm. 4 Barcelona, Exp. núm. 23.116, de 7 de julio de 2009, en el que se confirma la propuesta de clasificación en tercer grado elevada por al Junta de tratamiento a un interno con una pena elevada, si bien, sus circunstancias personales, sociales y laborales, así lo aconsejan.

²²³ AAP Madrid, Secc. 5ª, núm. 4034/2008, de 5 de noviembre, Pte. Sainz de Robles Santa Cecilia, en el que se acuerda la concesión a un interno del tercer grado restringido que pasará a ser pleno cuando acredite disponer de un puesto de trabajo en el exterior.

el principio de individualización científica exigirá un seguimiento más cercano que puede demandar modificaciones en el grado de clasificación.

Cuando la junta de tratamiento no considere oportuno proponer al centro directivo cambio del grado asignado en su día, se notificará la decisión motivada al interno, quien podrá solicitar la remisión del correspondiente informe al centro directivo para que resuelva la procedente sobre el mantenimiento o cambio de grado. La resolución del centro directivo se notificará al interno con indicación del derecho a acudir en recurso de alzada ante el JVP (arts. 105.1 y 2 RP).

Cuando se reitere por segunda vez la clasificación de primer grado, la persona presa podrá solicitar que la próxima se haga en la central de observación. El mismo derecho tiene quien encontrándose en segundo grado haya cumplido la mitad de la condena, según reza el art. 105.3 RP.

La central de observación en la actualidad no tiene ocupación física. Existe en la Dirección General un equipo de técnicos que se trasladan a los centros penitenciarios para el estudio de los penados. Tras el cierre de la Central de Observación Penitenciaria de Madrid, el carácter ambulante de los técnicos y la naturaleza más cuantitativa que cualitativa de las herramientas de evaluación empleadas ha conllevado serias críticas sobre el rigor de las evaluaciones de esta Central ambulatoria.

Cuando el tratamiento haya concluido o esté próxima la libertad del interno, se emitirá un informe de pronóstico final en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad que será tenido en cuenta para la concesión de la libertad condicional²²⁴.

²²⁴ Reza el art. 67 LOGP que “concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional”.

Difícilmente pueden conseguirse exitosos resultados del tratamiento cuándo en la actualidad apenas existe, siendo aún más difícil predecir una conducta en el futuro cuando no se cuenta con los datos suficientes sobre la persona. De hecho, en las prisiones grandes, el desconocimiento de las personas presas por parte de los miembros del equipo de tratamiento es aún mayor.

Ello ha llevado a la administración a instaurar cursos específicos de tratamiento según la modalidad delictiva y características del penado. Así, los cursos DEVI por delitos violentos o VIDO por los cometidos en violencia doméstica, o de tipo toxicológico, son impuestos a penados que retardan su salida hasta la aprobación exitosa del programa.

5.6 Progresión de grado

La progresión en grado según la Ley, dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad relacionados con la actividad delictiva. Esta situación se manifestará en la conducta global del interno, según lo establecido en los arts. 65.2 LOGP y 106.1 y 2 RP.

Según CONDE²²⁵, la realidad sociológica de la cárcel en nada es parecida a la vida social en libertad. De hecho, existe una despersonalización y una desocialización del preso dentro de la institución penitenciaria que desautoriza la inferencia precipitada de conclusiones obtenidas en el medio carcelario y su automática proyección en forma de pronóstico de vida en libertad.

De tal manera que, aunque la conducta de algunas personas presas sea buena y adaptada al régimen penitenciario, ello no supone necesariamente que estos sean capaces de vivir en libertad respetando la Ley. Contrariamente, existen internos que adoptan conductas de reivindicación y de enfrentamiento a la institución penitenciaria pero que no necesariamente son acreedores de un mal pronóstico de vida honrada en

²²⁵ CONDE, M., *Derecho penitenciario vivido*, Ediciones Comares, 2006, pág. 47.

libertad. La llamada falacia penitenciaria tiende a etiquetar a las personas presas y a formular pronósticos principalmente desde la perspectiva disciplinar.

Así, en la práctica, uno de los factores esenciales para la clasificación penitenciaria y la progresión de grado es la aceptación por el preso del sistema de valores carcelarios, basados en la negación de toda iniciativa propia y en la obediencia ciega a la autoridad así como a los programas que les propongan realizar. Como quiera que el tratamiento, con frecuencia, es apenas inexistente, la clasificación dependerá en gran parte del periodo que le reste al interno para alcanzar las tres cuartas partes de la condena y de su conducta en la cárcel²²⁶.

Sería conveniente tomar en consideración preferentemente para la progresión de grado otros elementos, tales como apoyos sociales, familiares, superación de la toxicomanía, introyección de pautas normalizadas, cambios de actitudes personales, el arrepentimiento del sujeto, la eventual reparación del daño. Estos elementos en la práctica sólo tienen un papel subsidiario respecto de la conducta y del tiempo que reste de condena, y sobre todo, insisto, la instauración de los cursos en los últimos años ha conllevado un auténtico retraso en la salida de los internos.

5.7 Regresión de grado

La regresión en grado procederá cuando exista una evolución desfavorable en el pronóstico de integración social, en la personalidad o en la conducta de la persona presa (arts. 65.3 LOGP y 106.3 RP).

De las tres variables, la más difícil de concretar es la evolución negativa de la personalidad, ya que es complicado, por no decir imposible, determinar qué variables se adoptan para definir la personalidad o qué elementos tiene la prisión para un detallado estudio de la misma.

²²⁶ AAP Madrid, Secc. 5ª, núm. 3060/2007, de 11 de julio, Pte. Fabiá Mir, en el que se acuerda la progresión a tercer grado a un interno con buena evolución, disfrute de permisos responsable, que participa en las actividades del centro y que se aproxima a las ¾ partes de la condena.

Resulta más fácil determinar las otras dos variables, pero deben analizarse desde un punto de vista global de toda la situación social, personal y penitenciaria de la persona presa. Así, por ejemplo, la ley señala que se trata de enjuiciar una conducta y no de hacer un pronóstico a partir de un dato o hecho (entre otras, introducir hachís para autoconsumo en un centro de régimen abierto).

En ocasiones, de la valoración de los datos que la cárcel utiliza para proponer una regresión de grado se deduce que la actuación de la persona presa merece un reproche disciplinario, pero no la regresión de grado. Para no caer en este error se trataría de realizar una valoración global de la conducta. A este fin, habrá que analizar toda la trayectoria penitenciaria y personal mantenida durante el cumplimiento de la condena valorando, junto al hecho negativo que puede motivar la regresión, los demás datos que sean positivos en orden a la reinserción social.

Por ejemplo, una revocación clara sería si estando clasificado en tercer grado (art. 182 RP), se abandonara el tratamiento de rehabilitación, incumpliendo así las condiciones marcadas, ya que se acredita que nuevamente ha consumido drogas²²⁷.

A veces, la regresión supone una medida desproporcionada a la valoración de conducta e integración social del penado, utilizándose por la administración penitenciaria, con mucha frecuencia, como medio meramente sancionador, en vez de aplicarse para estos fines el régimen disciplinario penitenciario que debe aplicarse en otros casos.

Además, una regresión de grado, con los perjuicios que supone, debería partir de ciertas premisas, tal y como señala la jurisprudencia²²⁸. En primer lugar ha de considerarse que en un sistema progresivo de cumplimiento de las penas, la progresión ha de ser la norma y la regresión la excepción. En segundo lugar, la ejecución de la pena se rige por la idea de sancionar todo lo necesario, pero solamente lo mínimo

²²⁷ AAP Ciudad Real, Secc. 2ª, núm. 2/2008, de 28 de enero.

²²⁸ AAP Madrid, Secc. 5ª, núm. 1192/1998, de 19 de octubre.

posible, en base al principio de intervención mínima del Derecho penal que lógicamente también es extensible a la fase de ejecución.

En ocasiones, cuando a determinadas personas se les clasifica en tercer grado a efectos de concesión de libertad condicional por enfermedad grave e incurable (art. 104.1 RP), si posteriormente se deniega ésta, se dicta por parte de la cárcel una propuesta de resolución de regresión de grado. En estos casos, el centro directivo a veces estima la regresión a segundo grado. Peor esta práctica resulta ilegal tal y como recoge el AJVP de Oviedo, de 2 de abril de 1997.

Otra situación similar se resuelve en el AAP de Madrid, Secc. 5ª, 341/1999, de 17 de marzo, que denuncia otro ejemplo de actuación arbitraria y claramente ilegal de la administración penitenciaria.

En la práctica, la regresión de tercero a segundo grado se produce por el incumplimiento de las condiciones impuestas por el régimen de vida, a saber por incumplir los horarios de regreso, irregularidades manifiestas en la actividad laboral o en el programa de tratamiento de drogodependencias u otros; por la comisión de un presunto delito durante alguna salida autorizada o, lógicamente por no reingresar a prisión.

En otro orden de cosas, en ningún caso se puede regresar a una persona de grado por tener otros procesos penales pendientes, ni porque aparezcan nuevas condenas por hechos cometidos con anterioridad al ingreso en prisión, puesto que el principio de presunción de inocencia es el que debe primar en este tipo de supuestos²²⁹.

El recurso ante la regresión de grado debe interponerse ante el JVP. Si el juez desestima el recurso puede interponerse ante el mismo reforma, y si éste se vuelve a desestimar, de apelación ante la AP.

²²⁹ AAP Madrid, Secc. 5ª, núm. 375/1998, de 1 de abril.

En el contenido de los recursos es muy importante explicar e incidir en todas las circunstancias concretas que concurren en el preso, ya sean personales, sociales, familiares, terapéuticas que deberán acreditarse a través de informes o de la correspondiente documentación que pueda facilitar la familia del interno.

Además, el JVP podrá acordar, además de los informes emitidos por la junta de tratamiento, otras diligencias de prueba, como informes forenses o de aquellos expertos que estime conveniente, tanto a instancia de él mismo como a solicitud de algunas de las partes.

5.8 Mantenimiento de grado

Cuando se notifique el mantenimiento de grado, primero debe recurrirse ante la Dirección General de Instituciones Penitenciarias a fin de que se pronuncie sobre el mantenimiento o progresión de grado. Dicha resolución es recurrible, posteriormente, ante el JVP (art. 105.2 RP) y la resolución del juez, en su caso, recurrible en reforma y con posterioridad o directamente en apelación.

Este sistema, lejos de agilizar el procedimiento, lo dilata indebidamente, perjudicando notoriamente a los penados, sobre todo a aquellos que tengan cumplidas las tres cuartas partes para la libertad condicional o estén muy próximos a ella y tengan buena conducta. No obstante, si a los tres meses de interpuesto recurso ante la Dirección General, no se obtiene respuesta, se puede interponer el recurso ante el JVP por silencio administrativo²³⁰.

Cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, a saber con penas que superen los cinco años de prisión, el recurso tendrá efecto suspensivo e impedirá la puesta en libertad del reo hasta la resolución del recurso

²³⁰ Disposición adicional cuarta del RD 1879/1994.

Este sistema es claramente criticado por la doctrina ya que parece se desconfié de la resolución del JVP, además de la consecuente demora que debe transcurrir a la espera de que se pronuncie la AP correspondiente.

En caso de que el auto del JVP no fuere recurrido por el Fiscal, a fin de que la progresión se haga efectiva tiene que llegar al centro penitenciario el auto de firmeza de la resolución del JVP.

Ocurre, con cierta frecuencia, que desde que la administración penitenciaria dicta una resolución hasta que el JVP y, posteriormente, en caso de recurso, la AP resuelvan el mismo, transcurren varios meses. Durante este tiempo, es posible que hayan ocurridos actos, hechos o aparezcan datos que puedan ser tenidos en cuenta para resolver el recurso. Este cambio puede ser en positivo en comparación con el momento en que la administración penitenciaria dictó la resolución recurrida, en el sentido de que exista una evolución personal positiva, o en el tratamiento, o una cancelación de sanciones disciplinarias, etc. Pues bien, en principio, tanto la cárcel, como el Ministerio Fiscal, mantienen que la resolución solamente puede tener en cuenta los datos que existían en el momento que la cárcel dictó la resolución y que luego fue recurrida.

Pero la crítica a dicha situación es frecuente²³¹, ya que un tratamiento individualizado, mejor aún, personalizado, atento a la conducta global del interno exige una flexibilidad en la respuesta a esa conducta y a los progresos en la misma que convertiría en pura declaración de buenas intenciones el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)²³².

Por ello, en la práctica penitenciaria es conveniente aportar al JVP y ante la AP (en caso de recurso de apelación) todos los nuevos datos de los que se disponga: permisos de salida conseguidos, ofertas de trabajo en el exterior, cancelación de sanciones, obtención de hojas meritorias, destinos, trabajos, etc.

²³¹ AAP Madrid, Secc. 5ª, núm. 348/99, de 18 de marzo.

²³² AAP Madrid, Secc. 5ª, núm. 511/2000, de 11 de abril.

El Ministerio Fiscal tiene un papel importante también en las clasificaciones, ya que todas las resoluciones de clasificación o progresión a tercer grado adoptadas por el centro directivo, tienen que notificarse al Fiscal dentro de los tres días siguientes a su adopción, a fin de que interponga, si lo considera conveniente, un recurso ante el JVP, dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la recepción de la notificación (art. 107 RP).

6. PERMISOS DE SALIDA

El art. 154 RP establece la concesión de permisos de salida a los internos, como preparación para la vida en libertad y previo informe del equipo de tratamiento, siempre que concurren los requisitos siguientes: que el interno esté clasificado en segundo o tercer grado, que haya extinguido, al menos, la primera cuarta parte de la condena, y que no haya observado mala conducta.

Requisitos a los que hay que añadir, según doctrina y jurisprudencia, que no se considere probable un quebrantamiento de condena, la comisión de nuevos delitos o que el permiso pueda repercutir gravemente sobre el interesado desde el punto de vista de su preparación para la vida en libertad. En otras palabras, también se habla, sobre todo por parte de Fiscalía, de requerir suficientes premisas que garanticen que el interno haga uso correcto del permiso de salida²³³.

Existen dos tipos de permisos, los ordinarios que son los que conceden periódicamente para la preparación de la vida en libertad; y los extraordinarios, que son los que se conceden por motivos humanitarios ante circunstancias graves y excepcionales que deben justificarse.

²³³ AJVP núm. 4 Barcelona, Exp. 28.189, de 17 de septiembre de 2015, que autoriza a un interno el disfrute de su primer permiso de salida pese a la oposición del Ministerio Fiscal a la concesión del permiso por no ofrecer suficientes garantías de buen uso del mismo.

6.1 Permisos ordinarios

Según disponen los arts. 47.2 LOPGP y 154 RP, los permisos de salida tienen como fin esencial la preparación para la vida en libertad. Son, por ello, la concreción legal del mandato constitucional que señala como fin de las penas privativas de libertad la reinserción social de los penados. Debe ser este fin reeducativo, principalmente, el horizonte interpretativo en el momento de la valoración de las circunstancias concurrentes en cada penado a efectos de la concesión o denegación del permiso.

Además, los permisos pueden servir a otros fines tales como: la atenuación de los efectos desestructuradores que origina la cárcel en la persona presa, el mantenimiento y el fortalecimiento de los vínculos familiares²³⁴, la búsqueda de futuros trabajos para poder acceder a un tercer grado, el inicio de nuevas relaciones personales, el contacto con personas o asociaciones dedicadas a la reinserción de personas presas y la coacción latente para invitar a los presos a la sumisión disciplinaria.

a) Días de permiso

Se concederán por un espacio de siete días hasta un total de 36 al año para los clasificados en segundo grado. Los presos clasificaciones en tercer grado pueden gozar de 48 días al año, además de permisos de fin de semana, según reza el art. 45.7 LOGP. Serán distribuidos en semestres, a saber 18 días en el primer semestre para los clasificados en segundo grado y 24 días al semestre para los de tercer grado, ex art. 154 RP.

Los permisos podrán, en principio, distribuirse según las necesidades o preferencias de la persona presa, teniendo en cuenta que en caso de estar clasificado en tercer grado, este tipo de permisos pueden unirse a las salidas de fin de semana sin que

²³⁴ AAP Barcelona, Sección 9ª, de 12 de abril de 2007, RA núm. 341/2007, Pte. Vidal Marsal, se concede un primer permiso de salida por vínculos familiares a un interno a un interno que pese a que tiene cumplida la ¼ parte de la condena, la pena es de 12 años de prisión.

estos se computen dentro de los días correspondientes a cada uno de los semestres y al unirse ²³⁵.

b) Requisitos para la concesión de permisos ordinarios

Para la concesión de los permisos penitenciarios se exige que concurren en el penado tres requisitos, recogidos en el art. 47. 2 LOGP: tener extinguida la ¼ parte de la totalidad de la condena o condenas, buena conducta y estar clasificado en segundo grado penitenciario.

Para saber si en el interno concurren los dos primeros requisitos, de carácter objetivo, se estará a lo contenido en la Ficha de Situación procesal del interno, que el Centro Penitenciario deberá facilitar tanto a éste como a su Letrado.

La buena conducta exige que el interno no tenga sanciones sin cancelar²³⁶, así como que no haya incurrido en una nueva falta disciplinaria muy grave o grave²³⁷.

c) Concesión o denegación de permisos de salida

Para la solicitud de permisos, la persona presa tiene que dirigirse por medio de una instancia a la junta de tratamiento del centro penitenciario. Así, el equipo técnico, en sesión de junta de permisos, resolverá el permiso concediéndolo o denegándolo. Si el permiso es de más de dos días, se someterá a la concesión a la aprobación posterior del JVP, acompañando los correspondientes informes o propuestas del equipo.

Para los clasificados en tercer grado no es necesario la aprobación judicial (art. 76.2.1 LOGP), ya que solamente dependen de la aprobación de la junta de tratamiento

²³⁵ A estos mismos efectos, tampoco se computarán ni las salidas programadas ni los permisos extraordinarios.

²³⁶ Para cancelar las sanciones es necesario el transcurso de seis meses para las faltas muy graves, tres meses para las graves y un mes para las leves, a contar desde el cumplimiento de la sanción.

²³⁷ El art. 261 RP dispone que los plazos de cancelación podrán ser acortados hasta la mitad de su duración si con posterioridad a la sanción y antes de completarse, la persona obtuviese alguna recompensa de las previstas en el artículo 263 RP.

previo informe de los equipos y posterior autorización de la dirección General de Instituciones Penitenciarias.

Los equipos de tratamiento tienen en cuenta lo que denominan una tabla de variables de riesgo para valorar si la persona va a hacer buen o mal uso del permiso denominada RISCANVI, tomando en consideración, entre otras, las siguientes circunstancias: extranjería, drogodependencia, profesionalidad delictiva, reincidencia en el delito, quebrantamientos de condena, deficiencia convivencial, lejanía de la fecha de licenciamiento definitivo y presiones internas a que se hallen sometidos los presos.

En ocasiones, la actitud reivindicativa que muestran algunas personas presas, es obstáculo para la obtención de permisos pues, una vez más, hay que insistir en que la prisión toma en consideración, principalmente, de cara al ejercicio de cualquier tipo de beneficio o derecho, la sumisión al régimen, olvidándose de las necesidades del tratamiento.

En caso de denegación de permiso, cabe recurso de alzada ante el JVP. Éste, tras solicitar información al centro penitenciario sobre los motivos de la denegación, resolverá en forma de Auto estimando o desestimando el recurso. Si fuera desestimatorio cabe contra el mismo recurso de reforma y posteriormente de apelación. Si no hubieran aportado todos los informes, conviene el Letrado defensor peticionarlos así como la valoración del riesgo de reincidencia (riscanvi).

6.2 Permisos extraordinarios

Los permisos de salida extraordinarios están contemplados en el art. 155 RP. Principalmente, se conceden para el caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge²³⁸, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos o de alumbramiento de la esposa o persona con la que el recluso se halle ligado por similar relación de afectividad, así como por importantes y comprobados motivos de

²³⁸ AAP Valladolid, núm. 217/2007, de 29 de mayo, concesión de un permiso de salida extraordinario por intervención quirúrgica de la esposa del interesado por enfermedad grave.

análoga naturaleza, se concederán, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso, permisos de salida extraordinarios, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan.

La duración de cada permiso extraordinario vendrá determinada por su finalidad y no podrá exceder del límite fijado para los permisos ordinarios.

Sólo cuando se trate de internos clasificados en primer grado será necesaria la autorización expresa del JVP, ex art. 155.3 RP.

Así mismo, se podrán conceder, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso y previo informe médico, permisos extraordinarios de salida de hasta doce horas de duración para consulta ambulatoria extrapenitenciaria de los penados clasificados en segundo o tercer grado, así como permisos extraordinarios de hasta dos días de duración cuando los mismos deban ingresar en un hospital extrapenitenciario. En este último caso, si el interno tuviera que permanecer ingresado más de dos días, la prolongación del permiso por el tiempo necesario deberá ser autorizada por el JVP cuando se trate de penados clasificados en segundo grado o por el centro directivo para los internos clasificados en tercer grado.

6.3 Denegación de los permisos de salida

Cuando la junta de tratamiento informa desfavorablemente una propuesta de permiso de salida ordinario, puede interponerse recurso de alzada contra dicha propuesta, adjuntado el original de la misma, ante el JVP (art. 76.2.g LOGP).

El juez, tras solicitar información sobre los motivos de la denegación a la prisión, resolverá en forma de Auto estimando o desestimando el recurso.

Si fuera desestimatoria la resolución, se puede interponer recurso de reforma en el plazo de tres días ante el mismo JVP y posteriormente, en caso de desestimarse la reforma,

recurso de apelación en el plazo de diez días ante la AP de la demarcación donde se halle la prisión. También cabría la interposición directa del recurso de apelación en el mismo plazo de 10 días.

Para el recurso de apelación, es preceptivo solicitar abogado, en su caso, interesar se le asigne uno del turno de oficio y solicitar se suspenda el plazo para interponer el recurso hasta que lo designen.

Si la AP denegara el permiso, cabría recurso de amparo ante el TC, anunciando previamente los derechos fundamentales que se han vulnerado y solicitando abogado y procurador del turno de oficio en Madrid para la interposición del recurso.

Algún motivo de amparo por ejemplo serían la obligación del JVP de expresar en la resolución del recurso de alzada la posibilidad de interponer recurso de reforma y subsidiario de apelación. Así, en la STC 7/2006, de 16 de enero, se estima el recurso a una persona presa que recurrió el Auto de denegación del JVP de Ocaña ya que no contestó a la posibilidad de recurrir en apelación la denegación del permiso. Este hecho afectó al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva toda vez que el juzgado no dio respuesta a si cabía o no recurso de apelación frente a la resolución del JVP denegando un permiso de salida.

Así, la efectiva vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) sufrida por el demandante llevó al TC a otorgar al amparo solicitado, sin que fuera preciso anular el AJVP núm. 2 de Ocaña de 22 de febrero de 2002, resolutorio del recurso de reforma, tal como solicitó el recurrente y el Ministerio Fiscal, y sin perjuicio de que dicho órgano deba pronunciarse sobre la cuestión sometida a su consideración a propósito de admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de apelación interpuesto con carácter subsidiario²³⁹.

²³⁹ En el mismo sentido se manifiesta la STC 227/2005, de 12 de septiembre de 2006.

7. COMUNICACIONES

Las comunicaciones son las que hacen posible que las personas presas puedan establecer contacto periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo cuando el JVP haya ordenado prisión incomunicada²⁴⁰.

El derecho a comunicar viene garantizado en la Constitución no sólo como expresión del art. 18.3 CE, sino también y primordialmente del art. 25.2 CE, pues es este precepto el que constituye la norma específica aplicable a los derechos fundamentales de los internos. Este derecho tiene una incidencia sustancial en el desarrollo de la personalidad de los presos y adquiere por ello, una gran importancia en orden al cumplimiento de las penas privativas de libertad.

Conviene señalar la importancia de las comunicaciones a nivel social del interno, pues así no queda reducido exclusivamente al mundo carcelario y puede relacionarse con el exterior. En definitiva, la comunicación posibilita la futura vida en libertad en el seno de la sociedad²⁴¹.

Finalmente, debo hablar de las comunicaciones entre los letrados y los internos en este último periodo de encarcelamiento y en el que deviene esencial su participación, ya no sólo en cuanto a la interposición de las correspondientes quejas y recursos, sino también para el asesoramiento y entrevistas con los equipos directos. En relación a las comunicaciones entre letrados y presos, éstas sólo se pueden intervenir previa orden expresa de la autoridad judicial (arts. 51.2 LOGP y 48.3 RP)²⁴². Así, debo citar:

a) La STC 183/1984, de 20 de junio que señala que las comunicaciones de los internos con sus abogados sólo podrán ser suspendidas o intervenidas, de manera motivada y proporcionada por la autoridad judicial, sin que lo dispuesto en los apartados 2º y 5º del art. 51

²⁴⁰ Arts. 51.1 LOGP y 41 RP.

²⁴¹ STC núm. 175/1997, de 27 de octubre.

²⁴² AJVP Melilla, de 28 de junio de 1996.

de la LOGP autorice en ningún caso a la administración penitenciaria para interferir esas comunicaciones.

b) El art. 18.3 de la Constitución dispone que se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, o salvo resolución judicial. La misma norma suprema, en su artículo 55.2 establece que *“una Ley Orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17.2 y 18.2, 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”*.

c) El Derecho convencional representado por los pactos y acuerdos internacionales en materia de protección de derechos fundamentales suscritos por España hacen referencia a la garantía del secreto de las comunicaciones. En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 señala en su artículo 12 que *“nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia»*. Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 señala en su artículo 17 que *«nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia”*.

d) He de aludir por último, a la normativa en materia de lucha contra el terrorismo. De especial importancia son los artículos 384 bis, 504 bis, 520 bis, 533 y, 579.3 y 4 de la LECr.²⁴³.

²⁴³ El art. 579.3 establece: *“De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta de tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos”*; y, el artículo 579.4: *“En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo, podrá ordenarla el Ministerio del Interior o, en su defecto, el director de la Seguridad del Estado comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien también, de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación”*.

8. MEDIOS COERCITIVOS Y RECIENTOS

Los funcionarios públicos de las prisiones tienen prohibida su entrada y uso al centro penitenciario con armas de fuego, que tienen prohibidas en el desempeño de sus funciones.

Únicamente, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado²⁴⁴, en caso de que se produzca en el Centro penitenciario un grave desorden con peligro inminente para las personas o para las instalaciones, podrán utilizar armas de fuego en el interior de la prisión si son llamados por el director de la cárcel²⁴⁵.

Por ende, en caso de que los funcionarios de prisión se vean obligados a utilizar algún tipo de medio coercitivo por algún acto de desorden de un interno, se verán limitados a los permitidos por la legislación penitenciaria, a saber el aislamiento provisional en celda, la fuerza física personal, las defensas de goma, los aerosoles de acción adecuada o sprays y las esposas²⁴⁶.

Normalmente, estos medios coercitivos se encuentran depositados en las jefaturas de servicios y para su control se utiliza un libro registro que debe contener diferentes anotaciones: fecha de inicio y cese, tipo de medio aplicado, sucinto de hechos y otras medidas adoptadas.

8.1 Utilización de medios coercitivos

La excepcionalidad del uso de los medios coercitivos está dirigida al restablecimiento de la normalidad. Su control está siempre bajo en el principio de proporcionalidad y nunca puede utilizarse como una sanción encubierta.

²⁴⁴ En caso de los centros penitenciarios de Cataluña serán competentes el cuerpo policial de los Mossos d'Esquadra.

²⁴⁵ Con las limitaciones que establece la Legislación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de Estado (art. 72.5 RP).

²⁴⁶ Arts. 45.1 LOGP y 72.1 RP.

Así, su aplicación durará el tiempo estrictamente necesario y siempre bajo los límites legales previstos en los art. 45.3 LOGP y 72.1 RP.

En concreto, podrán utilizarse en los siguientes supuestos:

- a) Para impedir actos de evasión o violencia de los internos, para evitar daños entre ellos o a otras personas u objetos y para vencer la resistencia activa o pasiva de los mismos²⁴⁷.
- b) En caso de existir una situación crítica y urgente. En este sentido el TC señala que *las medidas coercitivas previstas en la legislación penitenciaria tienen un carácter excepcional para supuestos de especial urgencia, según se desprende del art. 45 LOGP, no pudiendo emplearse como instrumento sancionador a guisa de prevención general.*²⁴⁸
- c) No se pueden utilizar para la investigación o averiguación de delitos, si la actuación no requiere de una urgencia que así lo requiera²⁴⁹.
- d) La utilización arbitraria sin la concurrencia de las circunstancias anteriormente expuestas puede conllevar a un delito de torturas o contra la integridad moral.

8.2 Procedimiento para su adopción

Si efectivamente existen motivos de urgencia para hacer uso de los medios coercitivos, se comunicará directamente al director quien pondrá inmediatamente en conocimiento al JVP la adopción y cese de los medios con expresión detallada de los hechos que hubiesen dado lugar a dicha utilización y de las circunstancias que pudieran aconsejar su mantenimiento.

En su caso, también será necesario un informe médico para poder aplicar la medida, constancia de si ha sido autorizada por el director y la duración de la misma.

²⁴⁷ Art. 45.1 LOGP.

²⁴⁸ ATC de 15 de diciembre de 1994.

²⁴⁹ AJVP de Puerto de Santa María de 7 de diciembre de 1994.

La finalidad es el control judicial de la prisión al estar recogido ese mandato en el art. 117.3 CE.

Sin embargo, en la práctica la utilización de los medios coercitivos puede dar lugar a abusos y excesos para lograr que un interno sea reducido o en otros casos que normalmente son denunciados por los presos²⁵⁰. En estos casos hay que presentar una queja ante el JVP y/o, en su caso, una denuncia ante el juzgado de guardia.

Afortunadamente, la ley veta vetado el uso de los medios a mujeres presas gestantes, ni hasta seis meses después de la terminación del embarazo o a las mujeres lactantes, ni a las que tuvieran hijos consigo.

Tampoco se puede aplicar a enfermos convalecientes de enfermedad grave, salvo que pudiera derivarse de su actitud un inminente peligro para su integridad física o para la de otras personas²⁵¹.

8.3 Recuentos

El RP prevé dos tipos de recuentos, a saber los ordinarios y los extraordinarios.

Los ordinarios consisten en el control de la población presa y se realizan por el personal de vigilancia de la prisión en un horario aprobado por el consejo de Dirección del centro²⁵². En concreto, se producen tres: el primero de la mañana en el que será necesario que el preso se incorpore momentáneamente, uno al medio día, y el último del día que responde a los mismos objetivos que el primero (permanencia del interno).

²⁵⁰ AJVP Granada, de 18 de noviembre de 1994.

²⁵¹ Art. 72.2 RP: “No podrán ser aplicados los expresados medios coercitivos a las internas mencionadas en el artículo 254.3 del presente Reglamento ni a los enfermos convalecientes de enfermedad grave, salvo en los casos en los que de la actuación de aquéllos pudiera derivarse un inminente peligro para su integridad o para la de otras personas. Cuando se aplique la medida de aislamiento provisional el interno será visitado diariamente por el Médico.”.

²⁵² Art. 67.1 RP: “Se realizarán diariamente los recuentos ordinarios de control de la población reclusa en los momentos de la jornada regimental que coincidan con los relevos del personal de vigilancia, que se fijen en el horario aprobado por el Consejo de Dirección del Establecimiento penitenciario.”.

Los extraordinarios son ordenados por el jefe de servicios, pueden ser parciales para conocer el estado real de un departamento y se deben comunicar al director, realizándose de forma inmediata²⁵³.

La finalidad de cualquier tipo de recuento es doble: comprobar el número de presos, su presencia y su estado; y por razones de control, vigilancia y seguridad interior de los establecimientos.

9. RECURSOS CONTRA LA DENEGACIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS

La materia de recursos viene regulada por la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ, reformada por la Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo y por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio.

a) Recurso de **reforma** cabe:

Contra todos los autos del JVP, o en su caso JCVP que será competente de los presos condenados por la AN.

En materia de sanciones disciplinarias, el recurso de reforma se admite con efecto suspensivo (art. 44.3 LGP), si bien la resolución que recaiga reformando o manteniendo la resolución no es susceptible de ningún recurso ordinario, es decir no cabe recurso de apelación. Ello es así, porque en tema de régimen disciplinario el JVP actúa como una especie jurisdicción contencioso administrativa, sin perjuicio del correspondiente recurso de amparo ante el TC por infracción de derechos fundamentales.

El recurso de reforma es previo al recurso de apelación, aunque en la práctica suelen presentarse en el mismo escrito de reforma la interposición del recurso de apelación de forma subsidiaria.

²⁵³ Por ejemplo, caso de que haya fallado algún sistema de seguridad.

Para el recurso de reforma no es preceptiva la intervención de Letrado, aunque en cualquier momento el preso puede interesar se le designe uno del turno de oficio.

b) Recurso de **apelación y queja**:

El recurso de apelación es el recurso que se interpone contra la resolución del JVP (o del JCVP) para que sea resuelta por su superior jerárquico, que es la AP, o en su caso, la Sala de la AN.

Para el conocimiento del recurso de apelación, la disposición Adicional 5ª de la LOPJ distingue entre si la resolución del JVP es en materia de ejecución de penas o de régimen penitenciario. Si es materia de ejecución de penas, conocerá del recurso de apelación el tribunal sentenciador y si es materia de régimen penitenciario conocerá la AP que corresponda por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario.

En cambio, cuando la resolución la haya dictado un JCVP, tanto en materia de ejecución de penas como en materia de régimen penitenciario, la competencia para conocer del recurso de apelación y queja, corresponderá a la Sala de lo penal de la AN (ap. 6 de la disposición adicional 5ª de la LOPJ).

Contra las resoluciones en las que se deniegue la admisión de una apelación podrá interponerse recurso de queja (ap. 4º de la disposición adicional 5ª de la LOPJ) y se interpone ante el órgano competente para conocer de la apelación.

En el recurso de apelación será necesaria la defensa de letrado y, si no se designa procurador, el abogado tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido²⁵⁴. En todo caso, debe quedar garantizado siempre el derecho a la defensa de los internos en sus reclamaciones judiciales (ap. 9 de la disposición adicional 5ª de la LOPJ en su redacción dada por la LO 5/2003, de 27 de mayo).

²⁵⁴ En caso de no disponer de recursos económicos, el interno podrá realizar una instancia solicitando se le designe Letrado del Turno de oficio especializado en Derecho penitenciario.

Finalmente el apartado décimo de la disposición adicional 5ª de la LOPJ establece que en aquellas audiencias donde haya más de una sección, se atribuirá el conocimiento de los recursos, con carácter exclusivo, a una o dos secciones. Así, por ejemplo, en la demarcación de Barcelona, se ha atribuido el conocimiento de los recursos de apelación a la Secc. 21ª.

c) Recurso de **casación**, para la unificación de doctrina ante la Sala de lo penal del TS. Contra los autos de las AP y, en su caso, de la AN, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del TS, el cual se sustanciará conforme a lo prevenido en la LECr. para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven.

Los pronunciamientos del TS al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada (ap. 8 de la disposición adicional 5ª de la LOPJ en su redacción dada por la LO 5/2003, de 27 de mayo)²⁵⁵.

d) Recurso de **amparo**, que se interpondrá ante el TC contra las resoluciones dictadas en apelación por la AP o, en su caso, la AN, cuando se vulnere algún derecho fundamental.

²⁵⁵ Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª TS de 22 de julio de 2004 y Autos del TS 2761/2009 y 2826/2009.

CUARTA PARTE: LIBERTAD CONDICIONAL

1. CONCEPTO

La libertad condicional se concibe en todos los sistemas penitenciarios como el último grado del sistema progresivo, y consiste en que el condenado pasa el último período de la pena de prisión en libertad.

Por ello, el legislador la incluyó en el CP 1995, entre las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad, dedicándole la Tercera Sección de Capítulo III, art. 90 a 93 CP²⁵⁶.

No obstante, la reciente reforma del CP de 2015 ha conllevado la introducción de diversas modificaciones de gran relevancia que seguro llevarán a lo largo de los años a problemas interpretativos y de aplicación²⁵⁷, así como una modificación de su naturaleza jurídica.

La libertad condicional es un concepto del Derecho penal y penitenciario fundamental para entender el mandato constitucional de la reeducación y reinserción social del reo (art. 25 CE). Es una forma de seguir cumpliendo condena, pero en libertad, otorgando el Estado su confianza a quien ya está a punto de terminar su condena y quiere volver a ser parte activa de la misma.

Para RÍOS MARTÍN²⁵⁸, la libertad condicional se concibe como la última fase del cumplimiento de la condena, viene a ser como una especie de cuarto grado y supone la salida en libertad hasta la finalización total de la condena. En cambio, en palabras de

²⁵⁶ El régimen de libertad condicional estaba regulado en el CP de 1973 en los arts. 98 y 99 CP, pero que dicho artículos debían completarse con lo establecido en los arts. 60 y 256 del RP de 1981.

²⁵⁷ Con la nueva regulación, se deja sin contenido el art. 93 CP por LO1/2015, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.

²⁵⁸ RÍOS MARTÍN, J., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, Ed Colex, 1998, pág. 65.

LANDECHO VELASCO²⁵⁹ se trataría del "*último grado del sistema progresivo en todos los sistemas penitenciarios*". Este último periodo no puede, sin embargo, ser asignado inicialmente al reo (salvo algunos supuestos del art. 92 CP, en relación con el 90 CP), según reza el artículo 72.3 LOGP, a diferencia del tercer grado, por ejemplo.

Para estos últimos autores, no resulta inadecuado que el legislador la hubiera incluido en el nuevo Código entre las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad, unificado todas las normas de libertad condicional existentes en la legislación anterior, en los vigentes artículos 90 a 92 CP.

2. NATURALEZA JURÍDICA

Desde sus orígenes, la libertad condicional ha ido de la mano del sistema progresivo de cumplimiento de la pena primero, y al de individualización científica después, como última fase de cumplimiento de las penas de prisión, de acuerdo con lo previsto en el art. 72.1 de la LOGP²⁶⁰. Sin duda, la última etapa de cumplimiento es considerada como un instrumento necesario para la consecución de los fines resocializadores de la pena privativa de libertad.

Así, y previamente a la reforma de 2015, parte de la doctrina opinaba, respecto a la naturaleza jurídica de la libertad condicional, que era un beneficio penitenciario consistente en la posibilidad de cumplir en libertad el último periodo de la condena. Pero, claro está, se seguía cumpliendo la condena, aunque se gozara en libertad²⁶¹.

²⁵⁹ LANDECHO VELASCO, C.M., *Derecho Penal Español. Parte General*, Tirant lo Blanch, 1996, págs. 516 a 518.

²⁶⁰ Reza el artículo 72.1 LOGP que "*Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional conforme determina el Código Penal*".

²⁶¹ AAN de 30 de agosto de 2012, que puntualiza: "*La libertad condicional forma parte del cumplimiento de la pena sujeta a reglas de conducta y susceptible de ser revocada. Por tanto no es un supuesto de excarcelación total ya que la excarcelación que deriva de la libertad condicional propuesta no es más intensa y apenas difiere de fórmulas de Tercer Grado en la modalidad prevista en el art. 86.4 de R.P. o incluso en modalidades de flexibilización derivadas del art. 100.2 del mismo cuerpo legal*".

ASENCIO CANTISÁN coincide con este sector al considerar que la libertad condicional es un beneficio penitenciario: *“La observación de una buena conducta penitenciaria, aunque ello no tenga ni dogmática ni prácticamente nada que ver con la futura conducta y comportamiento en libertad, es más que suficiente para la concesión de la libertad condicional”*²⁶².

Otro sector doctrinal opinaba que se trataba de una especie de libertad a prueba²⁶³ y que era únicamente un medio alternativo al cumplimiento tradicional, junto con la suspensión y la sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad²⁶⁴

Al respecto, habría que mencionar el AAN núm. 359/2012, de 19 de septiembre, que resume todas las tesis acerca de la naturaleza jurídica de la libertad condicional, estableciendo que la misma *“Es la última fase de la ejecución penitenciaria y un modo de cumplimiento de la pena de prisión, en la que el condenado es excarcelado pero su libertad sigue limitada y constreñida, porque sigue sometido a la relación de sujeción especial con la Administración Penitenciaria. Es la última fase de cumplimiento de la pena privativa de libertad de prisión porque se configura como un derecho subjetivo del interno, una vez que cumple con todos los requisitos previstos en la ley [Reglamento Penitenciario]. [...] En definitiva el liberado condicional debe demostrar que es merecedor de la confianza que se le otorga, manteniéndose dicho régimen en la medida que respete esas obligaciones y reglas de conducta”*.

No obstante, el nuevo texto de la reforma de 2015 ha eliminado la condición de la libertad condicional como forma de cumplimiento y pasa a ser regulada con el nuevo texto penal como una modalidad de suspensión de la pena de prisión.

Dicha conversión de su naturaleza jurídica supone la desnaturalización de la figura y, con ello, del sistema de individualización científica establecido por la

²⁶² ASENCIO CANTISÁN, H., *Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional*. Rev. Jurídica La Ley, Tomo I, Madrid, 1989, pág. 997.

²⁶³ GARCÍA RENART, F., *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, 2003, pág. 19.

²⁶⁴ Coincide con esta última tesis LANDECHO VELASCO Y MOLINA BLÁZQUEZ, al defender la procedencia de la regulación de la libertad condicional regulado en el CP 1995 como una forma sustitutiva de ejecución de penas privativas de libertad, en *Derecho Penal Español. Parte General*, 1996, pág. 516.

legislación penitenciaria²⁶⁵ como modelo de ejecución penitenciaria, que hasta la fecha no había sido cuestionado ni por la doctrina ni por la praxis penitenciaria.

Así, como recoge RODRÍGUEZ YAGÜE, su diferente naturaleza y fundamento hacen muy difícil la asimilación de ambas figuras, si bien, la libertad condicional se ha venido configurando como la última fase de cumplimiento de la prisión del condenado que ha entrado en prisión cuando existe un pronóstico de reinserción favorable que permite el resto del cumplimiento en un régimen de libertad, la finalidad de la suspensión es otra, evitar el ingreso en prisión de delincuentes primarios cuando, cumplidos determinados requisitos, se entiende que ésta no resulta necesaria²⁶⁶.

El preámbulo de la LO 1/2015 declara el nuevo régimen de la libertad condicional como una modalidad de suspensión de la pena, también reconoce la extinción de la pena pendiente de cumplimiento si el penado, durante ese tiempo, no reincide y cumple las condiciones impuestas; por el contrario, si durante ese período de libertad condicional (o de suspensión de la ejecución del resto de la pena) comete un nuevo delito o incumple gravemente las condiciones impuestas, la libertad será revocada y deberá cumplir toda la pena que restaba.

Un cambio en su naturaleza parte del falso entendimiento de que el cumplimiento en libertad condicional no es cumplimiento de pena. Tal modificación generaliza la excepción establecida por la LO 7/2003 para los condenados por terrorismo consistente en la no deducción del tiempo disfrutado en libertad condicional del cómputo del tiempo restante por cumplir en los supuestos de revocación de la libertad condicional.

Esta excepción, ampliamente criticada por la doctrina por vulnerar el principio de cosa juzgada, el de seguridad jurídica y el de igualdad, y por suponer una nueva

²⁶⁵ El art. 72.1 LOGP reconoce la libertad condicional como el último grado de cumplimiento de la pena privativa de libertad: *“Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal”*.

²⁶⁶ RODRÍGUEZ YAGÜE, *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma 2012*, pág. 384.

concesión a la retribución en perjuicio de la prevención especial, quedaría ahora justificada en la conversión de la libertad condicional en un mecanismo de suspensión de la condena. No obstante, dicha conversión puede conllevar un nuevo endurecimiento en su concesión.

3. REQUISITOS PARA SU CONCESIÓN

Con anterioridad a la reforma operada en 2015, los requisitos que debía reunir un interno para poder disfrutar de la libertad condicional se hallaban regulados en los arts. 90, 91 y 93 CP, y eran los siguientes:

- .- Que la pena fuera privativa de libertad.
- .- Que la persona estuviera clasificada en tercer grado de tratamiento penitenciario.
- .- Que se hubieran extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.
- .- Que se hubiera observado buena conducta.
- .- Que existiera respecto del penado un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por los expertos que el Juez estimare convenientes.

Según RODRÍGUEZ YAGÜE, hubiera sido preferible mantener la exigencia de tal informe, ya que normalmente será en aquél donde el JVP encuentre las variables que el nuevo texto penal introduce expresamente para evaluar la concesión de la libertad condicional, siendo la junta de tratamiento la competente para valorar el cumplimiento de los requisitos, algunos ciertamente imprecisos, como la personalidad del penado, a partir del conocimiento del expediente del interno²⁶⁷.

Informes que sí se prevén en el nuevo texto para fundar la decisión del tribunal acerca de la existencia de pronóstico de reinserción para la posible suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente, como en las siguientes partes del estudio abordaré.

²⁶⁷ RODRÍGUEZ YAGÜE, *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma*, 2012, pág. 387.

3.1 Clasificación en tercer grado y cumplimiento de las tres cuartas partes y las dos terceras partes de la condena

Según imperativo de la Ley, la pena debe ser privativa de libertad. En este sentido, RÍOS MARTÍN²⁶⁸ afirma que cualquier internamiento en la cárcel con motivo de una pena privativa de libertad, con independencia de su extensión, podrá ser computada a efectos de libertad condicional, porque entiende que *"si la actividad penitenciaria está encaminada a la consecución de la reeducación y de la reinserción social, todo ingreso en una cárcel supone el sometimiento al régimen penitenciario y no parece adecuado excluir a determinadas penas de la última fase de tratamiento"*²⁶⁹.

Por otra parte, la reforma de 2015 incorpora al segundo párrafo del art. 90 CP la modalidad de libertad condicional anticipada a las dos terceras partes de la condena, regulada hasta el momento en el art. 91.1 CP, eliminando su carácter excepcional.

Con anterioridad, se establecía que la libertad condicional se podía adelantar a las dos terceras partes de la condena cuando la persona penada hubiera desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales.

Parece conveniente la configuración alternativa introducida respecto al requisito del desarrollo de actividades laborales, culturales u ocupaciones, ya se hayan realizado de manera continuada, *ya lo hayan sido con un aprovechamiento notable para la evolución del penado.*

Así, se amplía la posibilidad de su aplicación a casos en los que no se haya podido dar ese desarrollo continuado, por ejemplo, por insuficiencia material o temporal, o por no haberse considerado necesario dentro de las actividades incorporadas al Programa Individualizado de Tratamiento (PIT).

²⁶⁸ RÍOS MARTÍN, J., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, Ed Colex, 1998, pág. 70.

²⁶⁹ En el CP de 1973 se exigía que la condena fuera de más de un año de privación de libertad.

Se recoge también en el art. 90.2 CP, segundo párrafo, otra de las modalidades de libertad condicional anticipada, consistente en el adelantamiento de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de la condena, una vez extinguida la mitad de la condena, siempre que la condena no supere los tres años de duración. Se excluye de la misma a los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, ignorando con ello que la LOGP ya dispone de los mecanismos necesarios para impedir que los penados con un pronóstico desfavorable de reinserción accedan al tercer grado, requisito para la concesión de esta modalidad.

Cuando una persona presa tenga varias condenas deben ser refundidas y convertidas en una sola para hacer sobre ella el cómputo de las tres cuartas o dos terceras partes. Por ello, es necesario exigir la refundición de todas las condenas según van llegando a la oficina de régimen de la cárcel o a través del JVP.

3.2 Buena conducta

En el sistema de ejecución penal español, los beneficios penitenciarios se construyen sobre la base del trabajo, las actividades de reeducación y reinserción y la buena conducta del reo. Es jurisprudencia asentada que no se puede exigir a la persona presa que tenga una conducta superior a la de un ciudadano normal.

Pero por ello, debe entenderse la buena conducta en su sentido jurídico, esto es, vinculado al buen comportamiento en prisión o al respeto a normativa penitenciaria tal y como señala TAMARIT SUMALLA²⁷⁰. En consecuencia, lo único que es relevante para poder concederse la libertad condicional respecto a la conducta, es que el interno no tenga partes sancionadores sin cancelar. En este sentido, para determinar si hay o no buena conducta ha de valorarse globalmente la trayectoria del comportamiento penitenciario del interno a través del expediente de libertad condicional regulado en el art. 195 del RP, que contiene, si las hubiere, un resumen de las sanciones y expedientes disciplinarios así como de sus correspondientes cancelaciones.

²⁷⁰ TAMARIT SUMALLA., J.M., *La reforma de la ejecución penal*, 2004, pág. 97.

En referencia a ello, el art. 42 de la LOGP clasifica las infracciones disciplinarias como muy graves, graves y leves; concretamente, en los arts. 108 a 111 del RP de 1981 se hallan las conductas susceptibles de constituir una infracción.

Un importante sector doctrinal opina que incluso, ante la comisión de determinadas faltas disciplinarias, se puede aconsejar la concesión de tal beneficio con un estudio individualizado del preso. Basta para este sector un comportamiento mínimamente correcto, en vistas a la reeducación y reinserción social. Es fundamento de ello el mandato constitucional del art. 25 CE por el cual obliga a orientar la ejecución de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social, y lo previsto en el 203 del RP 96, que establece que *“Los beneficios penitenciarios responden a las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad”*.

3.3 Eliminación del pronóstico individualizado y favorable de reinserción social

Como ya dije al inicio de este epígrafe, este pronóstico futuro estaba dotado, como es lógico, de incertidumbre. Para poder emitir un pronóstico sobre la conducta de una persona habría que realizar estudios individualizados de las instancias socializadoras y de las circunstancias personales y psicológicas que pudieron influir en la comisión del delito. Pero para muchos autores, los equipos de tratamiento no tenían los recursos materiales y humanos necesarios para ello. Por eso, el informe de pronóstico era de muy dudosa objetividad.

Además, de acuerdo con la encuesta *Mil voces presas*, de los profesores RÍOS MARTÍN Y CABRERA²⁷¹, solamente al 21% de los encuestados se les hizo una propuesta de tratamiento individualizado, tal y como sería obligatorio según el 103.3 RP. Así, un 72% (el 7% no contesta), dice no haber recibido ninguna propuesta de tratamiento. Se

²⁷¹ RÍOS MARTÍN, J. / CABRERA CABRERA, J.C, *Mil voces presas*, Ed Distribuciones Fernández, Madrid 1998, págs. 55 a 70.

llega a decir que *"No llevan un estudio individualizado ni resocializador del preso"*. Al Equipo de Tratamiento se le reprocha la distancia que mantiene con los presos y el escaso conocimiento particular de cada caso. Es difícil, de acuerdo con esta encuesta, conseguir entrevistas con el equipo de tratamiento. Y cuando se consigue, el 71% de los presos dicen que las entrevistas tuvieron menos de 10 minutos de duración.

4. PROCEDIMIENTO PARA LA TRAMITACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

Cuando concurren los requisitos legales anteriormente mentados, la junta de tratamiento deberá iniciar la tramitación del expediente en el que deben constar, según dispone el art. 195 RP los siguientes documentos:

- .- Testimonio de la sentencia y de la correspondiente liquidación de condena.
- .- Certificación acreditativa de los beneficios penitenciarios.
- .- Informe pronóstico de integración social, emitido por el equipo técnico de acuerdo con lo establecido en el art. 67 LOGP.
- .- Resumen de la situación social y penitenciaria, con indicación de las fechas de prisión continuada y de las de cumplimiento de las tres cuartas o dos terceras partes de la condena, así como la fecha de libertad definitiva y permisos de salida disfrutados y sus incidencias.
- .- Programa individual de la libertad condicional.
- .- Acta de compromiso de acogida por parte de alguien (familia, servicios sociales...).
- .- Manifestación del interesado sobre la localidad donde piensa fijar su residencia y sobre el trabajo o medio de vida que va a tener.

.- Certificación literal del acta de la Junta de Tratamiento de la cárcel.

Una vez concluido el expediente, se remite al JVP competente antes de que el interno cumpla las tres cuartas partes de la condena. Como recuerda DE LA OLIVA SANTOS²⁷², el director de la cárcel debe explicar, en su caso, el retraso del envío, de acuerdo con lo regulado en el art. 198.2 RP.

Recibido el expediente en el JVP, se remitirá el mismo al Ministerio Fiscal a fin de que emita informe favorable o desfavorable en relación a la libertad condicional.

La resolución final acerca de la concesión o no de la libertad condicional por parte del JVP deberá adoptar la forma de Auto y será susceptible de recurso de reforma y apelación ante la AP del lugar donde se encuentre la cárcel. En caso de denegación del beneficio de la libertad condicional, el preso seguirá clasificado en el régimen de tercer grado penitenciario.

5. ÓRGANO COMPETENTE PARA LA CONCESIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

En el nuevo texto aprobado por la LO 1/2015, ya solo aparece como órgano competente el JVP, lo que resulta muy positivo. Así, se ha eliminado la contradicción en el texto inicialmente proyectado que hacía referencia a dos órganos jurisdiccionales diferentes, a saber de un lado al JVP y, de otro, a los jueces y tribunales, referencia a estos últimos que podía encontrar su justificación en la nueva naturaleza atribuida a la libertad condicional, como forma de suspensión de la pena, en tanto es a los que corresponde según el CP la decisión sobre la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad.

La competencia sobre su adopción no se refiere a la aplicación de la pena, propia de los jueces y tribunales, sino a la ejecución de la misma, por lo que debe ser atribuida

²⁷² DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Penal*, Ed Universitaria Ramón Areces, 1996, págs. 516 a 518.

al JVP, a quien, como establece el art. 76.2 LOGP, le corresponde la competencia sobre la resolución de las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.

En cambio, el nuevo art. 92 CP, que regula la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable y concesión de la libertad condicional, atribuye competencia al tribunal (se entiende, sentenciador), para su concesión, tras haber cumplido veinticinco años de condena y el resto de requisitos legales, al juez o tribunal para poder modificar e imponer nuevas obligaciones y únicamente al JVP para revocarla cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que dieron lugar a su concesión.

Dicha atribución a jueces y tribunales podría suponer un plus de trabajo de los mismos e, incluso, resultar incoherente con el resto de la legislación, fundamentalmente porque los jueces y tribunales carecen de la cercanía que los jueces del JVP tienen respecto a la ejecución y del conocimiento de la evolución del penado, tras 25 años en el centro penitenciario.

6. PERSONAS CON ENFERMEDADES GRAVES E INCURABLES O MAYORES DE SETENTA AÑOS

El art. 91 CP²⁷³ prevé la concesión de la libertad condicional a los reos que hayan cumplido los setenta años y enfermos muy graves con padecimientos incurables.

La exigencia requerida para esta modalidad consistente en la *dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto* debe ponerse en relación con la buena conducta.

Así, dicha variable sustituye el requerimiento de que tengan un pronóstico favorable de reinserción social, aunque no hayan cumplido los dos tercios o tres cuartas

²⁷³ Anterior art. 92 CP.

partes de la condena, puesto que la finalidad de esta modalidad no es la de regresar paulatinamente al penado en la sociedad sino la de evitar por razones de humanidad su muerte en la prisión.

No obstante, al continuar manteniéndose como requisitos el arrepentimiento o la colaboración en el caso de delincuencia organizada o terrorista o, de manera más matizada que en el texto actual, la satisfacción de la responsabilidad civil, se deberá clarificar a través de la jurisprudencia que vaya dictándose si en esta modalidad excepcional se les exime también de estos requisitos o sólo del requisito temporal, al priorizar criterios humanitarios. Así, podría haberse introducido una redacción alternativa de este precepto que eximiera también de estos otros requisitos y no sólo del temporal, lo que sí recoge en el nuevo texto pero sólo para los supuestos de riesgo vital.

Así, tal y como ya se explicitó en el AAN 359/2012 de 19 de septiembre, el actual art. 91 CP prevé la posibilidad de anticipar la libertad condicional por razones humanitarias siguiendo dos métodos, según exista o no un peligro patente para la vida del recluso.

En caso de que se constate la existencia de dicho peligro se suprimen la mayoría de requisitos que, con carácter general, se exigen, haciendo primar el derecho a la vida, integridad física y dignidad. De este modo, atendiendo al artículo 91.3 CP, en aquellos casos en que debido a la avanzada edad o enfermedad del recluso exista un peligro evidente para su vida únicamente se requerirá el informe pronóstico final elaborado por el centro penitenciario. Esta postura parece lógica, puesto que parecería absurdo orientar la ejecución de la pena a la reinserción y rehabilitación cuando la libertad durará las pocas horas o días que transcurran entre la excarcelación y la muerte. En estos casos la permanencia del recluso en prisión respondería exclusivamente a fines meramente retributivos, ya que estamos ante supuestos en los que carecería de sentido el seguimiento de cualquier tratamiento rehabilitador²⁷⁴. Por este motivo, el pronóstico

²⁷⁴ 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 7930, Sección Tribuna, 25 de septiembre de 2012. Ed La Ley.

favorable de reinserción social resulta superfluo, por cuanto sería absurdo reinsertar socialmente a alguien que, por causas biológicas, va a quedar excluido de la sociedad²⁷⁵.

En cambio, para los supuestos en los que el penado haya cumplido setenta años o sufra una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, el art. 91.1 CP exime del requisito del cumplimiento de un mínimo de tres cuartas partes de la condena²⁷⁶, pero persevera en la exigencia del resto de requisitos previstos en el artículo 90 CP²⁷⁷.

En relación a la exigencia de estar clasificado en tercer grado conviene destacar que en la mayoría de casos este beneficio penitenciario no se otorgará porque el sujeto sea merecedor del mismo, sino que se otorgará a los solos efectos de poder acceder a la libertad condicional anticipada. Se podría decir, pues, que en los casos de enfermedad grave la clasificación en tercer grado tiene más bien un carácter instrumental dirigido básicamente a permitir al interno morir fuera de prisión o vivir en mejores condiciones²⁷⁸.

De hecho, esta concepción viene siendo defendida desde hace tiempo, puesto que ya en la VIII Reunión de jueces de JVP se acordó que en aquellos supuestos en que el interno gravemente enfermo no estuviera clasificado en tercer grado el juez podría *acordar dicha progresión de grado sin propuesta previa del establecimiento, en el mismo auto en que se conceda a aquél el beneficio de la libertad condicional*²⁷⁹.

Expuesto lo anterior, ahora examinaré qué es lo que se entiende jurisprudencialmente por “*enfermo grave con padecimientos incurables*” a efectos de

²⁷⁵ AJCM con funciones de Vigilancia Penitenciaria ARP/2012/948 de 30 de agosto. Pte. José Luis Castro Antonio.

²⁷⁶ Según los casos, de las dos terceras partes o de la mitad.

²⁷⁷ Concretamente, que el penado esté clasificado en tercer grado; que haya observado una buena conducta, circunstancia que deberá apreciarse atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad; y que haya abonado la responsabilidad civil.

²⁷⁸ 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 7930, Sección Tribuna, 25 de septiembre de 2012. Ed La Ley.

²⁷⁹ *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus XVI reuniones celebradas entre 1981 y 2007*, Criterio 125, pág. 57.

determinar cuándo será posible otorgar la libertad condicional anticipada prevista en el art. 91 CP.

En este sentido, resulta interesante el contenido del AJCM con funciones de Vigilancia enitenciaría, núm 948/2012, de 30 de agosto, en el que se concede la libertad condicional a un enfermo de cáncer terminal que había sido condenado por varios delitos de terrorismo. En este caso, los informes médicos coincidían en los siguientes puntos:

1. El interno padecía una enfermedad grave e incurable.
2. La enfermedad tumoral diagnosticada era de muy mal pronóstico.
3. Se señalaba un promedio de mediana de supervivencia que oscilaba entre los seis y doce meses en atención al criterio fijado por los distintos facultativos.

Lo que se discute en el susodicho Auto es, sustancialmente, si es necesario que el penado, además de padecer una enfermedad grave e incurable, se encuentre en estado terminal para que se le pueda conceder la libertad condicional.

El caso es que ni la LOGP ni el CP se refieren a enfermos terminales, sino que sólo se menciona expresamente que sean enfermos *“muy graves con padecimientos incurables”*²⁸⁰. Así, nunca se requiere que se trate de enfermedades en fase terminal ni que exista un límite temporal de supervivencia en concreto.

En este mismo sentido, el ATS, de 19 de agosto de 1988, y en referencia al requisito de que la enfermedad sea terminal, dispone que *“No hay que exigirle esta condición al enfermo muy grave con padecimientos incurables, pues la fundamentación es la misma: que la privación de libertad no aumente sus efectos aflictivos en el periodo más o menos largo, pero incontestablemente terminal, de su vida”*. En idéntico sentido, en STC núm. 48/1996, de 25 de marzo, se establecía que *“como recapitulación y coda*

²⁸⁰ El art. 104.4 RP establece que *“Los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad”*.

final, queda claro que tan solo una enfermedad grave e incurable, como ésta en cuya evolución incida desfavorablemente la estancia en la cárcel con empeoramiento de la salud del paciente acortando así la duración de su vida, aún cuando no exista riesgo inminente de su pérdida, permite la excarcelación del recluso aquejado de aquella, si se dan las demás circunstancias cuya concurrencia exige el CP ".

Por ende, la excarcelación de un preso por padecer una “*enfermedad grave con padecimientos incurables*” no exige en ningún caso que exista un peligro inmediato para la vida de esta persona, puesto que el objetivo que persigue dicha puesta en libertad se basa en los principios de humanidad y dignidad personal, además de la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad social. Dichas circunstancias se pueden cumplir aunque el preso no se encuentre en un estado agónico o inmediatamente anterior a la muerte.

El auto en cuestión concluye que “*No se puede interpretar enfermo grave e incurable con estado preagónico. Enfermedad grave con padecimientos incurables es aquélla dolencia que compromete seriamente a la salud, sea o no potencial causa de muerte aunque por lo común lo sea, y cuyo tratamiento con arreglo al estado actual de los conocimientos científicos no sea capaz de asegurar la cura definitiva ni tampoco, por el número de variables de intervención una aceptable certidumbre en el pronóstico de su evolución que incluso permita afirmar seriamente la cronificación de la dolencia.*”

Igualmente, se ha planteado la cuestión de si sería posible que el condenado que sufre una enfermedad grave e incurable pueda seguir el tratamiento médico correspondiente en la cárcel. En respuesta a ello, el auto del JCM mencionado *supra* (núm. 948/2012, de 30 de agosto) concluye que “*las prisiones cuyos servicios médicos tienen la consideración de Atención Primaria no pueden convertirse en Centros de Atención Especializada y de Cuidados Paliativos de enfermos desahuciados*”. Es decir, si el preso enfermo precisa de un tratamiento especializado en un centro específico, esta necesidad no puede suplirse en el centro de asistencia primaria de la prisión.

Otra novedad con respecto al redactado introducido con la reforma de 2015, es la inclusión de la obligación de facilitar la información necesaria sobre la evolución de la enfermedad al servicio médico penitenciario, al médico forense o aquél que determine el juez, y la posibilidad de revocación en caso de incumplimiento. Dicha previsión, entendemos motivada para satisfacer reivindicaciones surgidas tras supuestos de gran repercusión mediática como el Caso Bolinaga²⁸¹, resulta innecesaria puesto que, en un supuesto así podría ser un elemento que diera lugar, en su caso, a la revocación por falta de los requisitos que motivaron la adopción de la medida, en concreto, la buena conducta.

Para la concesión de la libertad condicional por enfermedad es importante invocar una serie de principios, como lo son los principios de humanidad y dignidad de las personas o Derecho a una muerte digna.

Esta ponderación de principios se ha puesto de manifiesto también por el AJCM mentado, de 30 de agosto, donde se dispone que se debe ponderar, por un lado, el derecho a la dignidad de las personas²⁸² y, por otro, el derecho de todos los ciudadanos²⁸³ a la preservación de bienes jurídicos fundamentales como la seguridad.

²⁸¹ Josu Uribetxeberria Bolinaga, fue miembro de ETA desde mediados de 1983, fue detenido el 1 de julio de 1997 a raíz de la liberación del funcionario de prisiones secuestrado José Antonio Ortega Lara. En el momento de su detención decidió dejar morir de hambre a Ortega Lara, negándose a dar los datos del zulo subterráneo donde estaba secuestrado. Posteriormente fue juzgado y condenado a 178 años de cárcel por el asesinato de tres guardias civiles, a 14 años por secuestrar durante 116 días al empresario Julio Iglesias Zamora en junio de 1993,4 y a 32 años por el secuestro de Ortega Lara en enero de 1996,5 a quien mantuvo encerrado en un zulo durante 532 días. En agosto de 2012, tras habersele diagnosticado un cáncer terminal, inició una huelga de hambre para reclamar su excarcelación que fue secundada por otros 254 miembros de ETA encarcelados. El 17 de agosto el Ministerio de Interior le concedió el tercer grado penitenciario, proponiendo a la Audiencia Nacional que le concediera la libertad provisional por razones humanitarias, aunque con condiciones. La AVT consideró una traición esta decisión del gobierno. El 12 de septiembre la Audiencia Nacional decretó su puesta en libertad, rechazando el recurso a su excarcelación interpuesto por la Fiscalía. El exjuez Baltasar Garzón mostró públicamente su desacuerdo con la Fiscalía afirmando que un Estado de derecho no puede permitir que una persona muera en prisión. El auto de libertad condicional, de fecha 30 de agosto de 2012, recogía que padecía un cáncer generalizado, terminal y en situación irreversible, según los informes forenses, factor determinante para la resolución favorable. El 16 de enero de 2015, falleció en Mondragón debido al cáncer que padecía desde junio de 2005.

²⁸² En este caso, Derecho a una muerte digna.

²⁸³ En especial de las víctimas del terrorismo y sus familias.

Parece que de esta dicotomía entre principios jurídicos queda excluido el de la finalidad resocializadora de las penas. Según el Auto mencionado anteriormente, en el caso de un preso con enfermedad grave e incurable, el objetivo resocializador de la pena se vería frustrado por la proximidad temporal de la muerte del condenado. Por ello, se considera que la continuación de la ejecución de la pena vulneraría gravemente el principio de dignidad de la persona y el de la humanidad de las penas. El límite a estos últimos principios, por tanto, no vendría determinado por las características personales del penado y su pronóstico de reinserción social, sino por las posibilidades reales de que el condenado pueda delinquir cuando sea puesto en libertad. De ello se deriva que sólo se podría denegar la libertad condicional a un penado con una enfermedad grave e incurable en dos supuestos:

- a) Que dicha persona, aun estando enferma, mantenga su capacidad para delinquir.
- b) Que no se disponga de ninguna persona o institución que pueda acoger al enfermo, de manera que su puesta en libertad implicaría derivarlo directamente a la calle, sin ningún recurso asistencial, supuesto que sería aún más atentatorio de la dignidad humana que mantener al enfermo en la cárcel.

En cualquier caso, el principio que prima en estos casos es y debe ser el de humanidad y dignidad de las personas, reconocido expresamente en el art. 10.1 CE, el art. 1 de la Declaración Universal de los DDHH, en el art. 1 de la Carta de DDFF de la UE y de forma implícita en el artículo 3 del CEDH. En relación a este derecho básico, el Auto en cuestión afirma que este incluye el derecho no sólo a una vida digna, sino también a una muerte igualmente digna²⁸⁴. En concreto, erige que *“la prohibición de nuestro ordenamiento jurídico constitucional de las penas inhumanas puede verse quebrada si el sufrimiento inherente a la enfermedad supone un añadido o carga adicional al que supone la pena, toda vez que el cumplimiento de ésta lleva al preso a simas de dolor”* .

²⁸⁴ En apoyo a esta consideración cabe mencionar a la declaración emitida por la Organización Mundial de la Salud de 1987 en la que se sugería a los Estados que adelantaran la liberación de los enfermos incurables para *“morir en dignidad y libertad”*.

Debo citar igualmente como relevante en esta materia el AAN núm. 359/2012, de 19 de septiembre, donde se establece el carácter incondicionado del principio de dignidad y humanidad de las penas. Así, para otorgar la libertad condicional en aras al derecho a la dignidad de la persona, no se podrían tener en cuenta circunstancias como la gravedad de las conductas sancionadas, ni la entidad de los daños causados por el delito, ni los fines que se persiguen con la imposición de la pena (confirmación de la ley, intimidación de posibles delincuentes, resocialización e intimidación del condenado). Y ello es así en base al carácter absoluto del derecho a la vida y a la integridad física y moral, así como el derecho a la dignidad de la persona, todos ellos expresamente reconocidos en la Constitución.

Por último, el TEDH se ha pronunciado también sobre este tema en sentencias como la que resuelve el caso *Mousiel v. France*, de 14 de noviembre de 2002, en la que se afirma que la salud del condenado es un factor relevante a tener en cuenta en el transcurso de la ejecución de penas privativas de libertad. Así, la ejecución de una pena de cárcel podría ser incompatible con el art. 3 del Convenio²⁸⁵ si el penado sufre una enfermedad que implica un nivel de peligro y sufrimiento que sería superior al inherente a la privación de libertad. En el caso concreto de *Mousiel v. France*, el TEDH declaró que Francia había vulnerado el art. 3 del Convenio al mantener en prisión durante dos años a un enfermo de leucemia que estaba recibiendo tratamiento de quimioterapia.

7. REVOCACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

El antiguo art. 93 CP rezaba que *“Si durante ese período el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión, en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional”*.

²⁸⁵ Derecho a no sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes.

Las causas de revocación eran principalmente dos, a saber cometer un nuevo delito, condenado en sentencia firme²⁸⁶ y la inobservancia de las reglas de conducta establecidas en el Auto por el que se concede la libertad condicional. Si la libertad condicional se revocaba, al reingreso en prisión le sería de aplicación el régimen ordinario hasta que la junta de tratamiento procediera a su nueva clasificación.

En el nuevo redactado del CP, la regulación sobre la revocación de la libertad condicional se hace por remisión al art. 86 CP y no han sido incorporadas expresamente en el art. 90²⁸⁷.

Así, en cuanto a las causas de la revocación, dado que se recogen en el art. 86 CP, podría haberse incluido en el art. 90 CP la única condicional a la que necesariamente se vincula la revocación y, en cualquier caso, cuando son varias esas prohibiciones, la principal de ellas, es decir, que el reo no cometa en el plazo fijado por el juez o tribunal alguno de los delitos que obligarían a revocar su concesión, sin esperar a que exista sentencia condenatoria.

El incumplimiento respecto a la satisfacción de las responsabilidades civiles constituye ahora una de las causas por las que el juez podrá denegar la suspensión de ejecución del resto de la pena. Dicho requisito fue incorporado al art. 90 por la LO 7/2003 y criticado por la doctrina por condicionar la evolución penitenciaria a un criterio civil compensatorio, podía haberse introducido como una variable más, dentro de las que sirven para justificar la buena conducta, valorando la actitud y el comportamiento efectivo del interno tendentes a resarcir el daño ocasionado por el delito, que puede ser particularmente relevante en determinados delitos, como los delitos contra el orden socioeconómico o los delitos contra la administración pública, donde el ánimo de lucro ha sido el móvil principal del sujeto. En relación con este último punto, la LO 7/2003 justifica el condicionante de responsabilidad civil para

²⁸⁶AAP Islas Baleares, Sección 2ª, núm. 99/2005, de 24 de mayo, Pte. Calderón Susín, donde se advierte la necesidad de sentencia firme de otra condena para revocar la libertad condicional, por exigencia del principio de presunción de inocencia.

²⁸⁷Al igual que sucede con respecto al procedimiento de concesión de la libertad condicional (art. 90.7 CP).

aquellos supuestos donde haya habido un enriquecimiento injusto, tal y como declara la misma Exposición de Motivos de la citada ley²⁸⁸.

De hecho, los jueces de vigilancia están imponiendo como una de las reglas de conducta que posibilita la libertad condicional a penados con responsabilidades civiles de importancia la obligación de satisfacer una determinada cantidad mensual hasta el completo pago de la responsabilidad civil pendiente, al amparo del art. 83.1.5º CP²⁸⁹.

No obstante, este criterio no podrá interpretarse de manera estricta pues la propia jurisprudencia ha avalado su flexibilización²⁹⁰. Además de tener en cuenta la existencia de un enriquecimiento injusto, el art. 72.5 de la LOGP prevé que se tengan en cuenta otros requisitos para una procedente evaluación de la conducta del penado en aras a la satisfacción de la responsabilidad civil y la restitución de lo sustraído o reparación del daño, previendo el mismo artículo que: *“La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.”*

Otra novedad operada con la reforma de 2015, es que al amparo del apartado 4º, párrafo segundo, del art. 90 CP, también podrá denegarse la suspensión de ejecución del

²⁸⁸ Esta exigencia se justifica plenamente en aquellos delitos que han permitido al culpable obtener un importante enriquecimiento ilícito y no se satisfacen las responsabilidades pecuniarias fijadas en sentencia a causa de haber ocultado su patrimonio.

²⁸⁹ Acuerdo de los jueces de Vigilancia núm. 129.

²⁹⁰ AAP Madrid núm. 1055/2004, de 27 de abril.

resto de la pena impuesto para alguno de los delitos previstos en el Título XIX (delitos contra la administración pública), cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño causado a la administración.

Es el caso, por ejemplo, de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, concretamente en el nuevo art. 308 bis 1.2º, a saber, en los casos en que el penado no de cumplimiento al compromiso de pago de la deuda tributaria o con la Seguridad Social, o al pago de las responsabilidades civiles, siempre que tuviera capacidad económica para ello, o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, *“el juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la concesión de la libertad condicional”*.

8. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE Y ADOPCIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

El nuevo art. 92 introduce la regulación del régimen de revisión de la prisión permanente revisable como un supuesto de libertad condicional o de suspensión de la ejecución de la pena.

Con ello, parece que la previsión de una injustificable pena de cadena perpetua, supone la culminación de un proceso de reformas desde la aprobación del CP de 1995 caracterizadas, directa o indirectamente, por un incremento punitivo²⁹¹.

Las exigencias temporales previstas para la denominada prisión permanente revisable, como acertadamente afirma GARCÍA ARÁN²⁹² son excesivas, de entrada los veinticinco años de cumplimiento efectivo que conforma el primero de los requisitos, que puede ascender a treinta si el penado ha sido condenado por varios delitos y al menos dos o más están castigados con pena de prisión permanente revisable o treinta y

²⁹¹ Ello podrá conllevar al aumento de una población penitenciaria ya suficientemente elevada, lo que no se reducirá sin embargo en una mayor seguridad ciudadana.

²⁹² GARCÍA ARÁN, M., *Contra la crisis, más cárcel*, en El País, 2012.

dos años si se trata de terroristas o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales (art. 78 bis)²⁹³.

Incorre además este precepto en contradicciones con la regulación de la libertad condicional (art. 90 CP) ya que si bien coincide en requerir, junto al requisito temporal, la previa clasificación en tercer grado, en cambio elimina el requisito de la buena conducta y lo sustituye por la existencia del “*pronóstico favorable de reinserción social*”. Apelación a la reinserción que pretende salvar formalmente el obstáculo constitucional puesto que ésta, no sólo es bien difícil tras periodos tan largos de privación de libertad, sino que estudios confirman que los antecedentes de cumplimiento más rígido, la mayor desadaptación en prisión, la no participación en actividades programadas, así como las graves consecuencias psicológicas de vivir aislado de todo y de todos, así como la indeterminación temporal del aislamiento son causas determinantes de una mayor reincidencia²⁹⁴.

Para valorar las variables del sujeto, sí que se refiere este art. 91 a los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario, aunque el art. 90 suprime la referencia al informe del art. 67 LOGP para la regulación general de la libertad condicional, y a los que pueda solicitar el tribunal de otros especialistas.

Puedo afirmar lo mismo que en las líneas superiores respecto al órgano jurisdiccional competente, ya que el art.92 hace referencia al tribunal sentenciador en lugar del JVP, sobre de la remisión a los arts. 80.1, 83, 86, 87 y 91 CP referidos a la suspensión y sobre la iniciación a instancia del penado del proceso, eso sí, sin prever expresamente la audiencia del penado ni del Ministerio Fiscal en ese proceso de revisión.

²⁹³ Exigencia temporal que deja inoperante el mandato de resocialización del artículo 25.2 CE

²⁹⁴ También deja inoperante el principio de reinserción el establecimiento de un plazo de suspensión tan amplio como de 5 a 10 años, eso sí, esta vez menor que lo que al sujeto le resta por cumplir.

Lo anterior puede conllevar a prever la posibilidad de que transcurra el plazo de un año, tras haber sido rechazada una petición, hasta que se pueda solicitarse nuevamente la concesión.

Ello, como también dije previamente, puede contrariar el mandato de reinserción y el sistema de individualización científica, fundamentado sobre la idea de la imposibilidad de mantenimiento de un sujeto en un régimen que no le corresponde, sin justificación democrática o en una democracia de baja calidad real, como bien afirma VIVES ANTÓN²⁹⁵.

²⁹⁵ VIVES ANTÓN, T., *El modelo de libertad condicional español*, Aranzadi, 2006.

QUINTA PARTE: LIBERTAD VIGILADA

1. CONCEPTO

La libertad vigilada fue incorporada a nuestro Código Penal, mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio²⁹⁶. Si bien, y pese a su corta vida, ha sido una figura muy presente en nuestro ordenamiento jurídico penal y, concretamente, en el ordenamiento tutelar de menores, donde ya desde sus inicios legislativos, a principios del siglo XX, quedó afianzada hasta su inclusión en la actual Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORRPM).

En este sentido, la LO 5/2010, de 22 de junio, modificó el art. 96.3 CP para incluir dentro de las medidas de seguridad no privativas de libertad una nueva medida denominada libertad vigilada, en la que se engloban muchas de las medidas de seguridad que previamente se encontraban previstas en los arts. 96.3 y 105 CP.

La incorporación de esta medida fue justificada por el legislador por la existencia de determinados supuestos, especialmente graves, donde el efecto rehabilitador de la pena resultaba insuficiente o no resultaba adecuado para eliminar el elevado riesgo de reincidencia.

No obstante, como señaló en su día DURKHEIM²⁹⁷, el delito es algo normal en la sociedad libre y democrática, una carga pesada que hay que sobrellevar y siempre deberán existir mecanismos de control del grupo sobre aquellas conductas individuales que se salten las normas básicas de convivencia.

²⁹⁶ De acuerdo con el Preámbulo IV de la Ley, la libertad vigilada es una medida de seguridad que el Tribunal impone, de manera facultativa o preceptiva, según la propia norma señala en cada caso, y cuyo contenido se concreta en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, aplicables separada o conjuntamente, dentro de los márgenes de duración específicos que en su caso resulten de la parte especial del Código, tendentes no solo a la protección a las víctimas, sino también a la rehabilitación y la reinserción social del delincuente, objetivo que preside toda la reforma.

²⁹⁷ DURKHEIM, E., Las reglas del Método sociológico, Ed. La Pleyade, 1987, pág. 37.

Como se contiene en la propia Ley, la finalidad de dicha medida es “*conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad*”. En consecuencia, el legislador ve en la medida de libertad vigilada la solución a tales realidades, la cual no persigue precisamente un fin de inocuización²⁹⁸.

Dicho esto, es importante matizar que según el ámbito de aplicación subjetivo o de los destinatarios, la libertad vigilada está prevista para dos grupos de supuestos: los declarados inimputables o semiimputables y los imputables. En el primer caso, estamos ante la denominada libertad vigilada ordinaria y, en el segundo, ante la modalidad post penitenciaria, cuya ejecución debe ser con posterioridad al cumplimiento de la totalidad de la pena de prisión impuesta.

Tras los cinco años de vigencia, la medida ha suscitado posiciones encontradas, tanto a favor como en contra, sobre su continuidad en nuestro ordenamiento penal acerca de su legitimidad como medida de seguridad²⁹⁹.

En la vigente redacción del CP, la libertad vigilada se define como una medida de seguridad no privativa de libertad³⁰⁰, cuyo contenido y particularidades se encuentran regulados en el art. 106 CP.

La medida permite su imposición como complemento a la pena de prisión en los delitos contra la libertad sexual (art. 192.1 CP) y de terrorismo (art. 579.3 CP). Por ende, su inclusión en el Código supuso admitir la opción de aplicar de modo conjunto, en tales supuestos, una pena y una medida de seguridad a los sujetos plenamente responsables, atendiendo separadamente a la culpabilidad y a la peligrosidad criminal.

²⁹⁸ De esta manera lo reconoce el mismo Preámbulo: *La opción inocuizadora, que se traduciría en la prolongación ilimitada y/o indiscriminada de la privación de libertad, choca obviamente con los principios elementales del Derecho Penal que la Constitución ampara. Se hace necesario, por tanto, para tales casos de especial gravedad expresamente previstos, contemplar otras soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario [...].*

²⁹⁹ Pese a que los orígenes de ambas figuras penales homónimas, en menores y adultos, podrían tener un punto en común, lo cierto es que su desarrollo legislativo no podría haber sido más dispar.

³⁰⁰ Art. 96.3 CP.

Según LASCURAÍN SÁNCHEZ, se rompe, de este modo, la tradición vicarial (art. 99 CP) de nuestro sistema de penas y medidas de seguridad³⁰¹.

En cambio, la medida de libertad vigilada para menores infractores se encuentra recogida en el art. 7.1.h. LORRPM, sin que se le otorgue diferente naturaleza jurídica al resto de medidas sancionadoras-educativas³⁰². De igual forma, se admite su aplicación como complemento a la privación de libertad, constituyendo el segundo periodo de cumplimiento de las medidas de internamiento (art. 7.2 LORRPM), y de forma obligatoria en aquellos supuestos en los que es de aplicación la medida de internamiento cerrado (art. 9.2 LORRPM) para casos de extrema gravedad (art. 10.1 LORRPM), o cuando el menor cometa algunos de los delitos previstos en los arts. 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del CP y cualquier otro delito que tenga señalada una pena de prisión igual o superior a quince años (art. 10.2 LORRPM).

Al margen de las analogías y diferencias en su regulación, una amplia mayoría de nuestra doctrina identifica la libertad vigilada para menores infractores como el precedente más cercano de la libertad vigilada en adultos³⁰³. Por el contrario, otros autores han distanciado radicalmente ambas figuras, basándose en las evidentes diferencias entre ellas y que a continuación señalaré.

En cualquier caso, históricamente, el ordenamiento penal de menores ha sido, en numerosas ocasiones, un anticipo probatorio para el sistema punitivo, procesal y penitenciario de adultos.

2. NATURALEZA JURÍDICA

La primera singularidad de la libertad vigilada en adultos a la contemplada en la LORRPM es, sin duda, su naturaleza jurídica.

³⁰¹ *Las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias del delito en el Código Penal. La responsabilidad civil derivada de delito* en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Introducción al Derecho Penal*, Civitas-Thompson Reuters, 2011, págs. 333 y 337.

³⁰² *Vid.* Puntos II. 6 y 11 de la Exposición de Motivos LORRPM.

³⁰³ SANTANA VEGA, D.M., *La pena de libertad vigilada en delitos de terrorismo*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, 2009, págs. 448 y 454 a 458.

Como ya dije *ut supra*, mientras que la libertad vigilada para menores infractores tiene la consideración de medida sancionadora-educativa, en adultos se incorporó al CP penal como una medida de seguridad³⁰⁴.

Si bien, la naturaleza jurídica de la libertad vigilada como medida de seguridad no ha resultado una cuestión pacífica. Una vez rechazado el ACP 2006, el Proyecto de LO por el que se modificó la LO 19/1995, de 23 de noviembre, del CP de 2007, incluyó la libertad vigilada dentro del elenco de penas consideradas menos graves. La naturaleza jurídica de la libertad vigilada era definida como una consecuencia al delito restrictiva de derechos, que afectaba fundamentalmente a la intimidad, aunque mantenía una forma triple³⁰⁵: como una pena autónoma, consistente en obligar al penado “*a facilitar de manera efectiva y constante su localización*”, como pena accesoria vinculada a la reincidencia y, por último, a modo de medida de seguridad.

Además, el PCP 2007 también introducía la libertad vigilada como una suerte de “*pauta de comportamiento*” de la que hacía depender la sustitución de penas. En el ACP de 2008 se la denominaba “*pena de libertad vigilada*”, encuadrándola como una nueva pena privativa de otros derechos, dentro de las penas graves o menos graves y estableciendo también su cumplimiento “*sucesivo al de la pena privativa de libertad*”, por lo que también se consideraba como una pena accesoria³⁰⁶ para aquellos delitos

³⁰⁴ En relación al derecho de menores, el art. 40.2 c) LORPM dispone que a la hora de conceder la suspensión *el Juez puede establecer la aplicación de un régimen de libertad vigilada durante el plazo de suspensión o la obligación de realizar una actividad socio-educativa, recomendada por el equipo técnico o la entidad pública de protección o reforma de menores en el precedente trámite de audiencia, incluso con compromiso de participación de los padres, tutores o guardadores del menor, expresando la naturaleza y el plazo en que aquella actividad deberá llevarse a cabo.*

³⁰⁵ CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código penal. Parte General (incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, Marcial Pons, 2011, pág. 803.

³⁰⁶ Art. 49 bis ACP 2008 establecía: *1. La pena de libertad vigilada tendrá siempre carácter de pena accesoria. Esta pena consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial durante el tiempo que se señale en la sentencia a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las obligaciones señaladas en el apartado siguiente, que el Juez de vigilancia determinará en la fase de ejecución. El cómputo de esta pena comenzará a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad. 2. La pena de libertad vigilada llevará consigo todas o alguna de las siguientes obligaciones: a) la de estar siempre localizable. b) la presentación periódica en el lugar que se establezca. c) la de comunicar inmediatamente cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo. d) la prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o tribunal del lugar donde resida. e) la de no aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. f) la de no comunicarse con las personas previstas en la letra anterior. g) la de no acudir a determinados lugares o establecimientos. h) la de no residir en determinados lugares. i) la de no desempeñar determinadas*

especialmente graves, fundamentalmente, de terrorismo y contra la libertad sexual. Además, volvía a utilizarse la libertad vigilada en aquellos casos de habitualidad delictiva, extrema gravedad, pluralidad de delitos o reincidencia³⁰⁷, en los que “*deberá aplicarse en su mitad superior*”.

En definitiva, la tendencia seguía girando sobre la neutralización de la peligrosidad delictiva del individuo, por lo que la naturaleza de la libertad vigilada, a pesar de ser concebida como pena, reflejaba nuevamente los presupuestos de las medidas de seguridad.

Finalmente, el ACP de 2009³⁰⁸ desligó la libertad vigilada del concepto de pena autónoma, clasificándola como medida de seguridad.

Según su exposición de motivos, la libertad vigilada quedaba configurada como una medida de seguridad *suigeneris* en nuestro ordenamiento penal.

Fue este último Anteproyecto el que prevaleció, introduciendo la LO 5/2010 la libertad vigilada como medida de seguridad en el Título IV del Libro I del CP de 1995, sin sufrir modificación alguna con la reforma del CP del año 2015.

actividades que pueda aprovechar para cometer hechos punibles de similar naturaleza. j) la de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares. k) la de seguir tratamiento médico externo.

³⁰⁷ Art. 57bis ACP 2008: 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores de este capítulo, la pena accesoria de libertad vigilada será impuesta por el Juez o Tribunal junto con la pena principal privativa de libertad en los siguientes casos: a) Cuando el autor haya sido condenado por uno o más delitos del Título VIII del Libro II de este Código. b) Cuando el autor haya sido condenado por un delito de terrorismo de la sección segunda del Capítulo V del Título XXII de este Código, a una pena privativa de libertad igual o superior a diez años, o por dos o más delitos de terrorismo de la citada sección habiéndose apreciado la agravante de reincidencia en cualquiera de ellos. 2. En caso de que el delito fuera grave la libertad vigilada tendrá una duración de entre diez y veinte años, y si el delito fuera menos grave, entre uno y diez años. En los supuestos de reincidencia, habitualidad, pluralidad de delitos o extrema gravedad, el Juez o Tribunal impondrá la pena en su mitad superior. Cuando no concurren los anteriores supuestos impondrá la pena en la extensión que estime adecuada en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la naturaleza del hecho delictivo.

³⁰⁸ Boletín Oficial de las Cortes del Congreso de los Diputados, Nº 52-1, IX Legislatura, 27 de nov. de 2009

3. CONTENIDO

El contenido de la libertad vigilada queda recogido en el art. 106 CP, en el que se indica que “*la libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial*” a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las obligaciones y prohibiciones del citado precepto.

A pesar de esta definición, algunos autores han considerado la libertad vigilada como un híbrido jurídico, de nuevo cuño, al contener tanto presupuestos preventivos generales como preventivo especiales y no corresponderse con la naturaleza jurídica de pena ni de medida de seguridad.

Y es que la libertad vigilada no se ajusta a los requisitos de las medidas de seguridad, principalmente por dos motivos: no sólo resulta aplicable cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relacione con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando dicho pronóstico deriva del específico perfil de personalidad del sujeto o de la naturaleza del hecho cometido; y, en segundo lugar, la libertad vigilada no se establece como alternativa a la prisión o para su ejecución previa a ésta.

La libertad vigilada, como medida autónoma o complementaria al internamiento o pena de prisión, establece, tanto para el condenado adulto como para el menor infractor sobre los que recae, el cumplimiento de una serie de obligaciones establecidas por el Juez que están recogidas en los arts. 106.1 CP y 7.1.h. de la LORRPM, respectivamente.

Como ya he recogido anteriormente, gran parte del contenido de la libertad vigilada no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico penal, ya que muchas de las obligaciones, prohibiciones o pautas de conductas que se contienen en la medida eran, de forma autónoma, las que se regulaban en los arts. 96.3 y 105 CP³⁰⁹.

³⁰⁹ Así, las medidas recogidas en los números 3.º, 4.º, 5.º, 9.º, 10.º, 11.º y 12.º del art. 96.3 CP; y las contenidas en las letras a), b), c), d), f) y g) del art. 105.1 CP.

También hay que tener en cuenta que su contenido coincide con el de algunas penas privativas de otros derechos del art. 39 CP³¹⁰. Las prohibiciones de no aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o la de no comunicarse con las personas señaladas anteriormente, son penas accesorias desarrolladas en el art. 48 CP, que según el art. 57 CP pueden imponerse a los sujetos condenados por delitos, entre otros, de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral y contra la libertad e indemnidad sexuales.

También se encuentran previstas como reglas de conducta que debe observar el sujeto cuando se haya decretado la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (art. 83 CP) o la sustitución de las mismas (art. 88 CP); así como cuando se decrete la libertad condicional, toda vez que el art. 90.2 CP faculta al juez de vigilancia penitenciaria para imponer motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta contenidas en el art. 83 CP o de las medidas previstas en el art. 96.3 CP, dentro de las que se encuentra la libertad vigilada.

Siendo una consecuencia jurídica, es irrelevante el consentimiento del sujeto sometido a ella, es decir, es impuesta por el juez o tribunal sin necesidad del previo pronunciamiento del sujeto³¹¹. Sin embargo, esta regla no puede ser extensible a todos los supuestos, como es el caso del tratamiento médico que pueda seguir el sujeto imputable que requiere, en cualquier caso, su consentimiento de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente³¹².

³¹⁰ Reza el art. 39 CP: “*Son penas privativas de derechos: a) La inhabilitación absoluta. b) Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, tenencia de animales, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho. c) La suspensión de empleo o cargo público. d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas. f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos. g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o el tribunal. h) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal. i) Los trabajos en beneficio de la comunidad. j) La privación de la patria potestad.*”

³¹¹ GARCÍA ALBERTO, R., *Ejecución de penas en el proyecto de reforma*, Tirant Lo Blanch, 2009.

³¹² En su art. 2 exige el previo consentimiento del paciente en toda actuación en el ámbito de la sanidad.

La Ley señala un catálogo de obligaciones y de prohibiciones que vendrán a concretar cumulativa o alternativamente el contenido de la medida. El catálogo ha de entenderse cerrado ya que no pueden conformarse obligaciones no previstas, por virtualidad que pudieran tener sobre el control o la vigilancia de la libertad del penado, como resulta en otros ámbitos como el de las medidas, deberes, que pueden condicionar la concesión de la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad o la libertad condicional (art. 83.1.6ª y 90.2 CP). Según GARCÍA ALBERO, en tanto que se trata de una medida de seguridad, debe estarse igualmente a las exigencias del principio de legalidad, y a la necesidad de prever estrictamente el contenido de la misma³¹³.

Así, la amplitud de prohibiciones y obligaciones que pueden imponerse con la libertad vigilada hace necesario distinguir tres grupos; por un lado, aquellas que tienden a tener vigilada la libertad del sometido a la medida, las que tienden a proteger a las víctimas³¹⁴ y, finalmente, las que pretenden evitar la reincidencia.

a) Respecto a aquellas que **inciden en el control o en la vigilancia de la libertad del sujeto**, en el ACP 2006 y PCP 2007, la libertad vigilada tenía un contenido fundamentalmente de vigilancia. Así, con la finalidad de controlar la libertad del sujeto, éste debía facilitar de manera efectiva y constante su localización, disponiéndose que el control de su cumplimiento pueda realizarse a través de aquellos medios electrónicos que lo permitieran. Tras la reforma operada en el año 2010, este control o vigilancia del sujeto se puede realizar a través del cumplimiento de las obligaciones de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente (letra a), de presentarse periódicamente en el lugar que el juez o tribunal establezca (letra b), de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el juez o tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo (letra c); y prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del juez o tribunal (letra d).

³¹³ GARCÍA ALBERO, R., *La nueva medida de libertad vigilada*, Aranzadi Doctrinal, núm. 6/2010, 2010, pág. 3

³¹⁴ ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la Respuesta Punitiva y Estado de Derecho*, Ed Aranzadi, 2010, pág. 192.

b) En cuanto a las que **tienden a proteger a las víctimas o a las potenciales víctimas**, enfatizar que el legislador ha decidido incluir dentro de la libertad vigilada medidas que tradicionalmente se ha considerado que tienen como finalidad la protección de las víctimas del delito, protección que se extiende a sus familiares o a cualquier otra persona ajena al círculo familiar que el juez o tribunal determine. Además de estas medidas, se incluyen otras cuya finalidad puede ser la de proteger a otras personas que, no siendo víctimas del delito, pueden ser potenciales víctimas de éste, por razones de edad, sexo, etc. Esta protección puede llevarse a cabo a través de las prohibiciones de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal (letra e), de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal (letra f), de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos (letra g), y de residir en determinados lugares (letra h).

c) En relación con las prohibiciones y obligaciones que **pretenden evitar la reincidencia**, cabe decir que si bien las medidas que vamos a enumerar a continuación son también medidas de control, según ACALE SÁNCHEZ³¹⁵, en este caso, están dirigidas a evitar que el sujeto vuelva a delinquir. Con dicho propósito, el Juez o Tribunal puede decretar la prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza (letra i), la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares (letra j), y la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico (letra k).

Como he recogido *ut supra*, este catálogo de medidas que contiene la libertad vigilada, que de forma facultativa o preceptiva pueden imponerse, es cerrado³¹⁶. Es decir, los jueces o tribunales no pueden imponer una obligación o prohibición o establecer una pauta de comportamiento, por muy beneficiosa que pueda resultar para el sujeto, si no está expresamente prevista en el art. 106.1 CP. Lo anterior obedece a que,

³¹⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Ed Aranzadi, 2011.

³¹⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Ed Aranzadi, 2011, pág. 192.

al igual que las penas, las medidas de seguridad, cualquiera que sea su naturaleza, también están sujetas al principio de legalidad³¹⁷.

4. ÁMBITO SUBJETIVO

Previamente a estudiar la aplicación de la medida es necesario analizar su ámbito subjetivo, que constituye una de las novedades más esenciales de la regulación de la libertad vigilada. En principio, se distinguen dos regímenes, en primer lugar, su imposición a sujetos inimputables y semiimputables; y, en segundo lugar, a los imputables únicamente cuando lo disponga expresamente el Código. En ambos casos, deberán de tenerse en cuenta el régimen general de las medidas de seguridad que recoge el CP.

A continuación, expondré de manera detallada los dos supuestos donde resulta aplicable la libertad vigilada.

Por lo que respecta al primer ámbito de aplicación, no presenta ningún problema y discusión ya que la medida de libertad vigilada, como medida de seguridad, es aplicable a los sujetos tradicionalmente considerados inimputables³¹⁸ o semiimputables³¹⁹.

En cuanto al **sujeto inimputable**, la imposición de la medida de libertad vigilada se presenta de dos formas: por un lado, como alternativa a la pena, esto es, cuando la comisión del delito lleve aparejada una medida privativa de libertad pero el internamiento del sujeto no fuere necesario³²⁰ o, cuando la pena impuesta no fuere

³¹⁷ STS núm. 1332/2002, de 15 de julio, Pte. Aparicio Calvo-Rubio.

³¹⁸ Aquellos en donde concurre alguna de las causas que eximen de responsabilidad criminal reguladas en el art. 20 del Código, estos son, una anomalía o alteración psíquica o trastorno mental transitorio (art. 20.1 CP), intoxicación plena o síndrome de abstinencia (art. 20.2 CP), o alteración en la percepción (art. 20.3 CP).

³¹⁹ Aquellos donde según el art. 21.1ª en relación con los arts. 20 apartados 1 a 3.

³²⁰ Arts. 101.1, 102.1 y 103.1 CP.

privativa de libertad³²¹ ; por otro lado, se presenta como imposición conjunta³²² con una medida privativa de libertad y, por tanto, de cumplimiento simultáneo.

Respecto al **sujeto semiimputable**, a estos se le impone el sistema vicarial, esto es, pena y una medida de seguridad, siendo ésta última de preferencia ejecutiva. Tan sólo cuando la pena sea privativa de libertad y su duración no exceda de la de la pena prevista por el Código para el delito, se le podrá aplicar al sujeto, si fuere necesario, una medida de internamiento³²³, sin embargo, a tenor del art. 104 CP, nada obsta, en estos casos, para que en lugar del internamiento se imponga una medida no privativa de libertad, entre las cuales está la libertad vigilada³²⁴.

De lo expuesto, deriva otra consecuencia respecto a la imposición de la libertad vigilada al sujeto semiimputable, puesto que si la pena impuesta no es privativa de libertad, no le será aplicable el internamiento, por lo que solamente procederá a la aplicación de una medida no privativa de libertad del art. 96.3 del Código.

Del mismo modo cabría imponer una de las medidas no privativas de libertad cuando,alzada la media de seguridad, se suspende o sustituye la ejecución de la pena si se pone en peligro los efectos conseguidos a través de la medida de seguridad privativa de libertad conforme al art. 99 en relación con el artículo 96.3 del CP.

En relación a los **sujetos imputables**, este ámbito de aplicación ha sido más criticado por la doctrina por romper con el sistema hasta ahora establecido por el cual las medidas de seguridad eran aplicables a los inimputables y semiimputables en atención a su peligrosidad criminal, y al sujeto imputable le era impuesta la pena en función de su culpabilidad.

³²¹ De conformidad con el art. 95.2 CP en relación al art 96.3 CP.

³²² De conformidad con el art. 105 CP.

³²³ De conformidad con el art. 104 CP.

³²⁴ El art. 104 CP establece que en los supuestos de eximente incompleta, además de la pena que corresponde, se podrá imponer las medidas reguladas en los artículos 101 – 103 para los inimputables, que consisten, o bien en una medida de internamiento, si fuere necesario, o bien en cualquier otra de las medidas previstas en el art. 96.3 CP, entre las que está la libertad vigilada.

Entrando ya en la regulación de la medida para los imputables, su imposición únicamente se prevé en aquellos casos que expresamente establezca el Código, estos casos son los delitos contra la libertad sexual y delitos relacionados con el terrorismo. De conformidad con lo expuesto en los arts 106.2, 192.1 y 579.3, respectivamente:

“[...] el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código.”

“A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. [...]”

“A los condenados a pena [...] privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo [De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo] se les impondrá además la medida de libertad vigilada [...]”

En consecuencia, para este ámbito de aplicación de la medida de libertad vigilada la Ley prevé un sistema de imposición restringida o de *numerus clausus*, ya que será aplicable a esos dos supuestos, a saber delitos contra la libertad y la indemnidad sexual y delitos de terrorismo.

Finalmente, en el caso de los imputables, el cumplimiento de la medida de libertad vigilada no es alternativo a la prisión ni previa a ésta, sino que se prevé como una medida post penitenciaria, es decir, posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad.

5. TIPOLOGÍA DE LA LIBERTAD VIGILADA

5.1 Libertad vigilada ordinaria

Tratándose de la libertad vigilada ordinaria, una vez determinada la comisión de un hecho delictivo y la existencia del juicio de peligrosidad futura, en la sentencia que

se imponga debe determinarse su contenido concreto y empezar a ejecutarse cuando ésta sea firme (art. 3.1 CP)³²⁵.

Como cualquier otra sentencia, ésta debe ser motivada y, en particular, el juez o tribunal sentenciador debe dejar constancia expresa del juicio de peligrosidad que le ha conducido a apreciar la peligrosidad criminal del acusado, así como de todos los elementos que le han servido en ello, tales como informes periciales de psiquiatras, psicólogos, etc. Formulado el pronóstico de peligrosidad, debe justificar la imposición de la libertad vigilada y, en atención a sus circunstancias personales, debe determinar las concretas medidas que se consideren como las más adecuadas para conseguir la rehabilitación del sujeto. Así mismo, si la medida de libertad vigilada sustituye a otra en aplicación del art. 97 CP, se impone y concreta en la resolución correspondiente de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 98.2 y 3³²⁶.

Después de la derogación de la Ley de Peligrosidad y rehabilitación social³²⁷, y en virtud de los principios garantistas y de intervención mínima consagrados en la Constitución Española, ya no existen en España medidas de seguridad pre-delictivas, cuya aplicación era extremadamente conflictiva en cuanto a que se oponía al principio de presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

5.2 Libertad vigilada postpenitenciaria

Cuando se trata de la libertad vigilada postpenitenciaria hay que diferenciar dos momentos procesales: en el primero de ellos, el juez o tribunal sentenciador impone la libertad vigilada en la respectiva sentencia condenatoria pero sin determinar su contenido concreto; y, en el segundo momento, al menos dos meses antes del cumplimiento de la pena de prisión, el mismo juez o tribunal determina el contenido de

³²⁵ SANTOS REQUENA, A., *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Ed Comares, 2001, págs. 296 y ss.

³²⁶ SANTOS REQUENA, A., *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Ed Comares, 2001, sobre los aspectos procesales de las medidas de seguridad en general.

³²⁷ La ley de peligrosidad social fue derogada completamente el 23 de noviembre de 1995.

la libertad vigilada, es decir, concreta las obligaciones o prohibiciones que debe cumplir el penado.

5.2.1 Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la libertad vigilada postpenitenciaria es sustancialmente distinto al que se dispuso en el ACP de 2006 y al PCP de 2007. En aquellos, la libertad vigilada estaba prevista para sujetos imputables en los que, con independencia del delito cometido, se apreciaren en ellos circunstancias de reincidencia o habitualidad. Si bien, la libertad vigilada postpenitenciaria finalmente sólo se prevé para los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y de terrorismo³²⁸.

Así, el legislador quiso establecer un sistema cerrado o de *numerus clausus* que si bien por ahora se limita a estas dos tipologías delictivas, no cabe descartar que en el futuro se amplíe este catálogo a otros delitos, tal como ha ocurrido, por ejemplo, con el delito de blanqueo mediante el cual inicialmente se criminalizó el blanqueo de bienes procedentes del tráfico ilícito de drogas y de precursores y ha terminado por criminalizarse el blanqueo de bienes procedentes de cualquier actividad delictiva. En este sentido, REBOLLO VARGAS³²⁹ opina que aunque momentáneamente se circunscribe a estas dos tipologías delictivas nada impide que en el futuro pueda aplicarse a otros tipos en función de la constante preocupación del legislador por responder a las demandas de la sociedad.

Sin embargo, tal como ha puesto de manifiesto la doctrina, entre ellos, DEL CARPIO DELGADO, lo criticable de la utilización de un sistema cerrado es que deja fuera otros supuestos en los que también podría ser conveniente la aplicación de la libertad vigilada como, por ejemplo, los supuestos de criminalidad violenta, a los delincuentes reincidentes o habituales, o a los psicópatas.

³²⁸ ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Ed Aranzadi, 2011, opina que se trata de una muestra de "derecho penal de autores", que se dirige no a ciudadanos individuales que cometen delitos, sino a grupos de delincuentes, esto es, a aquellos que presentan determinados perfiles criminológicos.

³²⁹ REBOLLO VARGAS, R., *De las medidas de seguridad*, en CÓRDOBA RODA, J. Y GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Ed Marcial Pons, 2011, pág. 853.

Así, como apunta NISTAL BURÓN³³⁰, el auténtico motivo o verdadera *ratio legis* de la creación de esta figura penal para delincuentes terroristas o agresores sexuales no es otro que la incapacidad, en ocasiones, para que las condenas de prisión consigan el fin de la reinserción del delincuente a la sociedad, lo que hace necesario la adopción de medidas complementarias que permitan el tratamiento y control de estas personas después de cumplir la pena privativa de libertad.

En el año 2011, el Grupo de expertos en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial³³¹ propuso la extensión de la libertad vigilada a los delitos de violencia de género, competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, bien mediante la adición, en cada uno de los delitos, de que podrá imponerse la medida de libertad vigilada, bien mediante una referencia genérica a ello en el art. 106 CP.

Finalmente, tal y como sugiere SANZ MORÁN³³², lo cierto es que todos los delitos de terrorismo tienen previstas penas de prisión, por lo en estos casos la libertad vigilada va a imponerse siempre, y a la misma conclusión podría llegarse respecto a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Sin embargo, en relación a estos últimos debe tenerse en cuenta que para algunos de ellos el CP prevé penas alternativas de prisión o multa como pueden ser, por ejemplo, los delitos contenidos en los arts. 181.1 y 3, 182.1, 183 bis, 184, 185, 186 y 189.2, 5 y 7 CP. En estos casos, si el juez, haciendo uso de su facultad de discrecionalidad opta, entre las dos penas abstractamente aplicables, por imponer la pena de multa, no podrá imponer además la medida de libertad vigilada.

³³⁰ NISTAL BURÓN, J., *La nueva medida de libertad vigilada. Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento*, actualidad Jurídica Aranzadi, 25 de febrero de 2010.

³³¹ Informe del Grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan, enero de 2011, págs. 13 y ss.

³³² SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Ed Lex Nova, 2003.

5.2.2. Imposición preceptiva o facultativa según la peligrosidad criminal

La imposición de la libertad vigilada puede ser preceptiva o facultativa en atención al número y naturaleza del delito cometido y si el sujeto es un delincuente primario.

El régimen general es que la libertad vigilada sea preceptiva cuando el sujeto ha sido condenado a una pena de prisión por un delito grave, o por más de un delito, siendo éstos graves o menos graves. En estos casos la obligatoriedad de la imposición de la medida supone que el Juez o Tribunal está exento de justificar los criterios que ha tenido en cuenta para imponer la medida, en otras palabras, no se exige el juicio de peligrosidad criminal futura.

Por otro lado, no se requiere que exista pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos tal como se dispone en el art. 95.1.2.a CP para los sujetos inimputables o semiimputables. El legislador obvia este pronóstico o juicio de peligrosidad en estos casos porque entiende, sin ninguna justificación científica o empírica³³³, que en *“determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia”*. Y ello debido a que, según se decía en la Exposición de Motivos del PCP de 2009, *“la inclinación delictiva del sujeto aparece vinculada a determinados trastornos de personalidad o de conducta, como ocurre con cierta frecuencia en el ámbito de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales, ya sea porque —como sucede en el caso de los terroristas— su actuar se enmarca en una actitud de índole pretendidamente ideológica, que comporta la negación de la condición delictiva misma de su conducta, y por tanto el rechazo radical de la pena como respuesta legítima del Estado de Derecho, y la consiguiente resistencia a sus consecuencias”*.

³³³ GARCÍA ALBERO, R., *La nueva medida de libertad vigilada*, Aranzadi Doctrinal, núm. 6/2010, 2010, pág. 3.

Dicho de otro modo, *a priori* todos los sujetos condenados a penas de prisión por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o de terrorismo son peligrosos *per se*, o se considera que la pena de prisión no va a tener ningún efecto rehabilitador en estos sujetos, y por ello es necesario que sigan siendo “controlados” a través de las obligaciones o prohibiciones contenidas en la libertad vigilada.

Consecuentemente, a un sujeto condenado a pena de prisión por un delito grave, o por dos o más delitos graves o menos graves, el Juez o Tribunal está obligado a imponer, junto con la correspondiente pena de prisión, la libertad vigilada. A partir de este presupuesto, hay que tener en cuenta que en el momento de la concreción del contenido de la libertad vigilada, es decir, al menos dos meses antes del cumplimiento de la pena de prisión, sí es relevante el pronóstico de peligrosidad criminal futura para determinar las obligaciones o prohibiciones que el sujeto deberá cumplir. Y este pronóstico de peligrosidad es más importante, aún, si tenemos en cuenta que el art. 106.3.c CP faculta al juez o tribunal sentenciador a dejar sin efecto la libertad vigilada en atención al pronóstico positivo de reinserción.

La imposición de la libertad vigilada puede ser facultativa, si se trata de un solo delito cometido por un delincuente primario. En relación a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, el art. 192.1 CP establece que “*La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor*”. Mientras que en los casos de terrorismo, el art. 579.2 CP dispone: “*No obstante a lo anterior, cuando se trate de un solo delito que no sea grave, y su autor hubiera delinquido por primera vez, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada, en atención a su menor peligrosidad*”.

En principio, así, la imposición facultativa de la libertad vigilada está condicionada a la existencia de dos requisitos: que se trate de un solo delito y que éste sea cometido por un delincuente primario. Sin embargo, como analizaré continuación,

la forma en que está regulada la imposición facultativa en uno y otro precepto es distinta, y ello puede llevar a confusión.

Por un lado, para los delitos de terrorismo, el art. 579.3 CP establece claramente que “*cuando se trate de un solo delito que no sea grave cometido por un delincuente primario*” la imposición de la libertad vigilada es facultativa. En estos casos, y tal como también se determina en el Preámbulo de la LO 5/2010, la libertad vigilada puede quedar excluida cuando se trate de un “*solo delito aislado y no grave*”, lo que supone que a todos los sujetos condenados por un delito de terrorismo que tengan prevista en el CP pena de prisión de hasta cinco años la imposición de la libertad vigilada es facultativa, mientras que a los condenados por delitos que tengan prevista pena de prisión de más de cinco años el Juez o Tribunal sentenciador debe imponer obligatoriamente la libertad vigilada en la respectiva sentencia condenatoria.

Por otro lado, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales también se exige que se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, pero deberá determinarse, por tanto, si este delito debe ser menos grave, al igual que sucede en los delitos de terrorismo, o por el contrario también puede tratarse de un delito grave. Con relación a esta última opción podría interpretarse que cuando el legislador utiliza la frase “*en este último caso*” lo hace para abarcar tanto a los delitos graves como a los menos graves³³⁴.

Según FEIJOO SÁNCHEZ, asumiendo que la anterior interpretación es la más favorable a los sujetos condenados por un delito contra la libertad e indemnidad sexuales de naturaleza grave, tanto en los delitos de terrorismo como en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales la imposición de la libertad vigilada es facultativa cuando se trate de un solo delito menos grave. Según dicho autor, si el legislador hubiera querido referirse también a los delitos graves hubiera utilizado la

³³⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La libertad vigilada en el derecho penal de adultos*, Civitas-Thompson Reuters, 2011, pág. 221.

fórmula de “*en estos casos*” (en plural), de forma que abarcara tanto a los graves como a los menos graves.

Consecuentemente, partiendo de la premisa de que la imposición de la libertad vigilada es facultativa cuando se trata de un solo delito menos grave cometido por un delincuente primario, habrá que tener en cuenta a estos efectos que, según el art. 33.3 CP, delito menos grave es aquel que tiene prevista pena de prisión menos grave, es decir, prisión de tres meses hasta cinco años.

El segundo requisito que se exige para la imposición facultativa es que el hecho sea cometido por un delincuente primario. En general, la doctrina entiende que un delincuente primario será aquel sujeto que no tiene condena anterior, o la tiene por la comisión de un delito imprudente, o teniendo antecedentes penales éstos han sido cancelados, o debieran serlo de conformidad con lo dispuesto en el art. 136 CP.

En este supuesto se deja al arbitrio del juez o tribunal la imposición de la medida a diferencia de lo que sucede cuando la imposición es preceptiva, que no existe criterio alguno que seguir porque necesariamente se impone conjuntamente con la pena de prisión, tanto el art. 192.1 CP como el art. 579.3 CP sí ofrecen un criterio. El tribunal sentenciador debe tener en cuenta la “*menor peligrosidad del autor*” y, aunque el legislador se refiera al “*autor*”, debe entenderse que se trata de cualquiera de los intervinientes en el delito, independientemente del título de imputación. Ahora bien, si el juez o tribunal decide imponer la libertad vigilada debe motivar su decisión³³⁵.

La cuestión está en determinar si esta peligrosidad a la que alude el legislador debe ser una peligrosidad criminal o un genérico comportamiento peligroso del sujeto. Teniendo en cuenta que la libertad vigilada es una medida de seguridad, debe tratarse de la peligrosidad criminal a la que alude el art. 95.1.2.a CP. Peligrosidad exteriorizada en la comisión del delito que ha de proyectarse en el futuro, es decir, que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse la probabilidad de comisión de

³³⁵ ATS núm. 6430/2014, de 26 de junio, Pte. Soriano Soriano.

nuevos delitos, pero no de cualquier delito, sino de delitos de la misma naturaleza, es decir de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o de terrorismo.

Por ende, la peligrosidad, como requisito que recoge el art. 95.1 CP, se puede entender desde un punto de vista subjetivo u objetivo. El primero se halla relacionado con el individuo y los factores internos de capacidad criminal; de personalidad, carácter y estado sensitivo o emocional que predispone al sujeto a delinquir. El segundo, guarda relación con el delito cometido y los factores externos al sujeto; con el ambiente y entorno, o como recoge el TS³³⁶ con la proximidad entre el delincuente y su víctima o su familia, y la consiguiente posibilidad de enfrentamientos mutuos. Para la STS³³⁷ de 11 de marzo de 2004, con el fin de hacer una valoración más ajustada de la realidad, resulta necesaria conjugar ambos tipos de peligrosidad.

En cualquier caso, la determinación de la peligrosidad a la que se refiere el legislador no puede fundamentarse en la supuesta alarma social que genera la comisión de determinados delitos o la puesta en libertad de determinados delincuentes. El juicio de “*esta peligrosidad*” deberá realizarse en base a datos objetivos y no meras conjeturas o sensaciones particulares o colectivas, y, aunque el legislador se refiera genéricamente a la “*peligrosidad del sujeto*”, como advertíamos *supra*, ésta debe ser entendida como la probabilidad de comisión de nuevos delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o de terrorismo.

Para concluir este epígrafe, recordar que como quiera que la imposición facultativa de la libertad vigilada está limitada a cuando se trate de un solo delito menos grave, y que la mayoría de los delitos de terrorismo son graves porque tienen previstas penas de prisión superior a cinco años, los supuestos en los que se deja a la discrecionalidad del juez imponer o no la libertad vigilada son los mínimos, pudiéndose afirmar que en estos delitos la medida será siempre preceptiva u obligatoria³³⁸, por lo

³³⁶ STS 1359/1999, de 2 octubre, Pte. Prego de Oliver y Tolivar.

³³⁷ STS 369/2004, de 11 de marzo, Pte. Martín Pallín.

³³⁸ FEJOO SÁNCHEZ, B., *La libertad vigilada en el derecho penal de adultos*, Civitas-Thompson Reuters, 2011, pág. 221.

que, al menos en este momento procesal, la imposición de la libertad vigilada se basa en una presunción de peligrosidad.

5.2.3 Contenido de la libertad vigilada postpenitenciaria

En la determinación del contenido de la libertad vigilada y en su eventual sustitución, modificación, suspensión o cesación, intervienen tanto el juez de vigilancia penitenciaria como el juez o tribunal sentenciador³³⁹.

Impuesta la libertad vigilada en la respectiva sentencia condenatoria, para determinar su contenido concreto, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, el juez de vigilancia penitenciaria elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, y en el supuesto de que el sujeto hubiera sido condenado a varias penas privativas de libertad que deba cumplir sucesivamente, este plazo se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas las penas de prisión³⁴⁰.

Para formular esta propuesta, el juez de vigilancia penitenciaria debe valorar los informes remitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a la medida de seguridad o por las Administraciones públicas competentes, y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene (art. 98.1 CP).

Respecto a este último aspecto hay que tener en cuenta el RD 840/2011, de 17 de junio³⁴¹, que regula la competencia de la administración penitenciaria cuando se trate de la libertad vigilada postpenitenciaria. Así, el art. 23 dispone que en *“los supuestos en que se haya impuesto al penado la medida de libertad vigilada de cumplimiento posterior a una pena privativa de libertad, la Administración Penitenciaria, antes de*

³³⁹ Precisamente, el juzgador sentenciador, por haber juzgado, conoce con mayor detalle determinadas circunstancias concurrentes con el pronóstico penitenciario del sujeto.

³⁴⁰ Art. 106.2, párrafos 2º y 3º CP.

³⁴¹ RD 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas.

finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad y a solicitud del Juez de Vigilancia Penitenciaria, elevará a éste un informe técnico sobre la evolución del penado, a los efectos previstos en el artículo 106, párrafo 2, del Código Penal. El referido informe será elaborado por la Junta de Tratamiento, u órgano autonómico equivalente, del Centro Penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena, o del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional”.

El juez o tribunal sentenciador, en resolución motivada, deberá concretar las obligaciones o prohibiciones que el sujeto deba cumplir a la vista de la propuesta del juez de vigilancia penitenciaria, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá, asimismo, a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto (art. 98.3 CP).

En otro orden de cuestiones, tanto si la imposición de la libertad vigilada es preceptiva en todos los supuestos en los que el delincuente no es primario, o en los casos de que a un delincuente primario se le ha impuesto en atención a su peligrosidad criminal comprobada en el momento de dictarse sentencia, cabe la posibilidad, en ambos casos, de que en el momento de concretar el contenido de la libertad vigilada por parte del juez o tribunal sentenciador, exista un pronóstico positivo de reinserción. La cuestión es si, en este supuesto, el juez o tribunal sentenciador está obligado a concretar el contenido de la medida y después dejarla sin efecto, o si por el contrario puede dejar sin efecto la medida, antes de concretar su contenido.

Enfatizar que en la práctica, la ejecución de esta medida en su modalidad postpenitenciaria tendrá como única finalidad un objetivo meramente asegurativo, en vez de la orientación rehabilitadora que la naturaleza jurídica de la medida demanda.

La libertad vigilada se impone en la sentencia condenatoria, pero según el art. 106.2 CP, antes de la extinción de la pena de prisión el Juez o Tribunal sentenciador debe concretar su contenido fijando las obligaciones o prohibiciones que habrá de

observar el condenado. El art. 106.3.c CP dispone que el Juez o Tribunal sentenciador puede dejar sin efecto la medida “*cuando las circunstancias descritas en la letra anterior*», es decir, el pronóstico positivo de reinserción que convierte a la libertad vigilada en innecesaria o contraproducente, se dé en el momento de concreción de las medidas.

5.2.4 Compatibilidad de la libertad vigilada con otras consecuencias jurídicas

En el momento de la determinación del contenido de la libertad vigilada el juez o tribunal sentenciador deberá tener en cuenta la posible incompatibilidad de las obligaciones o prohibiciones que tendrá de observar el condenado con otras consecuencias jurídicas de igual o similar contenido que a éste se le hayan impuesto.

En este sentido, el art. 57.1 CP dispone que los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48 CP, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave. El párrafo segundo del mismo artículo prevé que cuando los delitos enumerados en el núm. 1 hayan sido cometidos contra determinadas personas relacionadas con el ámbito familiar (cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos, etc.), o contra personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados, “*se acordará, en todo caso*” la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del art. 48 CP, es decir, la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.

Si tales disposiciones se relacionan con la libertad vigilada postpenitenciaria prevista para los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, supondría que a los

condenados por estos delitos se les podría imponer, en primer lugar, la pena de prisión que corresponda por el delito cometido; en segundo lugar, de conformidad con el art. 57 CP, una o varias de las penas accesorias del art. 48 CP (de forma preceptiva o facultativa, según los casos); y en tercer lugar, de acuerdo con el art. 192.1 CP, la libertad vigilada postpenitenciaria (obligatoria o facultativamente).

Lo mismo podría afirmarse respecto al delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP, en el que se dispone que el juez “*también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código*”; o cuando alguno de los delitos contemplados en el art. 57.1 CP hayan sido cometidos por personas que pertenecen, actúan al servicio o colaboran con las organizaciones terroristas (arts. 572, 574 y 575 CP).

En estos casos, las penas accesorias contenidas en el art. 48 CP se cumplen simultáneamente a la pena de prisión y pueden exceder en años a la duración de ésta. Es decir, una vez que el condenado salga de prisión, sea de forma condicional o definitiva, el sujeto deberá seguir cumpliendo la o las penas accesorias impuestas en la condena, que en algunos casos puede ser de hasta 10 años³⁴². Si éste fuera el caso, entonces en el momento de determinar el contenido de la libertad vigilada, el juez o tribunal sentenciador deberá tener en cuenta si al sujeto se le ha impuesto alguna o algunas de las penas accesorias previstas en el art. 48 CP y, en atención a ello, no imponerlas en forma de prohibiciones como contenido de la libertad vigilada. Así, por ejemplo, si al sujeto se le ha impuesto, además de la pena de prisión, la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal (art. 48.2 CP), no podrá imponerla también como contenido de la libertad

³⁴² Así, por ejemplo, a algunos de los condenados por el atentado a la casa cuartel de la Guardia Civil de Legutiano, el TS les ha impuesto, además de las penas de prisión correspondientes, la prohibición de residir en Legutiano y que se acerquen a las víctimas del atentado por un tiempo de diez años contados a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad (STS 7376/2011, de 18 de octubre). Así, también, al condenado por la muerte de Marta del Castillo, la Audiencia provincial de Sevilla le ha impuesto, además de pena de prisión de 20 años, la prohibición de residir en la misma localidad o ciudad donde lo hagan los padres y las hermanas de la víctima por espacio de 30 años, así como de aproximarse a menos de 500 metros y de comunicarse por cualquier medio con ellos por el mismo espacio de tiempo (SAP Sevilla 1/2012, de 13 de enero).

vigilada, pero sí podría decretar, por ejemplo, la prohibición de residir en determinados lugares (art. 106.1.h CP).

6. DURACIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA

En cuanto a la duración de la medida, ésta varía según si se impone a una persona inimputable y semiimputable o, a una persona imputable. Todo el contenido relativo a la duración de la medida está regulado en el art. 105 CP y arts 192.1 y 579.3 CP.

En concreto, cuando la libertad vigilada se imponga a inimputables y semiimputables, su duración debe determinarse teniendo en cuenta lo previsto en los arts. 6.2 y 105.1 CP. Así, de acuerdo con el art. 6.2 CP, que consagra el principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad, éstas no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

Partiendo de la premisa de que el art. 6.2 CP no distingue entre medidas privativas de libertad y medidas no privativas de libertad, la libertad vigilada no podrá ser más gravosa ni durar más que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido y, en cualquier caso, de conformidad con el art. 105.1 CP, no puede durar más de cinco años ni superar el límite necesario para prevenir la peligrosidad del sujeto.

Tratándose de la libertad vigilada postpenitenciaria, el art. 105.2 CP dispone que ésta podrá durar hasta diez años cuando expresamente lo disponga el CP. Pero, como veremos a continuación, los criterios para determinar los límites temporales de la libertad vigilada son distintos según se trate de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o de terrorismo. En el primer caso se tiene en cuenta la naturaleza del delito cometido, grave o menos grave (arts. 13 y 33 CP); y en el segundo, la naturaleza de la pena de prisión impuesta en condena, grave o menos grave (art. 33 CP).

a) Para los condenados a pena de prisión por **uno o más delitos contra la libertad e indemnidad sexuales**, el art. 192.1 CP dispone que la duración de la libertad vigilada “*será de cinco a diez años si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves*”. En este caso, la duración de la libertad vigilada depende de la naturaleza del o de los delitos cometidos: graves o menos graves. Ahora bien, si tenemos en cuenta que el art. 13 CP clasifica los delitos en graves y menos graves, según se trate de delitos castigados con pena grave o con pena menos grave, respectivamente, hay que tener en cuenta que, cuando por la pena prevista para el delito en cuestión éste pueda ser grave o menos grave, según dispone el art. 13.4 CP³⁴³, el delito se considera en todo caso como grave.

De forma que, cuando el sujeto haya cometido un solo delito grave contra la libertad e indemnidad sexuales, la duración de la libertad vigilada será de cinco a diez años, el mismo límite temporal en caso de concurrencia de delitos, siendo uno de ellos grave. Por ejemplo, al condenado por un delito de violación que por la pena prevista en el art. 179 CP (prisión de seis a doce años) es grave, la duración de la libertad vigilada podrá ser de hasta diez años, el mismo límite temporal máximo si ha cometido dos delitos de violación, o un delito de violación y otro de agresión sexual del art. 178 CP.

Mientras que, cuando se trate de un solo delito menos grave o de la concurrencia de delitos menos graves, independientemente del total de la pena de prisión impuesta, es decir, sea la pena resultante grave o menos grave, la duración de la libertad vigilada será de uno a cinco años. Por ejemplo, al condenado por un delito de agresión sexual del art. 178 CP, delito menos grave porque tiene prevista una pena de prisión de uno a cinco años, se le podrá imponer la libertad vigilada con una duración de hasta cinco años, el mismo límite máximo que tendrá la libertad vigilada si el sujeto es condenado por la concurrencia de dos delitos de agresión sexual del art. 178 CP.

³⁴³ Reza el art. 13 que: “1. Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave. 2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave. 3. Son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve. 4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve.”.

b) Para los **delitos de terrorismo**, el art. 579.3 CP dispone expresamente que “*a los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les impondrá además la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave*”. Tal como está redactado el precepto, a diferencia de lo dispuesto en el art. 192.1 CP, cuando se trata de delitos de terrorismo, la duración de la libertad vigilada no depende de la naturaleza del o de los delitos cometidos por el sujeto, graves o menos graves, sino de la gravedad de la pena de prisión impuesta en la sentencia condenatoria, grave o menos grave³⁴⁴.

Así, por ejemplo, la financiación de actividades terroristas del nuevo art. 576 bis CP es un delito grave porque tiene prevista una pena grave de prisión de cinco a diez años. Puede suceder que el juez o tribunal, en atención a las circunstancias concurrentes en el hecho o en el sujeto, decida imponer una pena inferior en grado, es decir, una pena inferior a cinco años. Entonces, como el sujeto ha sido condenado a pena de prisión menos grave, la duración de la libertad vigilada sólo puede ser de uno a cinco años. Mientras que, en el mismo supuesto, si por no concurrir circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal se impone una pena de prisión de entre cinco y diez años, la duración de la libertad vigilada será de cinco a diez años; el mismo límite temporal que tendría si por apreciar la agravante de reincidencia cualificada, por ejemplo, el juez o tribunal decide imponer una pena superior en grado, es decir una pena de prisión superior a diez años.

A diferencia de la regla establecida para la duración de la medida en casos de concurso de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, cuando se trata de delitos de terrorismo no se dice nada al respecto. Y esta omisión se debe precisamente a lo que apuntaba líneas arriba, si la duración de la libertad vigilada depende de la naturaleza del total de la pena de prisión impuesta en la sentencia condenatoria, grave o menos grave,

³⁴⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La libertad vigilada en el derecho penal de adultos*, Civitas-Thompson Reuters, 2011, pág. 230. El autor asumiendo que la redacción del art. 579.3 con respecto al delito de terrorismo no es idéntica a la del art. 192, afirma que *también permite imponer una medida de cinco a diez años para los condenados por delitos graves y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave*.

es irrelevante que esta pena sea la que corresponda por la comisión de un solo delito o de un supuesto de concurso de delitos, sean éstos graves o menos graves.

En la determinación de la duración de la libertad vigilada postpenitenciaria, el juez o tribunal sentenciador está vinculado a estos límites temporales mínimos y máximos, es decir, la duración de la libertad vigilada no puede ser inferior ni superior a los límites legalmente establecidos. Sin embargo, ello no supone que, una vez determinado el límite máximo de duración de la libertad vigilada, el sujeto sometido a ella tenga que cumplir íntegramente ese tiempo³⁴⁵. *Infra* señalaré que cabe la posibilidad de reducir el tiempo de cumplimiento de la medida, alzarse en cuanto desaparezca la peligrosidad del sujeto que motivó el inicio del cumplimiento de la medida e incluso puede que ni siquiera llegue a ejecutarse. Aun así, hay autores que se han mostrado críticos con el límite máximo de la libertad vigilada por considerarlo excesivo o porque supone la “*prolongación general de la privación de derechos después de haberse cumplido penas muy graves*”³⁴⁶.

Ciertamente, si tenemos en cuenta que la legislación penal española posibilita, en casos de terrorismo, el cumplimiento efectivo de penas de hasta cuarenta años de prisión (art. 76.1.d CP) y si a ello le sumamos la libertad vigilada por un tiempo de hasta diez años, esto supone que el sujeto conservará esa situación de especial sujeción con el sistema penal durante cincuenta años, lo que puede suscitar dudas de constitucionalidad o convertir en innecesario el recurso a la libertad vigilada.

Respecto al establecimiento de la duración de la medida, dada la peculiaridad de la libertad vigilada postpenitenciaria, que se impone en la sentencia condenatoria pero cuyo contenido se concreta en un momento posterior -que por lo general será bastante alejado en el tiempo-, ni en el art. 106 CP ni los arts. 192.1 y 579.3 CP dicen nada sobre

³⁴⁵ Las medidas de seguridad, incluida la libertad vigilada postpenitenciaria, están sujetas a una revisión constante en aplicación de lo dispuesto en los arts. 97 y 106.3 CP.

³⁴⁶ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M, *Derecho Penal, Parte General*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, 2010, pág. 598.

si la duración de la misma debe establecerse en la sentencia en la que se impone o en el momento en que se determine su contenido concreto.

Cuando se trata de las medidas de seguridad en general, es decir las impuestas a los inimputables y semiimputables, la duración temporal de las mismas se determina en la misma sentencia en la que se acredita la prognosis de criminalidad futura. Para ello, el juez o tribunal sentenciador debe tener en cuenta los límites temporales establecidos en el CP, las circunstancias personales del sujeto, así como los informes que han servido para determinar la peligrosidad criminal futura del acusado.

Volviendo con la libertad vigilada postpenitenciaria, si la duración de la misma se tuviera que determinar en la sentencia en la que se impone, el único criterio que tendría el juez o tribunal sentenciador sería los límites formales que se establecen en el art. 105.2 CP en relación con los arts. 192.1 y 579.3 CP. Ya que, como hemos venido observando, cuando se den los requisitos exigidos para la imposición preceptiva no tiene que acreditarse la existencia de prognosis de criminalidad futura; se impone en base a una presunción de peligrosidad que si bien puede ser desvirtuada en el momento de la concreción del contenido, cuando se impone no se tiene en cuenta o puede que simplemente ni exista. Lo que supone que el juez o tribunal sentenciador no tiene ningún informe sobre la existencia o no de la peligrosidad criminal futura del sujeto o de sus circunstancias personales, que sirvan de fundamento para establecer la duración de la medida.

Por estas particularidades, la duración de la libertad vigilada debe determinarse cuando se concrete su contenido porque en este momento el juez o tribunal sentenciador tiene a su disposición la propuesta elevada por el juez de vigilancia penitenciaria o cualquier otro documento presentado por las partes en los que se constate o se desvirtúe la existencia de la peligrosidad futura. Y debe ser en base a estos informes que se debe determinar la duración de la medida, y no recurrir al automatismo de imponerla siempre en su límite máximo permitido por el CP.

7. EJECUCIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA

En la ejecución de la libertad vigilada hay que distinguir según se trate de la libertad vigilada ordinaria prevista para los sujetos declarados inimputables o semiimputables o de la modalidad postpenitenciaria que se puede imponer a los imputables, cuando así lo disponga expresamente el CP.

Así, mientras que en el primer supuesto es de aplicación lo previsto en los arts. 97 y 98.2 y 3 CP, mientras que para el segundo rige fundamentalmente lo dispuesto en los arts. 98.1 y 3 y 106.3 CP, tal y como a continuación analizaré.

7.1 Ordinaria

En la ejecución de las medidas de seguridad debe tenerse en cuenta la evolución de la peligrosidad criminal del sujeto sometido a ella. A este principio responde el contenido del art. 97 CP al disponer que, durante la ejecución de la medida de seguridad, el juez o tribunal sentenciador adoptará anualmente, mediante el procedimiento establecido en el art. 98 CP, la decisión de decretar el mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida.

La reforma operada en el año 2003 cambió el término “*podrá*” por “*adoptará*” para dejar claro que el juez o tribunal está obligado a revisar la ejecución de la medida en atención a la evolución y a las circunstancias personales del sujeto.

Entre las opciones que el juez o tribunal debe adoptar se encuentran: a) mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta; b) decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto; c) sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate, en el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida; y, d) dejar en suspenso la ejecución de la

medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, pudiéndose dejar sin efecto si, nuevamente, resulta acreditada alguna de las circunstancias del art. 95 CP.

Antes de la reforma del año 2010, el CP disponía que en el proceso de revisión de las medidas de seguridad intervinieran tanto el juez o tribunal sentenciador como el juez de vigilancia penitenciaria. Un sector de la doctrina interpretaba, del análisis conjunto de los arts. 97 y 105 CP, que el juez de vigilancia penitenciaria estaba obligado a elevar el correspondiente informe sobre el cumplimiento de las medidas de seguridad, independientemente de que éstas fueran privativas o no privativas de libertad³⁴⁷; mientras que otro sector entendía que esta obligación sólo lo era con relación a las medidas de seguridad privativas de libertad.

Estos problemas competenciales en lo que a la propuesta se refiere fueron resueltos por la LO 5/2010, que excluye la intervención del juez de vigilancia penitenciaria en la formulación de la propuesta de revisión o modificación de las medidas de seguridad no privativas de libertad, dentro de las que se incluye la libertad vigilada ordinaria. De esta forma, el art. 98.2 CP dispone que, cuando se trate de cualquier otra medida no privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva.

Ahora bien, pese a que en la libertad vigilada impuesta a inimputables o semiimputables no se establece plazo alguno para requerir tales informes, por lo tanto, al igual que se prevé cuando se trata de la libertad vigilada postpenitenciaria, éste deberá ser al menos anual. Es decir, que el juez o tribunal sentenciador deberá requerir

³⁴⁷ SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Ed Lex Nova, 2003, págs. 302 y ss.

tales informes al menos anualmente para que, por el procedimiento establecido en el art. 98.3 CP³⁴⁸, aplicable a todas las medidas de seguridad, proceda a adoptar una decisión al respecto.

7.2 Ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria

Determinado el contenido de la libertad vigilada postpenitenciaria, es decir, establecidas las obligaciones o prohibiciones que tendrá que observar el condenado, y su duración, éstas empiezan a ejecutarse con posterioridad al cumplimiento de la pena de prisión impuesta.

En el supuesto de que el reo tenga que cumplir sucesivamente varias penas de prisión, la libertad vigilada empezará a ejecutarse cuando se hayan terminado de cumplir todas las penas impuestas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria está condicionada a que la pena de prisión no haya conseguido los efectos rehabilitadores que se pretendía, o que no se haya producido la efectiva reinserción del sujeto.

Esto supone que tras el cumplimiento de la pena de prisión exista un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o terrorismo que fundamenta la ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria.

El art. 106.2 CP consagra el régimen de cumplimiento sucesivo a la pena o penas de prisión de las obligaciones o prohibiciones que el juez o tribunal sentenciador haya decretado. No obstante, en este mismo precepto, se dispone que este régimen de cumplimiento sucesivo a la pena de prisión sólo puede ser aplicado “*cuando así lo disponga expresamente el Código penal*”, y como analizaré a continuación, tal régimen

³⁴⁸ Reza el art. 98.3 CP que: “*En todo caso, el Juez o Tribunal sentenciador resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes a los que respectivamente se refieren los dos apartados anteriores, oída la propia persona sometida a la medida, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oirá asimismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto.*”

de cumplimiento sólo está previsto expresamente cuando se trata de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

En el ámbito de estos últimos, el art. 192.1 CP dispone que la medida de libertad vigilada “*se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad*”, lo que está en consonancia con la regla prevista en el art. 106.2 CP. Sin embargo, cuando se trata de los delitos de terrorismo, el art. 579.3 CP dispone que “*a los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les impondrá además la medida de libertad vigilada de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave*”. Este precepto sólo dispone que cuando el sujeto es condenado a pena de prisión por la comisión de delitos relacionados con el terrorismo, se le impondrá *además* la medida de libertad vigilada, pero no se prevé, tal como lo exige el art. 106.2 CP, y al igual que sucede en el art. 192.1 CP, que ésta debe cumplirse o ejecutarse con posterioridad a la pena de prisión.

7.2.1 Concurrencia de varias medidas de libertad vigilada

El último párrafo del art. 106.2 CP regula la concurrencia de varias medidas de libertad vigilada postpenitenciaria, en concreto lo que el tratamiento del concurso real de delitos se denomina *acumulación material*. Así, dispone que si al sujeto se le hubiesen impuesto por diversos delitos otras tantas medidas de libertad vigilada que, dado el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de manera sucesiva. De esta forma, será posible cumplir simultáneamente, por ejemplo, la libertad vigilada concretada en la prohibición de residir en un lugar determinado con otra medida de libertad vigilada que consista en la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

Sin embargo, a diferencia de lo previsto en el art. 76.1 CP para los casos de concurso real de delitos, no se establece la *acumulación jurídica* que supone la

determinación de unos topes de gravedad a la acumulación material³⁴⁹. Tampoco se hace mención alguna sobre una posible refundición de las medidas. Eso supone que, en caso de concurrencia de varias medidas de libertad vigilada postpenitenciaria que no puedan ejecutarse de forma simultánea, la ejecución sucesiva de éstas puede exceder el límite máximo establecido en el art. 105.2 CP, que es de diez años.

Ahora bien, para atemperar esta situación, el mismo párrafo prevé que el juez o tribunal sentenciador pueden ejercer las facultades que le atribuye el apartado siguiente, es decir, mediante el respectivo procedimiento contradictorio previsto en el art. 98.3 CP, no sólo modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas, sino también reducir la duración de la libertad vigilada, ponerle fin a la misma e incluso dejarla sin efecto.

7.2.2 Órgano judicial encargado de la ejecución

La LO 5/2010 dispuso que el órgano judicial encargado de la ejecución de la medida será el respectivo juez o tribunal sentenciador. Así las cosas, siempre que se trate de la ejecución de una o varias medidas de libertad vigilada impuestas por diversos delitos por el mismo juez o tribunal sentenciador.

No obstante, no se dice nada en relación a la concurrencia de diversas condenas de libertad vigilada dictadas por distintos jueces o tribunales, ni tampoco prevé cuál de los jueces o tribunales sentenciadores que han impuesto esas condenas debe controlar su ejecución. Por tanto, ante el silencio del legislador, cabe entender que será cada juez o tribunal sentenciador, quien haya impuesto la respectiva libertad vigilada postpenitenciaria, el encargado de su ejecución.

³⁴⁹ En relación a la acumulación material y acumulación jurídica en caso de concurso real de delitos., MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M, *Derecho Penal, Parte General*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, 2010, págs. 545 y ss.

7.3 Revisión periódica de la ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria

Una de las principales ventajas que tiene la configuración de la libertad vigilada como medida de seguridad es el régimen previsto para su ejecución, caracterizado por su flexibilidad³⁵⁰. Para la determinación temporal del máximo de cumplimiento de las medidas de seguridad hay que tener en cuenta dos límites, a saber uno formal y otro material. De acuerdo con el límite **formal**, las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, y tratándose de medidas no privativas de libertad no pueden durar más de cinco o diez años, según el supuesto del que se trate. A partir de este límite, hay que tener en cuenta el **material**, a saber que la duración de las medidas no puede exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor, es decir, de la subsistencia o remisión del pronóstico de peligrosidad criminal.

Al ser la libertad vigilada una medida de seguridad, en la determinación temporal también habrá que tener en cuenta el límite formal y el material. El límite formal máximo de la libertad vigilada es de cinco o diez años, pero el límite material obliga a que la duración de la misma esté condicionada a la subsistencia o remisión de la circunstancia que motivó su imposición, es decir, de la peligrosidad criminal del sujeto.

Afortunadamente, esto es un beneficio ya que a diferencia de las penas que deben cumplirse íntegramente, el cumplimiento de la libertad vigilada por parte de los delincuentes imputables está condicionado a la subsistencia del pronóstico de peligrosidad criminal futura. Así, por ejemplo, si no existe tal pronóstico puede que la medida de libertad vigilada impuesta en sentencia no se concrete en obligaciones o prohibiciones, o que una vez concretada no se ejecute tras la salida de prisión del reo.

³⁵⁰ Hay que tener en cuenta que el Anteproyecto de reforma de 2008 configuraba la libertad vigilada como pena accesoria; sin embargo, a diferencia del régimen de ejecución de cualquier otra pena, se disponía un régimen de ejecución propio de las medidas de seguridad caracterizado por la posibilidad de modificar las obligaciones, reducir la duración o dejar sin efecto la libertad vigilada.

7.3.1 El papel del Juez de vigilancia penitenciaria

A diferencia de lo dispuesto para las medidas de seguridad no privativa de libertad dentro de la que se incluye la libertad vigilada ordinaria, en la revisión periódica de la ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria el juez de vigilancia cumple un papel importante. Así, el art. 98.1 CP establece que cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad, el juez de vigilancia penitenciaria estará obligado a elevar, al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma.

Para formular dicha propuesta el JVP *“deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene”*. Para la formulación de dicha propuesta, el JVP también puede tener en consideración el informe técnico sobre la evolución del penado que, de conformidad con el art. 23 del RD 840/2011, de 17 de junio, debe elaborar la junta de tratamiento u órgano equivalente, del centro penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena, o del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional, teniendo en cuenta, por ejemplo, que la medida no debe ejecutarse si en el momento del licenciamiento definitivo existe un pronóstico positivo de reinserción³⁵¹.

En cualquier caso, dado que la aplicación de la medida conforme al RD 840/2011 se delega en Instituciones penitenciarias, que actúa sobre hombres plenamente libres, parece que los criterios de seguimiento, vigilancia y control serán los que ésta acuerde de conformidad con el juez. Por tanto, resulta obvio que al final los criterios no difieren mucho de los adoptados con otras materias como por ejemplo los permisos de salida.

³⁵¹ La Dirección General de Instituciones Penitenciarias confeccionó una Tabla de Variables de Riesgo publicada en la Instrucción 22/96, de 16 de diciembre. Se basa en un análisis estadístico de las características de los internos que han quebrantado la condena.

Si bien, pese a que el art. 98.1 CP establece que el juez de vigilancia penitenciaria debe elevar una propuesta anual, nada impide que pueda hacerlo en plazos inferiores. En principio, porque este artículo establece que está obligado a elevar “*al menos*” anualmente una propuesta, lo que supone el límite máximo, pero como quiera que en la ejecución de la libertad vigilada debe observarse la evolución de la peligrosidad criminal del sujeto sometido a ella, si los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a la medida o por las administraciones públicas revelan la necesidad de revisar la ejecución de la medida, como afirma GARCÍA ALBERO, el juez de vigilancia penitenciaria está obligado a elevar la propuesta al juez o tribunal sentenciador, con independencia de la fecha en que el sujeto empezó a cumplir la medida o desde que se produjo la última propuesta³⁵².

Aunque el juez de vigilancia penitenciaria es el encargado de elevar la respectiva propuesta sobre la revisión de la ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria, no tiene por qué excluirse la posibilidad de que el sometido a ella solicite la revisión directamente al juez o tribunal sentenciador o se dirija al JVP para que eleve la respectiva propuesta de revisión.

En otro orden de cuestiones, aunque no se diga nada expresamente al respecto en el CP, en principio, el juez de vigilancia penitenciaria encargado de elevar la propuesta sobre el contenido concreto de la libertad vigilada postpenitenciaria debe ser el del centro penitenciario donde el sujeto esté internado o el del centro al que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional.

Esto deriva del contenido del art. 23 del RD 840/2011, de 17 de junio, al establecer que para la elaboración de dicha propuesta el juez de vigilancia penitenciaria debe solicitar un informe técnico sobre la evolución del condenado a la junta de tratamiento del centro penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena, o a la del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional.

³⁵² FELJOO SÁNCHEZ, B., *La libertad vigilada en el derecho penal de adultos*, Civitas-Thompson Reuters, 2011, pág. 226.

Sin embargo, la cuestión problemática aparece cuando se trata de determinar qué juez de vigilancia penitenciaria debe elevar la propuesta de revisión o modificación de la ejecución de la libertad vigilada cuando el sujeto ya ha salido de prisión, teniendo en cuenta que el sujeto puede residir en un lugar distinto al de la sede del tribunal que concretó la medida o a la del centro penitenciario en el que cumplió la pena de prisión. Conviene resaltar que en los supuestos de libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria encargado de formular la propuesta de revisión es el del domicilio del sujeto sometido a la medida y, por ende, lo mismo puede ocurrir respecto a la libertad vigilada.

7.3.2 Periodicidad de la revisión

En cuanto a la periodicidad con la que debe producirse la revisión de la libertad vigilada, antes de la reforma de 2010 del CP, el art. 97 CP disponía, tal como ahora se hace en el art. 98.1 CP, que el juez de vigilancia penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida privativa de libertad impuesta, pero no se establecía expresamente si la decisión que debía tomar al respecto el juez o tribunal sentenciador debía ser también al menos anualmente.

La práctica jurisprudencial al respecto es variada. Por lo general, en las sentencias, tras determinar el límite máximo de duración de la correspondiente medida de seguridad, se establece que en la ejecución deberá tenerse en cuenta el art. 97 del CP o que ésta debe ser revisada periódicamente a partir de un momento determinado. Así, por ejemplo, en la STS 369/2005, de 30 de marzo, se determinó que la primera revisión de la medida de seguridad de internamiento impuesto por un plazo de cinco años debía realizarse a los dos años de cumplimiento, y sucesivas revisiones anuales después de dicho término. Sin embargo, hay otras en las que se han impuesto plazos más largos³⁵³.

³⁵³ Un ejemplo de ello es la STS núm. 487/2006, de 31 de enero, Pte. Bacigalupo Zapater, en la que, anulando parcialmente la Sentencia de Instancia, absolvió al acusado de un delito de asesinato en grado de tentativa en concurso con un delito de incendio, porque el sujeto padecía una esquizofrenia paranoide recurrente del art. 20.1 CP, y en virtud de ello le impuso la medida de internamiento para tratamiento médico en establecimiento adecuado para la alteración que sufría, prevista en el art. 101 CP, por un

La firmeza de esta sentencia hubiese supuesto que el sujeto tendría que estar internado obligatoriamente durante ocho años sin la posibilidad de que, ante un eventual cambio o evolución en su tratamiento, esta medida privativa de libertad hubiese sido sustituida por otra menos restrictiva, como por ejemplo el sometimiento a un tratamiento médico externo. Sin embargo, el interno presentó un recurso de amparo ante el TC, quien estimó parcialmente el recurso anulando la sentencia en lo que se refiere a que la medida de seguridad impuesta no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento por considerar que tal decisión vulnera el principio de legalidad penal, en su vertiente de garantizar el estricto sometimiento del juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio, en tanto que para la Sala tal prohibición es contraria al art. 97 CP, que establece con carácter obligatorio una revisión periódica anual de las medidas.

Pese a que las consideraciones anteriores se enmarcan en el ámbito de las medidas de seguridad privativas de libertad, la propuesta de revisión que ahora se contiene en el art. 98.1 CP, en el que como vimos *supra* también se incluye a la libertad vigilada postpenitenciaria, habrá que entender que, como el juez de vigilancia tiene la obligación de elevar, al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma, *a priori*, se prevé legalmente el control judicial de la ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria con una periodicidad máxima de un año.

Pero también cabe la posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador en la resolución en la que se determine el contenido concreto de la libertad vigilada establezca periodos inferiores al año para que el juez de vigilancia penitenciaria eleve la propuesta a la que se refiere el art. 98.1 CP, y se proceda a la revisión de la ejecución de la libertad vigilada.

tiempo de veinte años, estableciendo que dicha medida “no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento”.

Lo que no puede acontecer es que una vez impuesta la libertad vigilada y determinado su contenido concreto, así como su duración, el juez o tribunal sentenciador decrete que la propuesta del juez de vigilancia penitenciaria o la revisión de la ejecución de la medida se realice en plazos superiores a un año, tal como sucedió en la STS anteriormente mencionada.

7.3.3 Procedimiento para la revisión

La propuesta de revisión de la libertad vigilada postpenitenciaria realizada por el JVP debe ser elevada al juez o tribunal sentenciador para que, de acuerdo con el contenido del art. 98.3 CP, acuerde una decisión al respecto. Se dice en el art. 106.3 CP que el juez o tribunal “*podrá*”, lo que supone, en principio, el carácter facultativo de la decisión.

La redacción original del art. 97 CP también disponía que la decisión del juez o tribunal sentenciador tuviese carácter facultativo. A pesar de ello, la doctrina entendió que, teniendo en cuenta que, de conformidad con el art. 6.2 CP, las medidas de seguridad no pueden exceder de lo necesario para prevenir la peligrosidad criminal, si esa peligrosidad desaparece o disminuye, o las medidas inicialmente impuestas no son adecuadas, el juez o tribunal sentenciador deberá modificar la ejecución de la medida de acuerdo a la nueva situación³⁵⁴.

Los mismos argumentos pueden ser trasladados a la libertad vigilada postpenitenciaria, ya que si la ejecución de la medida está inspirada en el principio de flexibilidad, que permite adecuar no sólo el contenido de la medida sino la ejecución y duración de la misma a las circunstancias personales del condenado, en atención al pronóstico positivo de reinserción o a la desaparición de la peligrosidad criminal, el juez o tribunal sentenciador está obligado a modificar el número y clase de medidas, a reducir la duración de la libertad vigilada o poner fin a la misma.

³⁵⁴ En este sentido, la LO 15/2003, por la que se modifica el Código penal, sustituye la palabra «podrá» por la de “*adoptará*”, de forma que se aclara que el Juez o Tribunal sentenciador deberá adoptar durante la ejecución de la medida alguna de las decisiones a las que se refiere el art. 97 CP.

Así, el carácter facultativo no implica necesariamente que el juez o tribunal sentenciador pueda tomar o no alguna de las decisiones previstas en el art. 106.3 CP.

Sin embargo, el art. 106.3 CP, por ejemplo, no prevé expresamente la posibilidad de mantener la ejecución de las obligaciones o prohibiciones impuestas, pero eso no significa que el juez no pueda decretarla. Por ejemplo, si un reo solicita la revisión de una libertad vigilada postpenitenciaria y, según el informe presentado por el JVP, y tras el respectivo procedimiento previsto en el art. 98.3 CP, el juez o tribunal sentenciador llega al convencimiento de que no debe ser modificada, deberá decretar el mantenimiento de la ejecución de medida.

En este procedimiento debe darse audiencia a las partes, e incluso a quienes siendo víctimas del delito no estuvieron personadas en el respectivo procedimiento. La finalidad de la audiencia, y sobre todo la oportunidad que se da a la víctima para que se pronuncie, no tiene por qué verse como un elemento perturbador en este procedimiento, ni menos que ello pueda suponer una mayor estigmatización del sujeto.

Así, en esta audiencia las víctimas pueden solicitar incluso el mantenimiento o el cese de una medida, pero también garantiza que el juez o tribunal sentenciador tenga a su disposición elementos de valoración suficiente que le permitan tomar la decisión más adecuada, no sólo para el condenado sino también con la víctima³⁵⁵. Ahora bien, el que la víctima solicite, por ejemplo, la modificación de la medida de alejamiento no significa que el juez o tribunal esté obligado a concederla, ya que sólo supondrá una consideración a tener en cuenta por éste último.

Consecuentemente, y a tenor de lo previsto en el art. 106.3 CP, el juez o tribunal podrá: a) modificar en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas; b) reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la

³⁵⁵ Para SANZ MORÁN, la única justificación para esta previsión quizás haya que buscarla en el dato de que en aquellas propuestas a las que se refiere el art. 98.3 se encuentra la libertad vigilada postpenitenciaria, en la que se comprenden las actuales prohibiciones de aproximación o comunicación con la víctima. Medidas de seguridad: régimen general, pág. 142.

continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas; y, c) dejar sin efecto la medida cuando la circunstancia descrita en la letra anterior se dé en el momento de concreción de las medidas que se regula en el número 2 del presente artículo.

En principio, respecto a la posibilidad de decretar el mantenimiento de la libertad vigilada aunque no se haya previsto expresamente en el art. 106.3 CP, hay que tener en cuenta que, según el art. 98.1 CP, el juez de vigilancia penitenciaria está obligado a elevar al menos anualmente un informe sobre la evolución del sujeto, y que, incluso, el mismo sujeto sometido a la medida puede solicitar directamente al juez o tribunal sentenciador la modificación de la ejecución de la libertad vigilada o solicitar al juez de vigilancia penitenciaria que emita la propuesta en este sentido sin tener que esperar a la propuesta anual.

Si el juez o tribunal sentenciador advierte que no se ha producido ninguna modificación en la situación de peligrosidad criminal del sujeto sometido a la medida, deberá decretar el mantenimiento de la ejecución de las obligaciones o prohibiciones impuestas, al igual que sucedería respecto a la suspensión condicional de la libertad vigilada postpenitenciaria. Y es que si partimos de la premisa de que el contenido del art. 106.3 CP es de carácter facultativo, para no descartar la posibilidad de que en el transcurso de la ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria puedan aparecer otras circunstancias que no se contemplen en este precepto y, sin embargo, el juez o tribunal sentenciador pueda tenerlas en cuenta, y que según el art. 98.1 CP el Juez de vigilancia penitenciaria puede elevar una propuesta de suspensión, entonces no habría motivos para descartar la posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador decrete la suspensión condicional de la ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria.

En este sentido, también en el Preámbulo de la LO 5/2010 se destaca que en la concreción del contenido de la libertad vigilada postpenitenciaria y en su eventual *“sustitución, modificación, suspensión o cesación, intervienen tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria, debidamente informado por los servicios penitenciarios, como el Juez o Tribunal sentenciador al que corresponde hacer ejecutar lo juzgado”*.

7.3.4 Decisiones sobre la revisión

Las posibilidades previstas en el art. 106.3 CP que permiten al juez o tribunal sentenciador adecuar la ejecución de la libertad vigilada postpenitenciaria, en orden a la importancia para el sujeto sometido a ella, son:

-Dejar sin efecto la medida (Art. 106.3.c CP): La letra c del art. 106.3 CP prevé que el juez o tribunal sentenciador podrá dejar sin efecto la medida cuando la circunstancia descrita en la letra anterior, es decir, el pronóstico positivo de reinserción, considere innecesaria o contraproducente la libertad vigilada postpenitenciaria, se dé en el momento de la concreción de las medidas.

Teniendo en cuenta que el contenido de la libertad vigilada se determina al menos dos meses antes de que el sujeto termine de cumplir la pena o penas de prisión, puede suceder que en ese momento el tribunal sentenciador considere innecesaria o contraproducente la imposición de las obligaciones o prohibiciones recogidas en el art. 106.1 CP.

Ello supone en la práctica que la determinación de las obligaciones o prohibiciones que debería observar el condenado una vez cumplida la pena de prisión está condicionada a que en ese momento las circunstancias personales del sujeto revelen que la medida no tiene sentido por no existir circunstancia alguna que justifique su concreción, porque o bien nunca existió tal pronóstico de peligrosidad futura, o habiendo existido esta ha desaparecido. El dejar sin efecto la medida supone la remisión total de la misma, es decir, que no se podrá en el futuro, independientemente de las circunstancias sobrevenidas, volver a imponer la medida de libertad vigilada.

-Poner fin a la medida impuesta (art. 106.3.b CP): A diferencia de la decisión anterior, si las obligaciones o prohibiciones impuestas van a empezar a ejecutarse o ya se están ejecutando, el juez o tribunal puede poner fin a las mismas en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de éstas. Como adelantaba *supra*, si bien el tenor literal del art. 106.3 CP

dispone expresamente que el juez o tribunal sentenciador “*podrá*” decretar alguna de las alternativas previstas en este precepto, lo que en principio supondría una decisión facultativa, lo cierto es que si tenemos en cuenta que en la ejecución de la medida debe tenerse en cuenta la peligrosidad criminal del sujeto, si el pronóstico positivo de reinserción considera contraproducente la continuidad de las obligaciones impuestas, el juez o tribunal sentenciador “*está obligado*” a decretar el fin de la ejecución de la misma. Por otro lado, si el juez decreta poner fin a la ejecución de la medida de libertad vigilada supone la remisión de la misma.

-Reducir la duración de la medida (art. 106.3.b CP): La libertad vigilada puede tener una duración máxima de hasta cinco o diez años y dentro de estos límites el juez o tribunal sentenciador debe establecer la duración de la misma. Pues bien, una vez establecida la duración de la medida, el juez o tribunal sentenciador, a la vista del pronóstico positivo de reinserción, puede decretar reducir la duración de las obligaciones o prohibiciones impuestas.

Esto supone la persistencia del juicio de peligrosidad criminal futura, pero no en los mismos términos que fundamentó la determinación inicial de la duración de la medida, es decir, se entiende que la peligrosidad ya no resulta tan grave o ésta es de menor intensidad porque se observa un progreso en el tratamiento del sujeto, pero no el suficiente como para poner fin a la medida. Una vez decretada la reducción de la duración de la medida, el juez no puede en una decisión posterior volver a decretar la duración prevista inicialmente. Sin embargo, no se dice nada respecto a la decisión que puede tomar el juez o tribunal sentenciador si una vez decretada la reducción de la duración de la libertad vigilada aparece un pronóstico que revele un mayor pronóstico de peligrosidad o el fracaso del tratamiento, por lo que aquí podría cobrar importancia la posibilidad de la suspensión condicional de la ejecución del resto del tiempo de la medida como un paso previo para decretar la reducción de la duración de la misma.

-Modificar las obligaciones y prohibiciones impuestas (art. 106.3.a CP): Por último, el art. 106.3.a CP se refiere a la posibilidad de modificar el contenido concreto de la libertad vigilada, más no la medida en sí misma. Es decir, el juez o tribunal

sentenciador puede, en atención a los informes presentados por el JVP y por cualquiera de las partes que intervienen en el procedimiento contradictorio previsto en el art. 98.3 CP, modificar el alcance de las obligaciones o prohibiciones impuestas inicialmente o sustituirlas por otras obligaciones o prohibiciones que configuran la libertad vigilada, es decir, por cualquiera de las previstas en el art. 106.1 CP.

Por ejemplo, si inicialmente impuso la prohibición de aproximarse a la víctima puede modificarla para que incluya también la prohibición de aproximarse a sus familiares o a otras personas que el juez o tribunal sentenciador determine; o si impuso la obligación de presentarse periódicamente en el lugar que éste establezca puede sustituirla por la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.

La modificación también puede conllevar la reducción del número de las obligaciones o prohibiciones impuestas, lo que en la práctica supondría dejar sin efecto la ejecución de una determinada obligación o prohibición, así como aumentar el número de obligaciones o prohibiciones inicialmente impuestas si así lo aconseja el informe de reinserción. Pero si las obligaciones o prohibiciones pueden modificarse o sustituirse por cualquier otra u otras que componen la libertad vigilada con la sola exigencia de que éstas sean adecuadas a la evolución del sujeto, hay que tener en cuenta que el art. 106.3.a CP no prevé la posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador decreta la sustitución de la libertad vigilada postpenitenciaria por otra medida de seguridad no privativa de libertad ni menos por otra privativa de libertad, tal como puede suceder, de concurrir los requisitos previstos en el CP, cuando se trate de la libertad vigilada ordinaria impuesta a los sujetos declarados inimputables o semiimputables.

8. INCUMPLIMIENTO Y QUEBRANTAMIENTO DE LA LIBERTAD VIGILADA

Como he analizado en las líneas superiores, la libertad vigilada está prevista para dos grupos de supuestos que, en principio, conllevan regímenes distintos. Cuando se trate de la libertad vigilada ordinaria prevista para los inimputables y semiimputables, es

aplicable el régimen general propio de las medidas de seguridad no privativas de libertad, mientras que, cuando se trate de la libertad vigilada postpenitenciaria prevista para los imputables condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o terrorismo, el régimen es el expresamente dispuesto para estos casos en el CP.

Sin embargo, se produce un solapamiento que resulta contradictorio entre el art. 100.2 y 3 inciso 1º CP, que regula el incumplimiento y quebrantamiento de las medidas de seguridad no privativas de libertad, y el art. 106.4 CP, que prevé las consecuencias del incumplimiento y quebrantamiento de la libertad vigilada.

Son dos regímenes distintos, y el optar por uno u otro conlleva consecuencias distintas, no sólo en lo relacionado con las decisiones que puede tomar el tribunal sentenciador respecto al incumplimiento de la medida en sí o de las obligaciones o prohibiciones impuestas, sino también cuando se trate de deducir testimonio por un delito de quebrantamiento de condena.

Partiendo de la premisa de que el régimen aplicable es distinto según sea la libertad vigilada ordinaria o la postpenitenciaria, cabría afirmar que cuando se trate del incumplimiento de la libertad vigilada ordinaria, al ser una medida de seguridad no privativa de libertad, habría que aplicar el régimen general del art. 100.2 CP, tal y como afirma MANZANARES SAMANIEGO³⁵⁶.

En este artículo se dispone con carácter general que si se tratare de otras medidas que no sean de internamiento, es decir, de medidas de seguridad no privativas de libertad contenidas en el art. 96.3 CP, dentro de las que ahora se encuentra la libertad vigilada, *“el juez o tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad”*.

³⁵⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *La Libertad vigilada*, Diario La Ley, 2010, pág. 14. El autor concluye que en el caso de la libertad vigilada sólo procedería su sustitución por el internamiento cuando se trate de las eximentes incompletas que recoge el art. 104, ya que *no hay libertad vigilada sin una pena privativa de libertad que es incompatible con las eximentes completas y, por ende, con los internamientos de los arts. 101, 102 y 103*.

Mientras que cuando se trate de la libertad vigilada postpenitenciaria sería de aplicación el inciso primero del art. 106.4 CP, que dispone que *“en caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes y por el mismo procedimiento indicado en los números anteriores, podrá modificar las obligaciones impuestas”*.

Así, pese a que el precepto sólo se refiere a las obligaciones, y no a las prohibiciones, se entiende que estas últimas también deben ser incluidas en este régimen. Se trata de una decisión facultativa, ya que el precepto establece que *“podrá”* modificar la medida, por lo que cabe la posibilidad de que el órgano sentenciador decida mantener la o las obligaciones o prohibiciones impuestas, o bien sustituirlas por otras más adecuadas.

Si bien, también cabe interpretar que este concurso aparente de normas que se presenta entre los arts. 100.2 y 106.4 CP se resolvería aplicando el principio de especialidad a favor de este último.

Es decir, que en caso de incumplimiento, tanto de la libertad vigilada ordinaria como de la modalidad postpenitenciaria, debe aplicarse el régimen especial previsto en el art. 106.4 CP frente al régimen genérico dispuesto para las demás medidas de seguridad no privativas de libertad previsto en el art. 100.2 CP.

- Incumplimiento de la obligación de seguir tratamiento médico:

En este epígrafe debemos acudir a la delimitación del ámbito de aplicación de lo dispuesto en el art. 100.3 CP. Así, la reforma de 2010 modificó este párrafo para incluir una disposición relacionada con el incumplimiento de la obligación de seguir tratamiento médico. En concreto, dispone que *“no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido. No obstante, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate”*.

Sobre el contenido de este artículo cabe realizar las siguientes matizaciones. En primer lugar, en el art. 100.1 y 2 CP y en el inciso primero del número 3 se contiene el régimen general aplicable en caso de incumplimiento de las medidas de seguridad, dentro del que se podría incluir la libertad vigilada ordinaria pero no la libertad vigilada postpenitenciaria.

En segundo lugar, el tratamiento médico, como una medida en la que se puede concretar la libertad vigilada, puede aplicarse a los sujetos inimputables o semiimputables y a los imputables condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual y terrorismo. Cuando forme parte de la libertad vigilada ordinaria, la inimputabilidad o semiinimputabilidad del sujeto supone que éste no puede ejercer o no puede ejercer plenamente la decisión autónoma sobre la admisión o el rechazo del tratamiento médico. En otras palabras, tal como venía sucediendo en estos casos antes de que el tratamiento médico ambulatorio pasara a formar parte de la libertad vigilada, el juez puede imponerlo sin requerir el consentimiento del sujeto. Sin embargo, cuando se trate del tratamiento médico como parte de la modalidad postpenitenciaria se requiere el consentimiento del sujeto³⁵⁷.

Así, en virtud del consentimiento informado, el facultativo debe explicar en términos comprensibles al sujeto el alcance del tratamiento médico, los riesgos que se pueden padecer y las posibles alternativas para que, en base a ello, el sujeto pueda decidir libremente si acepta o no someterse al tratamiento médico.

En tercer lugar, el inciso segundo del art. 100.3 CP se refiere a la negativa a continuar el tratamiento médico inicialmente consentido, por lo que se entiende que este inciso es aplicable solamente a los sujetos imputables condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y terrorismo que, habiendo aceptado previamente someterse al tratamiento médico, con posterioridad se niegan a continuarlo.

³⁵⁷ De conformidad con el art. 2.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, que establece que *“toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes y usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley”*.

Y, en cuarto lugar, el último inciso del art. 100.3 CP prevé expresamente que, “*No obstante, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate*”. Por tanto, dicha disposición podría aplicarse tanto a los inimputables y semiimputables como a los imputables.

Consecuentemente, si estamos ante la libertad vigilada ordinaria, el incumplimiento del tratamiento médico permitiría sustituirlo por “*otra medida entre las aplicables al supuesto de que se trate*”, es decir, algunas de las previstas en el art. 96 CP, como por ejemplo, si procede, el internamiento. Mientras que si se trata de la libertad vigilada postpenitenciaria, el incumplimiento del tratamiento inicialmente consentido sólo podría sustituirse por cualquiera de las obligaciones o prohibiciones previstas en el art. 106.1 CP.

La doctrina ha puesto de manifiesto la incorrecta ubicación del precepto, por lo que hubiese sido preferible regularlo en el contexto de la libertad vigilada, es decir, en el art. 106 CP³⁵⁸, o, dadas las peculiaridades que presenta, configurarlo de forma autónoma como una medida de seguridad no privativa de libertad en el art. 96 CP, desvinculándola de la libertad vigilada³⁵⁹.

9. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Este apartado tiene como objetivo reflejar la evolución de la jurisprudencia emanada del TS relativa a la libertad vigilada, su naturaleza y contenido. Para ello, he analizado los pronunciamientos más relevantes que han ido dictándose desde la entrada en vigor de la LO 5/2010 hasta la actualidad.

³⁵⁸ Así, expresamente, SANZ MORÁN, A.J., *La nueva medida de libertad vigilada*, Dialnet, págs. 1025 y ss.

³⁵⁹ ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Ed Aranzadi, 2011, págs. 202 y ss.

- STS núm. 216/2012, 1 de febrero de 2012:

Esta sentencia constituye uno de los primeros pronunciamientos del TS respecto a la medida de libertad vigilada.

El recurso de casación se presenta contra la STSJ de Castilla y León el cual revoca parcialmente la sentencia emitida por el Tribunal del Jurado. Anteriormente, el Tribunal del Jurado emitió veredicto absolviendo al acusado de un delito de asesinato por concurrir en él la circunstancia eximente completa de alteración psíquica, pero acordándose el internamiento del mismo a un Centro Médico-Psiquiátrico en régimen cerrado. Contra esta decisión se interpuso recurso de apelación ante el TSJ de Castilla y León que se estimó en parte y redujo el tiempo máximo del internamiento (de una duración que no excediera a veinte años a quince años).

El recurso de casación planteado por el penado se basa en que le ha sido impuesta una medida de internamiento en centro médico-psiquiátrico en régimen cerrado en lugar de contemplarse la posible adopción de un tratamiento médico externo, como una de las medidas previstas en el art. 96 CP.

El TS acaba desestimando el motivo al entender que la pretensión que interesa al recurrente, esto es, el sometimiento a un control médico externo de carácter periódico, que cabría adoptar bajo la forma de libertad vigilada, *no cumple con los fines a los que debe ir dirigida una medida de seguridad sustitutiva de la pena*. El tribunal considera que tal medida no es suficiente atendiendo a las condiciones psicológicas del penado, lo que hace necesaria una medida de internamiento en centro adecuado a su enfermedad.

En definitiva, esta sentencia fija un primer pronunciamiento respecto al ámbito de aplicación de la libertad vigilada. De ella se puede extraer la naturaleza de medida de seguridad que tiene la libertad vigilada, cuya esencia radica igualmente en “*la peligrosidad subsistente del sujeto*” que “*halla su respuesta idónea en una medida de*

*seguridad*³⁶⁰, que además, como cualquier otra medida de seguridad tiene como objetivo “*la protección a las víctimas, como en la rehabilitación y reinserción social del delincuente*”.

Por último, se puede concluir que la libertad vigilada es una medida que opera bien con posterioridad al cumplimiento de la pena, o bien como una medida sustitutiva de ésta, esto último, en los casos previstos por el art. 105 CP en relación a los arts. 101 a 104, esto es, para los sujetos exentos de responsabilidad criminal³⁶¹.

- STS núm. 347/2013, 9 de abril de 2013:

En este caso el TS resuelve un recurso de casación que tiene como antecedente una sentencia dictada por la AP Barcelona con fecha 24 de mayo de 2012, la cual condena al acusado como autor penalmente responsable de un delito consumado de abuso sexual, y de otros dos delitos intentados también de abuso sexual, sin que concurran circunstancias modificativas de responsabilidad penal, a una pena de dos años de prisión por el primer delito, y a una pena de un año de prisión para cada uno de los dos delitos intentados. Asimismo, se le impone al acusado la medida de seguridad de libertad vigilada por un tiempo de cinco años, la cual será ejecutable una vez cumplida las penas privativas de libertad.

Pues bien, en el recurso planteado, el Ministerio Fiscal denuncia que la sentencia de instancia excluye la imposición de la pena accesoria, en concreto, la de prohibición de aproximación, regulada en el artículo 57 y 48 del CP para los delitos objeto de la condena. El TS, bajo los argumentos que expondré a continuación estima el recurso del Ministerio Fiscal e impone la prohibición de aproximación a la víctima.

³⁶⁰ Según el Preámbulo de la LO 5/2010.

³⁶¹ Así establece el Fundamento de Derecho 2º: “*desarrollada esta novedosa medida, bien como instrumento posterior al cumplimiento de la pena, bien como sustitutivo de ésta, en los arts. 105 y ss. CP, la concreta petición que formula el recurrente cabría reconducirla al actual inciso k) del art. 106.1 CP, que autoriza la imposición al exento de responsabilidad criminal del seguimiento de un tratamiento médico externo o bien el sometimiento a control médico de carácter periódico, evidentemente siempre bajo control judicial [...]*”.

De los Fundamentos de Derecho de la STS se puede concluir que, si bien las penas accesorias del art. 57 CP se imponen facultativamente, sus fines y efectos no son alcanzables y garantizables mediante la libertad vigilada. En un principio el tribunal de instancia entendió lo contrario de allí a que la sentencia objeto de recurso impusiera la pena de libertad vigilada y omitiera la imposición de la prohibición de aproximación a la víctima: *“La sentencia excluye la imposición de las penas accesorias previstas en ese precepto como facultativas por considerar que “sus fines y efectos” ya son realizables mediante la libertad vigilada que, estima la sentencia, habría de coincidir en el tiempo.”*

Pero además, el tribunal de instancia fue un paso más allá al estimar que tanto las penas accesorias citadas como la libertad vigilada habían de coincidir en el tiempo. Frente a tal posición, el Ministerio Fiscal alega que la pena de prohibición de aproximación *“en los términos que la solicitó resulta no excluible por la razón que la sentencia expone”*.

En los Fundamentos de Derecho de la sentencia analizada, el TS se pronuncia en el sentido que la libertad vigilada prevista en los arts. 105.1.a) y 192 del CP y la prohibición de aproximación prevista en el art. 48 CP no tienen que coincidir temporalmente en su cumplimiento. Mientras la primera se cumple con posterioridad a la pena privativa de libertad, la segunda se cumplirá de forma simultánea con la pena de prisión tal y como impone el art. 57 CP.

Por último, el TS determina que la coincidencia en el tiempo entre la prisión y la prohibición no alcanza a la libertad vigilada, por lo que el argumento del tribunal de instancia decae.

- ATS núm. 1278/2013, 20 de junio de 2013:

El auto objeto de comentario inadmite un recurso de casación contra la SAP de Palencia de 5 de febrero de 2013, en la que se condenó al acusado como autor responsable de dos delitos de abusos sexuales (uno por el artículo 181.1 y el otro por el

183 Código Penal), sin la concurrencia de circunstancia modificativa alguna, a la pena de dos años y seis meses de prisión por cada uno de ellos. Por otra parte, añade que una vez cumplida la pena de prisión, el condenado deberá cumplir ocho años de libertad vigilada, la cual consistirá en la prohibición de aproximarse a menos de 150 metros de las tres víctimas menores.

En el recurso planteado el recurrente alega infracción de ley por indebida aplicación de la libertad vigilada prevista en el artículo 122.1 CP, entre otras. Concretamente considera que la medida de libertad vigilada que se le impone no puede alcanzar ocho años, alegación que defiende cuestionando la individualización de la pena que se le ha impuesto y considerando que le es aplicable la pena mínima dispuesto en la ley.

Frente a ello, el TS estima correcta la duración de la libertad vigilada reflejada en la sentencia de instancia. Su decisión parte de lo previsto en el art. 192.1 CP, que establece que la libertad vigilada tendrá una duración de entre cinco y diez años cuando se trate de delitos graves, especificando el tribunal que los delitos de abuso sexual al cual se ha condenado al recurrente, son graves, es decir, que superan los cinco años de prisión conforme a lo establecido por el art. 33 CP. Al respecto, el tribunal alude como ejemplo el delito de abusos sexuales a menores previsto en el art. 183 CP, el cual se castiga con pena de entre dos a seis años establece el código.

.- ATS núm. 1116/2014, 26 de junio de 2014:

El presente auto inadmite un recurso de casación contra la sentencia dictada por la AP Barcelona del 13 de noviembre de 2013. El fallo de la sentencia condena al acusado como autor de dos delitos: por una parte, un delito de violencia habitual en el ámbito familiar con la circunstancia atenuante analógica a la de embriaguez, como muy cualificada, a la pena de seis meses de prisión; por otra parte, como autor de un delito violación, en concreto, una agresión sexual con penetración, concurriendo la circunstancia atenuante analógica a la de embriaguez, como muy cualificada y la circunstancia agravante de parentesco, a la pena de seis años de prisión. Por último,

además de penas accesorias, por delito de violación se le impone cinco años de libertad vigilada.

El recurrente invoca como uno de los motivos del recurso la infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e infracción del principio acusatorio.

A juicio del recurrente, la medida de libertad vigilada impuesta por la sentencia de instancia infringe el principio acusatorio ya que su aplicación no ha sido solicitada por las acusaciones. Sin embargo, en el fallo del presente ATS se pronuncia en que no hay vulneración del principio acusatorio ya que la medida se ha impuesto de conformidad a las previsiones legales en la materia, esto es, de acuerdo con lo establecido en los artículos 192.2 y 106.1 CP³⁶², concluyendo que la imposición de la medida de libertad vigilada es preceptiva y no potestativa, por tanto, su aplicación no constituye un agravamiento de la pena solicitada por las acusaciones sino un acto por el cual el Tribunal de instancia pretende reemplazar la omisión de las acusaciones.

.- STS núm. 756/2014, 11 de noviembre de 2014:

Estamos ante una sentencia importante en la materia puesto que el TS recuerda a los tribunales que la imposición de la medida de libertad vigilada es de carácter obligatorio para todos los delincuentes sexuales condenados a pena privativa de libertad. Tal importancia queda reconocida por el propio TS, que dispone en la propia sentencia:

³⁶² Art. 192.1 CP: "A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor".

“La medida de libertad vigilada fue acogida en el derecho penal de adultos en la última gran reforma del Código Penal. Son pocos todavía los pronunciamientos sobre tal medida de nueva planta. El Fiscal provoca ahora un nuevo acercamiento jurisprudencial para aclarar una de las cuestiones que puede suscitar alguna duda; o, al menos, la ha suscitado al Tribunal a quo. Contribuye así a esa tarea de unificar la aplicación de las normas penales.”

Así, el recurso que resuelve la citada sentencia tiene como origen una sentencia de instancia que condena al acusado a dos delitos de abusos sexuales sobre menores de 13 años, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de responsabilidad criminal atenuante a una pena de prisión de un año por cada delito (total dos años). Asimismo, se le impone la pena accesoria de prohibición de aproximación a las víctimas. Tal y como se puede prever, la sentencia dictada en instancia omite la imposición de la medida de libertad vigilada en la sentencia de instancia habiendo una condena por un delito contra la libertad e indemnidad sexual.

Ante ello, la AP fundamenta la exclusión de la medida de libertad vigilada en la posible suspensión de la ejecución de la condena de prisión de dos años (un año por cada uno de los delitos) conforme al artículo 81 Código Penal.

Frente a esta tesis, el Ministerio Fiscal alega en el recurso un único motivo por infracción de ley, considerando que la sentencia dictada en instancia *conculca a la legalidad* al no imponer la medida de libertad vigilada que incluía su propia acusación.

El TS en un primer análisis del recurso considera que el argumento de la AP parece razonable³⁶³, posteriormente el Tribunal hace que nos planteemos la siguiente pregunta: ¿qué sentido tendría adoptar una medida de libertad vigilada si en caso de suspenderse la pena de prisión, el artículo 83 del Código Penal ya faculta al juez o tribunal sentenciador a condicionar tal suspensión a que el condenado cumpla con una

³⁶³ “Tal discurso en una primera aproximación parece razonable: si a través de la suspensión de condena podrán imponer reglas de conducta en gran parte similares al eventual contenido de la libertad vigilada (Art. 83 CP), establecer además esa medida sería - discúlpese el casticismo - como poner “albarda sobre albarda”.

serie de obligaciones o deberes, constituyendo éstos unos mecanismos de control similares a la libertad vigilada? Pues bien, el tribunal acaba pronunciando que la posibilidad de suspender una pena de prisión no habilita para dejar de imponer la libertad vigilada, la cual debe de cumplirse una vez extinguida la pena privativa de libertad, sin perjuicio de las posibilidades de reducción, revisión o incluso cese que prevé el CP en sus arts. 106 y 97.

Asimismo, el TS reconoce que aunque ambas instituciones jurídicas – medida de libertad vigilada y el art. 83 del CP- son de contenido equivalente y simétrico, su naturaleza dogmática es diferente, añadiendo que si se tuviera en cuenta la tesis de la AP, la razón de ser de la medida de libertad vigilada decaería, puesto que su contenido y finalidad quedarían absorbidos por la institución jurídica del art. 83 CP.

Para sostener este fundamento, el tribunal examina detenidamente la literalidad de los artículos que regulan la medida de libertad vigilada, estableciendo los siguientes extremos más importantes.

En primer lugar, que es obligatoria la imposición de la medida de libertad vigilada a todos los delincuentes sexuales condenados a pena privativa de libertad. Concretando que, solo cuando se trate de un único delito cometido por un delincuente primario el juez o tribunal puede prescindir de ella.

En segundo lugar, que la pena de prisión sea susceptible de ser suspendida no conlleva necesariamente la concesión del beneficio a no imponer la libertad vigilada, la cual es de aplicación preceptiva. Así, recoge que: “[...] si se ha dejado de imponer por esa razón la libertad vigilada y luego la suspensión ha de ser revocada por incumplimiento de las condiciones o comisión de un nuevo delito (art. 84 CP), resultará que dejará de aplicarse después de la prisión una medida complementaria (la libertad vigilada) que el Código prevé como obligatoria”.

En tercer lugar, el TS siguiendo su propia jurisprudencia³⁶⁴, establece que la suspensión de condena no deja de ser una forma de cumplimiento *como puede inferirse de la rúbrica del capítulo donde está regulada*³⁶⁵. Por tanto, no resulta procedente la conclusión de que no puede haber una medida posterior al cumplimiento de la condena porque ésta no se vaya a cumplir, afirmando el TS que la suspensión de la condena es una forma sustitutiva de ejecución de la misma³⁶⁶.

En cuarto lugar, la libertad vigilada no es una pena susceptible de ser suspendida a tenor del art. 81 CP, solamente las penas privativas de libertad pueden suspenderse pero la medida de libertad vigilada no³⁶⁷, pudiendo solamente ser objeto de revisión, reducción o clausura³⁶⁸, sin perjuicio de lo que dispone el art. 97 CP.

En quinto lugar y último, el TS interpreta los art. 106.2 y 3 y 97 CP, estableciendo que la valoración previa que se debe hacer de la medida antes de que ésta se comience a ejecutar y el seguimiento posterior, no solamente sirven para fijar las condiciones y el contenido de la misma, sino también para evaluar la reducción de la duración o cancelación de la ejecución; respecto a este segundo aspecto el TS en sus fundamentos añade que no es una premisa ilógica, así: *“Esta segunda premisa hace que ni siquiera puede tacharse de ilógica o poco razonable la imperatividad de la medida también cuando va precedida de un sustitutivo penal como es la suspensión de condena con unos contenidos eventualmente equiparables.”*

³⁶⁴ STS 450/2012, de 24 de mayo con criterio también insinuado en las SSTC 109/2013, de 6 de mayo ó 152/2013, de 9 de octubre.

³⁶⁵ El Capítulo III del Título III (De las penas) (Libro I) recoge las *“formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad”*: en la Sección 1ª *“De la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, la Sección 2ª “De la sustitución de las penas privativas de libertad, y por último, la Sección 3ª “De la libertad condicional”*.

³⁶⁶ *Por tanto no puede decirse que en esos casos no produciéndose “cumplimiento” no puede existir una medida posterior al “cumplimiento”. Estamos ante una forma sustitutiva de ejecución.*

³⁶⁷ Recordemos que la medida de libertad vigilada es una medida no privativa de libertad.

³⁶⁸ Art. 106.3 CP: *“Por el mismo procedimiento del artículo 98, el Juez o Tribunal podrá: a) Modificar en lo sucesivo las obligaciones y prohibiciones impuestas. b) Reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas. c) Dejar sin efecto la medida cuando la circunstancia descrita en la letra anterior se dé en el momento de concreción de las medidas que se regula en el número 2 del presente artículo.”*

Y añade dos argumentos en relación a la suspensión de la condena y la posibilidad que la medida de libertad vigilada pueda ser revisada, incluso para reducir su duración o cancelarla.

Por una parte, el TS estima que el órgano judicial podrá llegar no solo a reducir el tiempo de duración de la libertad vigilada o de acotar su contenido sino también a dejar de ejecutar tal medida de libertad vigilada si la suspensión de la condena de prisión *se ha revelado como suficiente para anular la peligrosidad y deviene innecesaria la imposición de libertad vigilada*. Si la medida se revela innecesaria concluye el TS que no tendrá que cumplirse. Asimismo, determina que *si esa posibilidad legal se mantiene abierta no tiene sentido anticipar en el momento de la sentencia una decisión que podrá tomarse contando con datos actualizados que favorecen el acierto cuando llegue el momento de ejecución de la medida*. Por último, estima que *no es razonable cerrar esa puerta que el legislador mantiene accesible hasta que llegue el momento de concretar la medida*.

Por otra parte y como argumento final, el TS determina que aunque el contenido eventual de la medida de libertad vigilada y aquellas recogidas en el artículo 83 Código Penal son *muy similares, no son idénticos*, como tampoco son *las consecuencias que la ley anuda al incumplimiento de unos y otros (arts. 84 y 106.4 CP)*.

.- ATS núm. 681/2015, 14 de mayo de 2015:

Este auto inadmite el recurso planteado contra la sentencia de instancia que condena al recurrente como autor de un delito de abuso sexual con la circunstancia atenuante de embriaguez a una pena de cuatro años de prisión y al cumplimiento de la medida de seguridad de libertad vigilada por un periodo de cinco años.

En este supuesto, nos centraremos en el tercer motivo por infracción de ley, porque el recurrente estima que debe aplicarse la atenuante de embriaguez como muy cualificada, y por otra parte, infracción de los arts. 192 y 66 del CP, respecto a la pena impuesta.

Al respecto, el recurrente dispone en su escrito que *"la atenuación de la pena condicionaría la no aplicación del art. 192 del Código Penal "*.

El TS acaba por no estimar la atenuante pretendida por las causas especificadas en el mismo auto, añadiendo que sí procede la aplicación de la medida de libertad vigilada tal y como condenó la sentencia de instancia, por una parte, porque su aplicación es preceptiva a tenor del art. 192 CP, por otra, porque el recurrente ha sido condenado por la comisión de un delito contra la libertad sexual grave, cuya pena podría haber superado los cinco años de prisión, ya que conforme al art. 181.4 del CP la pena a imponer oscila entre los cuatro y los diez años de prisión.

SEXTA PARTE: PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

1. CONCEPTO HISTÓRICO

Si a lo largo del estudio he ido incorporando y analizando las novedades introducidas en la reforma del CP de 2015, seguramente, la prisión permanente revisable, junto con la desaparición de las faltas, se presenta como la cuestión estrella del nuevo texto punitivo y una de las novedades que más debate doctrinal ha suscitado pese a su reciente incorporación.

El anuncio en la Exposición de motivos de la LO 1/2015 al introducir la pena de prisión permanente revisable “*para supuestos de excepcional gravedad*”, y que “*de ningún modo renuncia a la reinserción del penado*”, parece que se esté adelantando a una previsible o eventual cuestión sobre su constitucionalidad, al resultar dudosamente compatible con la redacción del art. 25.2 CE³⁶⁹.

Ciertamente, el concepto prisión permanente revisable ya ha planteado ciertas reticencias, puesto que no deja de ser un eufemismo con el que se trata de evitar hacer referencia a la denominación tradicional de cadena perpetua y eludir, de este modo, las connotaciones negativas que conlleva.

El propio CGPJ puso de manifiesto en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el CP que el adjetivo permanente debía entenderse como un sinónimo de perpetuo³⁷⁰.

Asimismo, gran parte de la doctrina³⁷¹ entiende que con la prisión permanente revisable se está estableciendo una cadena perpetua³⁷², de las más duras que existen

³⁶⁹ Reza el art. 25.2 CE que “*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la readaptación social del delincuente*”

³⁷⁰ Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pág. 39.

³⁷¹ Díez RIPOLLÉS, J. L. Entrevista para el eldiario.es, de 24 de febrero de 2015.

incluso en occidente, y ello no varía por el hecho de que se trate de una condena “revisable”, puesto que en ningún lugar de Europa existe una cadena perpetua que no esté sometida a ninguna revisión. Así pues, el adjetivo revisable nada nuevo añade a la idea de cadena perpetua que impera en el continente europeo³⁷³.

El anteproyecto de 2012 ya incorporaba la pena de prisión permanente revisable pero estaba únicamente prevista para el delito de homicidio terrorista. De hecho, el entonces Ministro de Justicia, Don Alberto Ruiz-Gallardón, ya anunció que la pena de reclusión permanente debía aplicarse exclusivamente a aquellos delitos para los que la sociedad considera no haber años suficientes para que una persona recupere la libertad por el daño realizado³⁷⁴, descartando así su aplicación por la comisión de otros delitos graves.

Sin embargo, la excepcionalidad que en un inicio se predicaba de la prisión permanente revisable se ha visto en gran medida desvirtuada por la actual LO 1/2015, en tanto que el catálogo de supuestos en los que se aplica dicha pena se ha aumentado considerablemente.

³⁷² Por el contrario, para Antonio Dorado Picón, Vocal del CGPJ, el alcance de la pena de prisión permanente revisable prevista en el Anteproyecto referido no induce a ningún error. Coincide que la misma no es una pena perpetua encubierta o una pena incierta, sino que se trataría más bien de una pena de duración indeterminada pero con unos plazos mínimos de cumplimiento visiblemente establecidos en los arts. 78 y 92 CP. Añade, además, que si tal pena puede llegar a ser permanente o perpetua, ya se prevé la garantía de revisar los plazos y demás requisitos que la norma establece. Al respecto, véase el voto particular formulado por los vocales D^o Antonio Dorado Picón y Doña Concepción Espejel Jorquera al informe elaborado por la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial de fecha 8 de enero de 2013, aprobado por el Pleno del CGPJ en fecha 16 de enero de 2013.

³⁷³ Respecto a la palabra “permanente” de la prisión permanente revisable, Dorado Picón y Espejel Jorquera llegan a afirmar que la nomenclatura permanente conlleva que esta condena continúe invariable hasta la concurrencia, por el su carácter de “revisable”, de los requisitos para que se decrete su extinción. De allí a que se regulen unos plazos de revisión de la misma, lo que conlleva el cumplimiento de las exigencias constitucionales y de la doctrina del TEDH respecto al principio de legalidad y seguridad jurídica. Véase el voto particular formulado por los vocales Don Antonio Dorado Picón y Doña Concepción Espejel Jorquera al informe elaborado por la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial de fecha 8 de enero de 2013, aprobado por el Pleno del CGPJ en fecha 16 de enero de 2013.

³⁷⁴ Ruiz-Gallardón, A. Sesión de control al Gobierno en el Senado en abril de 2012. Recuperado de <http://www.lavanguardia.com/politica/20120417/54284865326/prision-permanente-revisable-aplicara-solo-delitos-de-terrorismo.html>.

El preámbulo de la LO ya pone de manifiesto que los delitos que llevan aparejada la pena de prisión permanente revisable son los que, a juicio del legislador, revisten una mayor gravedad.

Concretamente, dicha pena se prevé, en primer lugar, para los asesinatos especialmente graves del art. 140 CP, a saber los perpetrados contra menores de dieciséis años o personas vulnerables por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, aquellos asesinatos posteriores a un delito contra la libertad sexual de la víctima, los cometidos por miembros de una organización o grupo criminal, así como aquellos en los que se provoque la muerte de más de dos personas.

En segundo lugar, también será castigado con la pena de prisión permanente revisable el que matara al Rey, la Reina o al Príncipe o Princesa de Asturias (art. 485 CP), así como el que matara al Jefe de un Estado extranjero u otra persona protegida por Tratado que se encuentre en España (art. 605 CP)³⁷⁵.

Finalmente, la LO 1/2015 prevé la aplicación de la prisión permanente revisable para determinados supuestos de genocidio, cuando comporte la muerte, agresión sexual o lesiones graves de alguno de los integrantes del colectivo (art. 607 CP) y de crímenes de lesa humanidad, siempre y cuando comporten la muerte de alguna persona (art. 607 bis CP).

Tras una simple lectura de la LO 1/2015, se puede hondar en el interrogante de por qué el legislador ha considerado conveniente introducir en nuestro sistema de penas la prisión permanente revisable y por qué se prevé exclusivamente para el catálogo de ilícitos penales anteriormente mencionado y no para otros delitos que podrían considerarse igualmente graves.

³⁷⁵ Parece bastante obvio que su aplicación no depende tanto de la gravedad del hecho, sino en base a reproches morales que difícilmente justifican una respuesta penal tan dispar. La previsión para el homicidio del Jefe del Estado, Jefe de Estado extranjero, delitos de lesa humanidad o genocidio, no deja de ser puramente simbólica por no decir anecdótica.

Y es que llama especialmente la atención la ausencia de justificación suficiente de la introducción de dicha pena. Así, en la exposición de motivos³⁷⁶ los únicos argumentos que parecen dirigidos a justificar³⁷⁷ la incorporación de la prisión permanente revisable son, por una lado, la necesidad de fortalecer la confianza³⁷⁸ en la administración de Justicia garantizando que las resoluciones judiciales y las penas impuestas sean percibidas por la sociedad como justas y, por otro, la existencia de penas similares en los países de nuestro alrededor.

Ciertamente, la lectura del texto puede llevar a pensar que se trata de una pena ajustada a la gravedad del hecho, la culpabilidad del autor y la orientación resocializadora de la privación de libertad, a saber: cumplimiento de una parte mínima de la condena³⁷⁹, revisiones continuas de la situación del penado y pase a la libertad condicional.

A priori parece todo cuadrar en un sistema avanzado y respetuoso con los derechos inalienables de todo ciudadano, pese a que estemos ante la comisión de un hecho de extraordinaria gravedad. Si bien, en la exposición de motivos únicamente encontramos una sucinta explicación de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable y diversos argumentos dirigidos a defender la constitucionalidad de dicha medida³⁸⁰, dado que, si bien se tiene que cumplir de forma efectiva una mínima parte de la condena, una vez transcurrido tal periodo el tribunal revisará periódicamente la

³⁷⁶ Reza la exposición de motivos que “(...) *La pena de prisión permanente revisable no constituye, por ello, una suerte de “pena definitiva” en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión.*”.

³⁷⁷ Asimismo, el propio Consejo de Estado en la Exposición de motivos II del anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP avaló la constitucionalidad de las penas de las penas de duración indeterminada (eso sí, revisables) al remitirse a la ratificación por España del Estatuto de la CPI, en el que está también prevista la posible imposición de una pena de prisión permanente.

³⁷⁸ El TEDH en el caso *Stafford v. Gran Bretaña*, de 28 de mayo de 2002, vino a declarar la ilegitimidad de mantener a una persona en prisión con la finalidad de salvaguardar la confianza de los ciudadanos en el sistema penal.

³⁷⁹ A modo de período de seguridad.

³⁸⁰ Tales como su compatibilidad con el artículo 3 del CEDH (declarada por el propio TEDH) y con el principio de reinserción del penado.

situación del penado con el objetivo de verificar si existe un pronóstico favorable de reinserción social que permita suspender la pena.

Precisamente, la ausencia de argumentos que justificaren la reforma del CP fue una de las principales críticas que el Consejo de Estado realizó en su Dictamen al anteproyecto de reforma del CP. Concretamente, el Consejo de Estado discrepó de la forma en que se presentaba esta importante decisión política penal y penitenciaria, e insistió en la necesidad de que una reforma de tal envergadura fuera acompañada de una justificación profunda, detallada y respaldada por datos precisos de las razones que la motivaban³⁸¹.

Sin embargo, el legislador no ha utilizado ningún dato que sirva para justificar la reforma simplemente porque tales datos no existen. España se erige como uno de los países europeos con la tasa de criminalidad más baja, no únicamente desde una perspectiva general³⁸², sino también en relación con los delitos más graves como son los homicidios dolosos o los asesinatos³⁸³.

Si ya resulta difícil la adecuación constitucional de los larguísimos períodos de cumplimiento de las penas de prisión³⁸⁴, incluso en muchos casos con el cumplimiento íntegro de la pena, aún lo es más esta nueva pena grave que, se presente como se presente, no deja de ser una cadena perpetua³⁸⁵.

No olvidemos que la pena de muerte fue utilizada en España sin interrupción hasta el año 1932, cuando fue abolida a raíz de una reforma del CP introducida durante la Segunda República y fue restablecida en octubre de 1934, para delitos de terrorismo y bandolerismo. Con el franquismo se reincorporó plenamente al CP en 1938,

³⁸¹ Dictamen del Consejo de Estado 358/2013 de 27 de junio de 2013.

³⁸² Según Eurostat la tasa de criminalidad española en 2013 es del 46,1 % estando únicamente por debajo Italia, Portugal y Grecia. Actualmente, según Ministerio del Interior, en el primer trimestre de 2015 la tasa ha descendido a 44,3 %.

³⁸³ Según Ministerio del Interior en 2013 la tasa de homicidios dolosos y asesinatos consumados es del 0,64 %.

³⁸⁴ El anterior art. 140 CP ya permitía llegar a los 25 años de privación de libertad.

³⁸⁵ CARBONELL MATEU, J. C., (25 de enero de 2015), *Otra vez sobre la reforma penal*. Recuperado de <http://alrevesyalderecho.infolibre.es>.

argumentando que su abolición no era compatible con el buen funcionamiento de un estado, siendo las últimas ejecuciones en España las de dos miembros de ETA político-militar y tres del FRAP, fusilados el 27 de septiembre de 1975, en medio de fuertes protestas internacionales contra la dictadura franquista.

Finalmente, la pena de muerte en España fue abolida, bajo cualquier circunstancia, por la LO de 27 de noviembre de 1995. De hecho, ya llevaba abolida 17 años, desde la Constitución de 1978, exceptuando lo que pudieran disponer las leyes penales militares en tiempos de guerra.

Pero es aquí precisamente donde se critica la introducción de la pena en un sistema que hasta ahora la desconocía. En España, la construcción de la democracia, ha sufrido durante años el tremendo impacto de un terrorismo que ha costado la vida de cientos de personas y ha supuesto un terror que cuestionaba la libertad de sus decisiones en muchos aspectos³⁸⁶.

Según ROIG TORRES, resulta evidente que la introducción de la prisión permanente revisable en el ordenamiento penal español persigue una finalidad eminentemente política y presenta un cariz populista³⁸⁷, en tanto que el endurecimiento del derecho penal es la respuesta a una percepción generalizada entre los ciudadanos de impunidad.

Por tanto, la razón de porqué se ha impuesto la prisión permanente revisable a los delitos anteriormente mencionados y no a otros igualmente graves, parece no tener explicación razonable alguna. Por un lado, no ha habido ningún aumento de criminalidad considerable que el legislador pueda utilizar como excusa para incorporar en este momento la cadena perpetua revisable y, por otro lado, tampoco hay razones de peso que lleven a pensar que el sistema actual vigente no funciona, ya que con el mismo

³⁸⁶ CARBONELL MATEU, J. C., 18 de diciembre de 2013, *El Proyecto de Código Penal: un retroceso histórico*. Recuperado de <http://alrevesyalderecho.infolibre.es>

³⁸⁷ ROIG TORRES, M., *La reiteración delictiva: algunas reflexiones sobre el nuevo tratamiento en el Anteproyecto de reforma del Código penal*, en Rev. General de Derecho Penal, nº 19, 2013.

se ha logrado, por ejemplo, desarticular al grupo terrorista ETA³⁸⁸ pese a que continúen las detenciones de ex miembros del grupo.

Al margen del terrible hecho acaecido el 11 de Marzo de 2004, llevado a cabo por Al Qaeda y, por tanto, proveniente del terrorismo internacional, ha sido el interno el que ha golpeado de manera más duro y, sobre todo, permanente. ETA ha causado mucho daño a la libertad, además de asesinar muchas vidas y lo ha hecho de manera a veces selectiva y a veces indiscriminada, pero parece que en la actualidad ha sucumbido ante el Estado de Derecho y ante la respuesta dura pero proporcionada de la ley penal. Por tanto, parece que han llegado las interpretaciones jurisprudenciales, dudosamente ajustadas a los principios penales, cuando parecía menos necesaria la imposición de la nueva pena.

Ciertamente, justamente cuando el terrorismo interno ha dejado de ser el primer motivo de preocupación de los ciudadanos y cuando la banda se encuentra técnicamente en tregua permanente irreversible y en la práctica extinguida³⁸⁹, es cuando se introduce la cadena perpetua y se somete su ejecución a una rigidez que significa dar por supuesta la permanencia de una peligrosidad que parece, por el contrario, desaparecida.

Por ello, son muchos los autores que destacan la tremenda inoportunidad de la introducción de una pena, ya de por sí de más que de probable inconstitucionalidad y, en todo caso, absolutamente rechazable desde la óptica de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico.

Es verdad que se trata de una prisión permanente revisable, lo que parece disminuir los efectos siniestros de la cadena perpetua y salvar, con esto, la

³⁸⁸ Así, tal y como expresa el Consejo de Estado en su Dictamen, la lucha antiterrorista puede ser plenamente eficaz mediante la conjunción de una serie de medidas de diversa índole, sin necesidad de introducir la prisión permanente revisable en el CP.

³⁸⁹ Cuando lo que parece necesario es abordar una política criminal que permita asegurar dicha extinción y adecuar las penas que se elevaron con motivo de incremento del terrorismo o, en su caso, revisar criterios de ejecución penitenciaria y buscar la integración de los penados en la sociedad.

inconstitucionalidad³⁹⁰ que comportaría el abandono de la finalidad de readaptación social de una pena privativa de libertad³⁹¹.

En definitiva, lo que ha quedado patente es que el legislador había tomado la decisión ya en 2012 de incorporar la prisión permanente revisable en nuestro sistema, con independencia de si sólo se preveía para los homicidios terroristas (como sucedía en un inicio) o para otro tipo de delitos. Se podría afirmar, pues, que la cuestión relativa a qué delitos llevan aparejada dicha pena es, en gran medida, secundaria³⁹². Es decir, que el legislador haya configurado de este modo el catálogo de delitos sancionables con pena de prisión permanente revisable conlleva el riesgo de que, en un breve periodo de tiempo, la sociedad demande que la pena se aplique también a otros supuestos como a los violadores en serie o a los integrantes de un grupo terrorista y si el legislador sigue la misma línea que con la actual LO 1/2015 nos encontraremos con una infortunada expansión de la prisión permanente revisable.

Finalmente, enfatizar que la cadena perpetua, pese a que sea una pena arraigada en varios países de nuestro entorno, no la convierte, sin más, en adecuada para nuestro derecho penal. Diversos autores ponen de manifiesto que una medida como la aquí discutida no puede justificarse únicamente porque la misma exista en otros ordenamientos jurídicos europeos³⁹³, máxime si se tiene en cuenta que con el actual

³⁹⁰ Para Corcoy Bisasolo constituye un fraude de ley el aumento del límite máximo de la prisión junto al cumplimiento íntegro de las penas ya que en realidad se estaría aplicando una cadena perpetua, considerado inconstitucional por romper con la finalidad preventiva como objetivo final del cumplimiento de las penas. En CORCOY BIDASOLO, M., *Sistema de penas y líneas político criminales en las últimas reformas del Código Penal. ¿Tiende el Derecho Penal hacia un “Derecho penal de dos velocidades?”, Derecho Penal de enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer S.L., 2006, págs. 409 y ss.

³⁹¹ Sin embargo, para Lascuraín Sánchez la revisabilidad de la prisión permanente no disminuye los efectos negativos de la cadena perpetua, ya que *si la pena de prisión es permanente, es inhumana; si es revisable, es imprecisa*, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Ni aunque sea revisable*, 3 de octubre de 2013, El País. Recuperado de <http://elpais.com>

³⁹² PEÑARANDA RAMOS, E. en Álvarez García F. J. et al., *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Tirant lo Blanch, 2013, págs. 487 y ss. y 489 y ss.

³⁹³ En palabras de CUERDA RIEZU “no siempre la mayoría acierta”. CUERDA RIEZU, A. *Cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*. Atelier, 2011, pág. 35.

sistema penal vigente en España es posible imponer condenas bastante superiores a las previstas en la mayoría de los países europeos que tienen cadena perpetua ³⁹⁴.

Así, tal y como expone el CGPJ³⁹⁵, en Alemania, al igual que en el Reino Unido, la pena de privación de libertad temporal máxima es por regla general de 15 años, mientras que en nuestro ordenamiento actual puede alcanzar los 40 años de prisión. Por consiguiente, en los países que admiten la cadena perpetua tienen un sistema de penas bastante más moderado que el español, resultando a todas luces innecesario agravar aún más si cabe las penas previstas en nuestro CP que, si bien no se han denominado formalmente “*cadena perpetua*” en algunas ocasiones operan, *de facto*, tal y como analizaré en los siguientes apartados.

2. ESTADÍSTICA DE LA DELINCUENCIA

A la hora de valorar y analizar esta nueva institución punitiva y la eficacia de eventuales futuras, examino en primer lugar el marco contextual actual de la delincuencia estadística para intuir cuáles serán los puntos débiles del sistema.

Nuestro país posee el triste honor de poseer uno de los porcentajes de presos más altos de Europa (164 presos por cada 100.000 habitantes, mientras que la media europea es de 63 por cada 100.000). Paradójicamente, en España la tasa de criminalidad es del 47,6 por 100.000 habitantes, muy lejos de la europea (70,4), y mucho más lejos de otros Estados como Reino Unido (101,6) o Alemania (76,3), por lo que la gran cantidad de reclusos no se debe al aumento de la delincuencia sino parece tener más que ver con el abuso de las penas de prisión y con una política de mano dura.

En la actualidad, pese a que tenemos una de las poblaciones de reclusos más elevadas de Europa, la tendencia es que cada vez hay menos presos en España, según los últimos datos hechos públicos por la Secretaría General de Instituciones

³⁹⁴ MARTÍNEZ MORA, G., *Alternativas jurídicas al tratamiento penal de la delincuencia habitual*. J.M. Bosch Editor, 2015, pags. 165 y ss.

³⁹⁵Informe del CGPJ al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, pág. 31.

Penitenciarias, de los 76.079 internos que había en las cárceles del país en 2009 se ha pasado a los 65.017 en diciembre de 2014. Más de 11.000 personas, por lo tanto, han abandonado las prisiones en el último lustro, lo que representa un 15% de descenso³⁹⁶.

Desde el año 1990, el número de presos en las instalaciones penitenciarias españolas no ha hecho más que subir hasta el mencionado año 2009 (sólo en 1995 y 1996 las cárceles experimentaron un ligero descenso a modo de excepción), que registró el récord de población reclusa en la historia reciente de España. Pero no tenía sentido ser uno de los países con menos criminalidad del mundo y que los inquilinos de las cárceles vivieran hacinados.

El año 2010 fue, por tanto, el primer año de esta nueva tendencia descendente, la mayor de los últimos 25 años. En ese ejercicio, el Congreso de los Diputados aprobó dos reformas del CP. Según todos los expertos, ello provocó que la cifra de internos se redujera en 12 meses hasta los 73.929. Un año después, a saber en el año 2011, volvió a bajar hasta los 70.472 reos. En 2012, se llegó a los 68.597 reclusos. En 2013, 66.765. Y a últimos de diciembre de 2014, a 65.017 presos³⁹⁷.

Las sucesivas reformas, según dichos expertos, provocaron una significativa reducción de las condenas, entre otros, contra los pequeños narcotraficantes. El límite máximo de prisión pasó de nueve a seis años y esto supuso también la revisión de numerosas penas y la consiguiente salida de muchos internos. En concreto, a 31 de diciembre de 2010, había 16.227 reclusos condenados por este tipo de delitos en las cárceles españolas y cuatro años después, apenas quedaban 13.066, es decir, más de 3.000 presos menos.

En la actualidad, se pretende agravar las penas para solucionar determinados problemas de índole político criminal, por supuesto, en muchos casos, de extrema gravedad (terrorismo, delitos sexuales, asesinatos múltiples, etc.). Es por ello que una

³⁹⁶ Estadística penitenciaria, Secretaria General de Asuntos Penitenciarios del Estado Español, www.institucionpenitenciaria.es

³⁹⁷ RUÍZ BALLESTEROS, R., *Las cárceles se quedan vacías: la población reclusa baja por quinto año consecutivo*, 18 de febrero de 2015, El Confidencial. Recuperado de <http://www.elconfidencial.com>.

medida como la prisión permanente revisable aprobado por el nuevo CP, es sin duda alguna, un eufemismo de la cadena perpetua encubierta, que además podría llevar a declararse su inconstitucionalidad (en atención a la posible vulneración del carácter humanitario de la Constitución, contenido en su art. 25.2), goza del apoyo mayoritario de las encuestas, de ahí la orientación populista del legislador³⁹⁸.

No obstante, un análisis sosegado de las estadísticas, y de nuestro sistema penal y penitenciario, parece indicar que tal vez éste no sea el camino más afortunado. Así, como he mencionado anteriormente, tenemos una de las tasas de criminalidad más bajas del mundo, lo que por supuesto también alcanza a los delitos violentos graves, para los que se impondría la condena permanente revisable, tras cumplir no menos de 25 años de cárcel consecutivos. La revisión posible no está prevista antes de este periodo, cuando en países como Alemania la revisión de la situación es obligada generalmente a los 15 años de cumplimiento efectivo.

En España el número de crímenes por cada mil habitantes está en 46,1, a saber, uno de los índices más bajos de Europa. Y, específicamente, si hablamos de homicidios dolosos y asesinatos consumados, susceptibles de la prisión permanente revisable, España es el país más seguro de nuestro alrededor.

En cambio, el tiempo medio de estancia en la cárcel de la población reclusa que cumple en España es el más alto de Europa, lo que demuestra la dureza de nuestro CP.

Pese a la disminución de reclusos que las cárceles españolas han sufrido en los últimos cinco años, seguimos teniendo, una de las mayores tasas de población de presos de Europa: 147 internos por cada 100.000 habitantes frente a los 98 de Francia o 79 de Alemania. Siendo que además cada uno cuesta al erario público unos 24.000 euros al año.

³⁹⁸ Se habla de una política criminal que apunta hacia un modelo penal de seguridad ciudadana. Más detallado en: Díez RIPOLLÉS, J.L., *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, en Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2004.

Por tanto, la aplicación de la prisión permanente revisable supondrá para las arcas del Estado un gasto aún mayor³⁹⁹, dado que el sustento de los reclusos condenados como mínimo a 25 años de prisión, llevará aparejado mayores costes no sólo pecuniarios sino también con la superpoblación presa.

Como muchos autores recogen, en la actualidad, el modelo punitivo de una sociedad democrática debería fundarse en principios básicos como el de igualdad y humanidad de las penas⁴⁰⁰.

La constitucionalidad de esta medida se ha defendido alegando su carácter revisable, pero como apunta CUERDA RIEZU, quien defiende la prisión permanente revisable no puede defender en serio al mismo tiempo la idea de la reinserción social⁴⁰¹ como fin de la pena o, al menos, no para todos los condenados⁴⁰².

Dichos autores mantienen que si a un preso que cabría calificar de muy peligroso por la tipología de delitos para los que está prevista la prisión permanente revisable, le impones un cumplimiento de 25 años sin esperanza ni motivación alguna, dicho interno podrá caer en el odio mayor al sistema, resultando complejos los propios fines de la pena. La solución a eso sería también inconstitucional, un Guantánamo a la Española, eliminando todo derecho.

Consecuentemente, desde el punto de vista de los derechos humanos la prisión permanente, por muy revisable que diga ser, deviene de difícil asimilación. Como sostiene MAPELLI CAFFARENA, todos necesitamos la sensación, la esperanza vital de poder tornar nuestro futuro, de poder intervenir para mejorarlo haciendo cosas positivas,

³⁹⁹ En esta misma línea coinciden Díez Ripollés, J.L. y Sáez Valcárcel, R., *La reforma penal y el sueño de la razón*, El País de 24 de abril de 2013

⁴⁰⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El principio de humanidad en Derecho Penal*, en Eguzkilore, núm. 23, 2009, pág. 217.

⁴⁰¹ Sobre la incompatibilidad entre reinserción social y la prisión permanente revisable más ampliamente en CUERDA RIEZU, A., *Cadena Perpetua y las Penas muy Largas de Prision: porque son Inconstitucionales en España*, 1ª ed., Atelier, 2011, págs. 40 y ss.

⁴⁰² De esta misma opinión es Carmen Juanatey en JUANATEY DORADO, C., *Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. LXV, pág. 132.

para nosotros y para nuestro entorno⁴⁰³. Sin esa esperanza la pena deja de tener reinserción o reeducación, sólo un valor punitivo, que tampoco justifica la medida, pues también está demostrado, desde los tiempos de BECCARIA⁴⁰⁴, que la esencia de la pena nunca debe ser el castigo, sino su infalibilidad: “ *La certidumbre de un castigo, aunque éste sea moderado, siempre causará más impresión que no el temor de otro más terrible al que vaya unida la esperanza de la impunidad, porque los males cuando son ciertos, aunque sean pequeños, asustan siempre más al ánimo de los hombres...* ”⁴⁰⁵.

Por tanto, con la reforma del CP de 2015, las penas no sólo se endurecen sino que lo hacen sobre políticas populistas en vez de eficaces. Por tanto, estos asuntos conllevarán mayor prevención y medios profesionales y económicos para que la reinserción y la reeducación sean posibles.

3. CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

Como puse de manifiesto en el primer apartado, el preámbulo de la Ley, más que ofrecer una justificación razonable que explique por qué motivo se introduce la prisión permanente revisable, lo que hace es dar argumentos para tratar de blindar dicha medida frente a las posibles tachas de inconstitucionalidad. El razonamiento que permite sostener que la prisión permanente revisable supera el test de constitucionalidad es simple, a saber en la medida en que se trata de una pena susceptible de revisión la

⁴⁰³ En opinión de MAPELLI CAFFARENA ni la prisión perpetua ni las penas de larga duración pueden existir en un sistema penitenciario orientado a la resocialización (art. 25 CE), lo que lleva a crear al penado una expectativa futura de reincorporación pacífica en la sociedad. En MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Ed Civitas, pág. 81.

⁴⁰⁴ Cesare Bonesana, marqués de Beccaria (Milán, 15 de marzo de 1738 - ibídem, 28 de noviembre de 1794), fue un literato, filósofo, jurista y economista italiano, y padre de Giulia Beccaria, quien a su vez fue madre de Alessandro Manzoni. Ligado a los ambientes ilustrados milaneses, formó parte del círculo de los hermanos Pietro y Alessandro Verri, colaboró con la revista *El Café* y contribuyó a fundar la Academia de los Puños (*Accademia dei Pugni*). Estimulado por Alessandro Verri, protector de los encarcelados, se interesó por la situación de la justicia. Sus influencias principales fueron de John Locke, Montesquieu, Claude-Adrien Helvétius y Étienne Bonnot de Condillac.

⁴⁰⁵ CESARE BECCARIA, Libro llamado Tratado de los delitos y de las penas. El libro publicado en italiano en 1764, ha tenido y tiene numerosas ediciones y traducciones.

finalidad resocializadora que la CE predica de las penas en el art. 25.2 no se verá mermada⁴⁰⁶.

Sin embargo, se debe analizar si realmente la función resocializadora se ve protegida⁴⁰⁷. En este sentido, en STS núm. 343/2001, de 7 de marzo, ya se recogió que *una pena de esta extensión (más de 25 años) no cumple ya ninguna función preventiva general ni preventiva especial, ni tiene virtualidad para producir efectos reeducadores o resocializadores*.

Dicha sentencia añade, además, que una pena que por su extensión se asimilara a la cadena perpetua *chocaría con los principios constitucionales en cuanto que resultaría no solo inhumana y degradante sino que perdería cualquier posibilidad resocializadora*.

En relación a esta excesiva extensión de la pena mencionada en la anterior sentencia, resulta interesante contrastar los mínimos de cumplimiento de condena que se prevén en la reforma del CP para revisar la prisión permanente, con la media de cumplimiento efectivo de esta pena en otros países de la Unión Europea.

Así, mientras que en la reforma española se prevé un mínimo de cumplimiento que oscila entre los 25 y los 35 años, en Alemania la cadena perpetua dura una media de 18 años de prisión; en Reino Unido, de 14 años, y en Francia, de 20, siendo países que tiene una mayor criminalidad que en España.

En consecuencia, una pena de prisión permanente revisable como la que se prevé en la reforma del CP supondría que los condenados cumplieran un período de reclusión sustancialmente mayor que el de otros países europeos que prevén esta misma pena. Lo que cabe preguntarse, pues, es si una pena que implica un cumplimiento efectivo que

⁴⁰⁶ El adjetivo revisable es la llave que permite la entrada de la prisión permanente en nuestro ordenamiento, por cuanto permite que cada cierto tiempo se valore la situación del recluso y se verifique si está en condiciones de vivir en libertad.

⁴⁰⁷ El propio TEDH en el caso Dickson v. Reino Unido de 4 de diciembre de 2007 declaró que: *“las políticas penales en Europa evolucionan y conceden una creciente importancia al objetivo de la reinserción, concretamente cuando finaliza una larga condena de prisión”*.

puede llegar hasta los 35 años es compatible con la posibilidad de reinserción⁴⁰⁸ del condenado, especialmente si tenemos en cuenta esta comparación con otros Estados de nuestro entorno⁴⁰⁹.

Aún con más razón, entonces, se podría afirmar que se contradicen dichos requisitos constitucionales en el eventual supuesto de que a un condenado no se le llegara a conceder nunca la suspensión de la pena. Como apunta ALBERTO DAUNIS⁴¹⁰, aunque la pena de prisión permanente sea revisable, esta posibilidad de revisión y suspensión no deja de ser esto mismo, una posibilidad. La otra alternativa, que es igual de posible, es mantener al condenado en prisión de por vida, convirtiendo la prisión permanente revisable en una auténtica cadena perpetua.

Debemos tener en cuenta, además, la enorme presión pública a la que puede verse sometido el tribunal que ha de decidir sobre la suspensión de la pena, que en muchos casos podría influir en la decisión judicial en el sentido de denegar la liberación del condenado.

Así, no sólo es posible sino que se puede considerar como altamente probable que como mínimo en algún caso la prisión permanente se convierta realmente en una reclusión de por vida⁴¹¹. Como apunta también ALBERTO DAUNIS, con que esta posibilidad se materializase en un sólo caso, ya se estaría vulnerando el art. 15 CE⁴¹².

⁴⁰⁸ Al respecto, cabe mencionar la STS, de 7 de marzo de 1993, que señala: “*No puede conseguirse o resulta muy difícil la consecución del mandato constitucional de resocialización cuando se produce, en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas. [...] Tal intensidad supondría una privación de oportunidad reinsertadora para el sujeto, una humillación o sensación de envilecimiento superior a la que acompaña a la simple imposición de la condena, trato inhumano y degradante proscrito por el art. 15 de la Constitución.*”

⁴⁰⁹ Lo realmente determinante para valorar si una pena cumple con el requisito constitucional de resocialización del penado y con la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, es su duración efectiva, y no los mínimos o máximos previstos legalmente. SSTC núm. 65/86, de 22 de mayo, FJ 4º y núm. 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9º.

⁴¹⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, nº10, julio de 2013, págs. 91 y 107-108.

⁴¹¹ El mismo CGPJ en el informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Código penal, de octubre de 2012, se remitió a la doctrina del Tribunal Constitucional por el cual se declaraba que la indeterminación absoluta del límite temporal de una sanción era contrario al art. 25.1 CE (STC 129/2006, de 24 de abril, FJ 3.º)

⁴¹² Derecho a no sufrir penas inhumanas o degradantes.

Para URÍAS MARTÍNEZ, cabría añadir una vulneración también del art. 25.2 CE⁴¹³, que prescribe la finalidad resocializadora de las penas. Por ende, para que la pena de prisión permanente revisable pudiera tener encaje dentro de nuestro sistema constitucional, debería cumplir con dos requisitos.

En primer lugar, se debería establecer un mínimo de cumplimiento inferior al previsto actualmente para poder acceder a la revisión de la pena, de forma que se aproximara más al tiempo medio de cumplimiento de esta pena a nivel europeo. Sólo de esta forma se podría lograr el objetivo constitucionalmente previsto de la reinserción social de los penados, dado que una pena de duración excesiva podría frustrar completamente dicha finalidad⁴¹⁴.

Y, en segundo lugar, la prisión permanente debería contar con un límite máximo de cumplimiento efectivo, de tal forma que se vetara la posibilidad de que realmente alguien pudiera estar recluso a perpetuidad⁴¹⁵. Ésta es la regulación por la que opta el sistema italiano, que prevé que la prisión permanente no pueda exceder nunca de treinta años⁴¹⁶. De no preverse dicho límite máximo, nos encontramos con una norma que ampara en cierta medida la encarcelación de una persona hasta su muerte y esto, aunque

⁴¹³ Para la mayoría de la doctrina y, en especial, Urías Martínez: “*el mandato de reinserción impone la obligación de interpretar los derechos fundamentales de los reclusos del modo más favorable a su integración futura en la sociedad, lo que supone una obligación difusa, pero en ningún caso una cláusula absolutamente abierta. Por otro lado, las normas penitenciarias que impidan o dificulten las posibilidades de reconstrucción social en la vida de quienes transitoriamente se ven privados de libertad han de ser consideradas inconstitucionales*” en URÍAS MARTÍNEZ, J.P., *El valor constitucional del mandato de resocialización*, en Rev. Española de Derecho Constitucional, núm. 63, 2002, págs. 76 a 77.

⁴¹⁴ En la misma línea se pronunció el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, en su Undécimo informe general de actividades, año 2000, donde proclamó lo siguiente: “*cualquier encarcelamiento de larga duración puede entrañar efectos desocializadores para los reclusos [...] se institucionalizan [...] pueden quedar afectados por una serie de problemas psicológicos [...] tienden a despegarse cada vez más de la sociedad [...]*”.

⁴¹⁵ Las SSTS de 15 de febrero y de 18 de julio de 1996, afirman que “*las finalidades de reeducación y reinserción social de las penas privativas de libertad que impone el art. 25.2 de la CE tienen un alcance genérico que han de tener en cuenta el legislador al fijar las penas aplicables a cada delito y los límites de su efectivo cumplimiento, [...]; pero, en concreto, no puede servir para, salvo casos extremos, imponer unos límites a las penas legalmente impuestas que no sean los que la propia legislación positiva reconoce a la vista de la resocialización, [...]*”. En relación con la sentencia citada habría que unírsele la jurisprudencia del TS que declara la prevalencia de legalidad constitucional sobre la legalidad ordinaria. Esta premisa se extrae de las SSTS de 7 de marzo de 1993 y de 16 de abril de 1998.

⁴¹⁶ En los demás países europeos como Francia, Alemania, Gran Bretaña, Irlanda, Dinamarca o Suiza también se prevé la condena a cadena perpetua sujeto a revisión y a la posible concesión de la libertad vigilada, lo que lleva a hablar de cadena perpetua revisable. En GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *La nueva medida de seguridad postdelictual*, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 147 y ss.

sólo afecte a una única persona a la que, por cualquier circunstancia, no se le haya suspendido la pena, contradice de forma flagrante nuestros principios constitucionales.

4. DERECHO COMPARADO Y JURISPRUDENCIA DEL TEDH

4.1 Prisión permanente revisable en otros países de la Unión Europea

La pena de prisión permanente revisable existe en la mayoría de países de la Unión Europea, de entre los que destacan los siguientes ejemplos⁴¹⁷.

En Italia, la prisión permanente es revisable a partir de los veintiséis años. En el caso italiano, destaca la prohibición de que la condena se alargue más de treinta años. Pese a la literalidad del carácter perpetuo de la condena, la Corte Costituzionale, en resolución de 21 de noviembre de 1962, lo compatibilizó con el acceso a la libertad condicional.

Bélgica es otro país que prevé también esa pena de prisión perpetua. La condena se puede revisar en un período mínimo de quince años en caso de que el penado sea un delincuente primario⁴¹⁸ o bien en un plazo mínimo de veintitrés años en el caso de que exista una condena previa por delito grave. En este último caso, además, la decisión de suspender la pena debe adoptarse por unanimidad del Tribunal, de un funcionario de prisión y de un agente de reinserción social.

En Francia, la prisión permanente revisable se introdujo en 1994 para casos de asesinatos de menores especialmente graves o cometidos por banda armada. La ley francesa establece un mínimo único y común de treinta años para que la condena pueda ser revisada y suspendida, con independencia del delito en cuestión, después de un estudio psiquiátrico sobre el penado⁴¹⁹.

⁴¹⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R, *La nueva pena de prisión permanente revisable y el Derecho comparado*, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 901/2015, Ed Aranzadi, SA, 2015.

⁴¹⁸ En su caso, no reincidente.

⁴¹⁹ La legislación francesa sobre este aspecto fue avalada por el TEDH en su sentencia de 13 de noviembre de 2014 al considerarse que no había violación del artículo 6 (derecho a un juicio justo) ni

En el caso de Alemania, se prevé la cadena perpetua revisable en los delitos de asesinato y genocidio, entre otros. El periodo mínimo para revisar la pena es de quince años, y resulta imperativo acordarla si se cumplen los requisitos legales. La media de cumplimiento efectivo es de diecinueve.

En el Reino Unido se prevé la pena de prisión permanente tanto en Inglaterra como en Gales. En ambos casos el mínimo de tiempo para que se pueda revisar la condena es fijado por el Juez, e incluso es posible que en determinados casos no quepa revisión, concretamente en condenados por asesinato múltiple cometido por reincidentes o con abusos sexuales, premeditación o terrorismo⁴²⁰. Para el caso de los delincuentes considerados como peligrosos, el derecho británico establece una suerte de “*custodia de seguridad*” que, por sus características, puede llegar a equipararse con una pena de prisión permanente. La ley penal británica establece para estos casos una diferenciación entre la parte punitiva y la parte preventiva de la condena. Así, en la sentencia condenatoria se establece un período mínimo de cumplimiento que correspondería a la parte punitiva y, una vez cumplida esta parte, el penado debe probar ante la llamada “*Parole-Board*” que no presenta un grado de peligrosidad que suponga un riesgo para la sociedad. En caso que no consiga probarlo, su privación de libertad se prorrogaría, siendo esta parte de pena la correspondiente a la prevención, y no a finalidades retributivas⁴²¹. Se constata pues otra vía por la cual en el Reino Unido se puede mantener a un condenado en la cárcel de forma indefinida e incluso permanente, aunque nominalmente no se encuentre bajo el título de “*prisión permanente*”.

4.2 Jurisprudencia del TEDH

La previsión y aplicación de la prisión permanente revisable ha sido avalada por el TEDH en sentencias como *Meixner c. Alemania* o *Kafkaris c. Chipre*, entre otras.

del artículo 3 (prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes) dado que existía la posibilidad de que la condena fuera revisada.

⁴²⁰ El Tribunal de Estrasburgo ha declarado contraria a la Convención Europea de Derechos humanos esta modalidad de condena perpetua sin posibilidad de revisión.

⁴²¹ SÁEZ RODRÍGUEZ, C. *Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del Código Penal español*. Indret, 2013, pág. 18.

Es menester destacar que el TEDH ha basado la adecuación de esta pena al art. 3 del Convenio justamente en el carácter real y efectivo de la posibilidad de revisión, de manera que no existiría tal adecuación de tratarse de una privación vitalicia de la libertad en que el penado no tuviera la posibilidad de reinsertarse.

Así, el CEDH establece, en su art. 3, el derecho a “*no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”. Pues bien, la pena de prisión permanente revisable, según el tribunal de Estrasburgo, es acorde al art. 3 del Convenio siempre que la ley nacional ofrezca la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada en vista a su conmutación, remisión, terminación o concesión de la libertad condicional al penado.

Y el texto de la CE, en su art. 25.2, es todavía más contundente. Ello lo digo porque, justamente, a tenor de la Exposición de Motivos, uno de los argumentos para la introducción de la institución de la prisión permanente es que ya existe en otros ordenamientos europeos y ha sido bendecida por el TEDH.

La última resolución del TEDH, de hecho es reciente y se trata del caso *Hutchinson vs. United Kingdom*, de 3 de febrero de 2015. En ella, la Secc. IV, afirma que el art. 3 del CEDH obliga a introducir la revisión de la condena, de manera que sea realmente posible su suspensión en caso de que haya alteraciones positivas en el comportamiento del reo y que se hayan producido progresos en la rehabilitación, de manera que el carácter permanente de la prisión ya no se justifique por motivos penológicos. Si no está prevista esa revisión, la condena sería contraria al art. 3. CEDH. El condenado a cadena perpetua tiene derecho a conocer desde la misma Sentencia los mecanismos de revisión y qué debe hacer para obtenerla. En otros términos, no sería acorde al Convenio la legislación interna que no estableciera mecanismos seguros de acceso a la libertad condicional, ni que éstos no dependieran de la culpabilidad o el comportamiento objetivo del sujeto.

Así, el nuevo art. 92 CP establece el régimen jurídico de la suspensión. La utilización del imperativo “*acordará*” debería permitir la confianza en que el régimen

de la suspensión previsto se ajusta a las condiciones mínimas que más arriba se han expuesto en torno a la compatibilidad de la regulación con la CE y con las exigencias del TEDH. Por tanto, se deben analizar primero los plazos en que la revisión es posible y la previsibilidad y viabilidad de los requisitos para alguien que se encuentra durante mucho tiempo privado de libertad.

El primer requisito es el transcurso efectivo de veinticinco años, sin perjuicio de lo dispuesto en el 78 bis, que conduce hasta los 35 años de prisión. Ya en el supuesto ordinario estamos ante un plazo largo y muy superior al contemplado en los países europeos y, eso sí, coherente con la desmesurada extensión de la duración de las penas privativas de libertad existente en el nuestro desde al menos la última reforma del CP.

Tal extensión complica extraordinariamente la viabilidad de alguno de los demás requisitos. Y, en el caso del terrorismo, la imposibilita por completo. Resulta meridianamente clara la opción del legislador por el carácter ejemplarizante y de satisfacción a demandas populistas creadas artificialmente. No hay dato alguno que afirme un incremento en ninguno de los delitos que han pasado a tener la prisión permanente como consecuencia jurídica.

Para que la revisión se produzca es necesario, además, que el sujeto se encuentre en tercer grado penitenciario, lo que en determinados casos –entre los que se encuentran los delitos de terrorismo- no va a producirse sino después de hasta treinta y dos años de prisión y que el tribunal⁴²², a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito (que en todos los casos previstos es, por lo menos, la vida), su conducta durante el cumplimiento de la pena, las circunstancias familiares y sociales (tras treinta y cinco años de cárcel), los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos

⁴²² No queda establecido, por otra parte, si se trata de un JVP o del tribunal sentenciador.

especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

Ello se resolverá tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado. Es preciso insistir en la extrema dificultad que presenta la consecución de buena parte de los requisitos con la duración de la parte mínima de pena que necesariamente ha de haberse cumplido, en su inmensa mayoría en primer o segundo grado.

Pero no basta con todo eso en los supuestos de terrorismo o de los delitos referentes a organizaciones o grupos terroristas: en estos casos, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o desarrollo de las organizaciones o asociaciones a que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades. Sin olvidar que ello deberá producirse en la primera revisión, tras el cumplimiento efectivo mínimo de treinta y cinco años de prisión, siempre que, tras al menos treinta y dos, se le hubiera concedido el tercer grado penitenciario.

La alusión al abandono de los fines se interpreta como una referencia a la actividad criminal, lo que hace difícil su delimitación con los medios de la actividad terrorista. Y es que la colaboración activa con las autoridades resulta claramente quimérica para quien ha permanecido privado de libertad durante treinta y cinco años, por más que se encuentre en tercer grado de régimen penitenciario.

También, el hecho de hacer depender la libertad condicional de una petición de perdón, por significativo que pueda ser, supone recordar que estamos ante un derecho y no ante una concesión. Así, además, el TEDH ha hecho depender la legitimidad de la pena de su efectiva posibilidad de revisión y el mantenimiento de las razones político-criminales que la originaron, es decir, de la culpabilidad por el hecho cometido.

Una vez superados los anteriores escollos, el penado pasaría a la situación de libertad condicional, la suspensión tendrá una duración de cinco a diez años computados, de acuerdo con el apartado 3º y desde la fecha de puesta en libertad del penado es aplicable el art. 80.1 párrafo segundo CP. El tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, sobre el cumplimiento de los requisitos de la libertad condicional. Y si bien resolverá también las peticiones de concesión de libertad condicional del penado, podrá fijar un plazo de hasta un año, en el que no se dará curso a nuevas solicitudes.

Lo anterior parece alejarse de la pretensión de modernidad y de adecuación constitucional a los que alude la Exposición de Motivos. Ni tampoco con los supuestos a los que la misma se refiere en los que el TEDH acoge la institución.

Por eso, en este punto y en relación con todo lo anterior, analizaré otras sentencias del TEDH en las que se hace referencia a la institución de la prisión permanente revisable.

Así, en la decisión de admisibilidad del caso *Meixner v. Alemania*, el TEDH estableció que *“la imposición de una pena de prisión permanente en un adulto no está en si misma prohibida por o incompatible con el artículo 3 del CEDH o cualquier otro artículo del Convenio”*. Después de esta primera consideración general, la Corte admite que si la pena de prisión permanente que se impone es *“irreducible”*, entonces sí podría darse una violación del art. 3 del Convenio. El término *“irreducible”* es interpretado por el tribunal en el sentido de que la ley nacional no prevea la posibilidad de revisar la pena de prisión permanente, de forma que no permita su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado.

Es decir, si el Derecho interno de los Estados prevé mecanismos como los mencionados anteriormente, de forma que la pena pueda ser revisada y, por ende, no pueda ser tachada de “*irreducible*”, entonces la prisión permanente será compatible con el derecho a no sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes. Además, en esta misma resolución, la Corte apunta que los Estados tienen un deber impuesto por la misma Convención de tomar medidas para proteger a sus ciudadanos de la criminalidad violenta. Esto podría justificar, entonces, la previsión de la pena de prisión permanente en vistas a cumplir con dicho deber de los Estados.

Matizando lo anterior, el TEDH apunta también, en su pronunciamiento en el caso *Meixner v. Alemania*, que un periodo de veinticinco años en prisión es un tiempo verdaderamente largo y que esto puede causar una cierta “*ansiedad e incertidumbre*” en el penado. No obstante, la Corte considera que esto no puede constituir una vulneración del art. 3 del Convenio mientras exista un sistema interno que permita al reo la posibilidad de solicitar la suspensión de la ejecución de la pena. De existir dicha posibilidad, el tribunal entiende que el penado no se encuentra privado de la esperanza de ser liberado, y es por este motivo que no se podría constatar la existencia de una pena inhumana o degradante contraria al art. 3 del Convenio.

Sin duda, la sentencia del TEDH que resulta más relevante en este ámbito es la que resuelve el caso *Kafkaris v. Chipre*, de fecha 12 de febrero de 2008. En dicha sentencia, la Corte vuelve a poner de manifiesto la consideración de la pena como “*irreducible*” para determinar si es o no contraria al derecho consagrado en el art. 3 del CEDH.

En términos muy similares a los empleados en la decisión del asunto *Meixner v. Alemania*, el Tribunal condiciona esta consideración de “*irreducible*” al hecho de que el penado pueda o no tener alguna perspectiva de ser liberado. En esta misma sentencia, la Corte apunta que “*una pena de prisión permanente no se convierte en “irreducible” por el hecho de que, en la práctica, se acabe cumpliendo en su totalidad*”. *Lo relevante, según se establece en la sentencia, es que la pena sea reducible ‘de iure y de facto’*”.

En el caso concreto de *Kafkaris v. Chipre*, el TEDH observa que el sistema chipriota de revisión de la prisión permanente se encuentra fundamentalmente en manos del Presidente de la República, siendo necesaria también la aprobación del Fiscal General del Estado. La Corte admite que este sistema puede ser ciertamente discrecional y que puede incurrir en defectos sustanciales. Sin embargo, considera que las anteriores circunstancias no implican que las condenas a prisión permanente en Chipre puedan considerarse como “irreducibles”, pues aunque la suspensión de la pena se encuentre en manos del Presidente y del Fiscal General, existe la posibilidad “*de iure y de facto*” de que la pena sea reducida y por ende el preso sea liberado. Es decir, el Tribunal de Estrasburgo pone como único requisito para la conformidad de la prisión permanente con el art. 3 del CEDH que la pena sea revisable “*de iure y de facto*”, sin importar el sistema concreto que tenga cada Estado para dicha revisión.

Cabe remarcar también que, en el caso que resuelve la mencionada sentencia, no se establece un periodo mínimo de cumplimiento de la pena antes de que se proceda a su revisión. La Corte admite que dicha circunstancia puede causar una cierta ansiedad e incertidumbre al condenado a la pena de prisión permanente, pero apunta que esto es una consecuencia inherente a la naturaleza de la sentencia impuesta. Añade además que, considerando que el penado tiene perspectivas reales de ser liberado, no concurre en este caso una violación del derecho a no sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes.

5. PROCEDIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

Con la reforma del CP de 2015, y al incorporar la prisión permanente revisable, se han modificado y añadido varios preceptos al CP, estableciendo unos plazos mínimos para el disfrute de permisos de salida, la progresión al tercer grado y la revisión de la condena que, para algunos autores, como DAUNIS RODRÍGUEZ, son claramente desproporcionados⁴²³. Además del cumplimiento mínimo de parte de la condena, la LO

⁴²³ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. *La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, nº10, julio de 2013, pág.73.

1/2015 también toma en consideración la evolución del condenado a efectos de dilucidar si debe disfrutar o no de beneficios penitenciarios.

Pero pese a la importancia de la prisión permanente revisable por su novedad y trascendencia, según DAUNIS RODRÍGUEZ, lo cierto es que la regulación del art. 36 CP es un auténtico despropósito por la falta de sistemática empleada en la regulación de la misma, mostrando su resultado una inexcusable falta de rigor en la delimitación de una pena que afecta de una manera tan evidente a la dignidad humana⁴²⁴.

Partiendo de la enumeración en el art. 35 de las penas privativas de libertad y la referencia a que el cumplimiento y beneficios penitenciarios que acortan la pena de todas ellas se regirán por lo dispuesto por las leyes y el CP, el art. 36 se dedica a continuación a regular la pena de prisión y la pena de prisión permanente revisable de la siguiente manera.

El núm. 1 encabeza la regulación con la remisión de la revisión de la prisión permanente al art. 92 CP, cuando lo lógico es que se hubiera empezado por definir esta nueva pena y delimitar su contenido, circunstancias y plazos de revisión. Si bien, en este mismo apartado, sin embargo, sí que hace referencia a los plazos para la clasificación en tercer grado y para el disfrute de los permisos de salida, pese a tratarse de una materia claramente penitenciaria, con lo cual queda claro que su contenido se caracteriza exclusivamente por la restricción en la aplicación de figuras penitenciarias.

En el núm. 2, se recogen los límites de la pena de prisión y la regulación del periodo de seguridad del mismo modo que anteriormente, si bien añadiendo ahora en este lugar los límites de la pena de prisión, que antes estaban en el apartado 1.

Finalmente, en el núm. 3 se incorpora como novedad la posibilidad de conceder en todo caso el tercer grado por motivos humanitarios a enfermos muy graves con

⁴²⁴ CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión permanente revisable II (art. 36)*, pág. 208 y ss. en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015.

padecimientos incurables y septuagenarios valorando la escasa peligrosidad, que ya viene recogida en el art. 104.4 RP.

En cualquier caso, la prisión permanente revisable ha sido una figura de difícil encaje en su tortuoso camino de incorporación al CP, ya que desde sus inicios como pena perpetua revisable a través de la enmienda del partido popular en la LO 5/2010 de 22 de junio, ha cambiado de denominación, de sistematización y de criterios.

Sólo en este primer fracasado intento de regulación se le llamó pena perpetua, ya que en el anteproyecto de reforma del CP de julio de 2012 pasó a denominarse prisión permanente revisable, pese a lo cual, dicha figura no figuraba en el listado de penas del art. 33, sino que se planteaba como una modalidad de libertad condicional o suspensión de la ejecución del resto de la pena. Su falta de inclusión en el listado de penas, y su falta de homogeneidad en la denominación, unas veces llamada prisión permanente revisable y otras prisión de duración indeterminada, provocaron su cambio en el texto presentado en octubre del mismo año, donde ya se reguló de forma similar a la última redacción.

En la actualidad, se recoge en el listado de penas, pero no se trata de una pena con contenido propio, regulado y diferenciado, sino que acaba siendo una privación de la libertad de duración indeterminada, sometida a un proceso de revisión por el mismo tribunal sentenciador, con un cumplimiento mínimo de veinticinco años y unas condiciones específicas de acceso a los permisos de salida, el tercer grado y la libertad condicional, ya que su ejecución se caracteriza por un continuo bloqueo a eventuales salidas de la prisión por el endurecimiento que sufre en el acceso a cualquier figura de excarcelación.

Por tanto, es indudable que la prisión permanente revisable obliga a una continua búsqueda de los preceptos relacionados con la misma, y la falta de uniformidad terminológica ya que conceptos como suspensión de la ejecución, suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional son usados de manera arbitraria

y confusa sin que sea fácil determinar si se trata de las mismas o diferentes figuras jurídicas.

Partiendo de la consideración de la pena de prisión permanente revisable como pena privativa de libertad grave⁴²⁵, para determinar las características legales de su cumplimiento, se ha de recopilar lo previsto a lo largo de diversos preceptos del CP, cuya síntesis se muestra a continuación:

1.- Definición: arts. 33 y 35

2.- Clasificación en tercer grado: art. 36.1. En supuestos concursales: art. 78 bis1. Motivos humanitarios: art. 36.3

3.- Obtención permisos de salida: art. 36.1

4.- Requisitos generales de la suspensión de la ejecución del resto de la pena: art. 92.1. Específicos para terrorismo: art. 92.2. En supuestos concursales art. 78 bis. 2. Motivos humanitarios: art. 91

5.- Procedimiento: art. 92.3. Remisiones: a) Criterios suspensión. Art. 80.1; b) Imposición de prohibiciones y deberes: art. 83 y 92.3; c) Causas revocación por tribunal sentenciador: art. 86; d) Remisión de la pena: art. 87

6.- Revocación de la suspensión por juez de vigilancia: art. 92.3

7.- Verificación periódica de la revisión: art. 92.4

Los siete puntos de la lista vienen a recoger, en síntesis, dos aspectos de la pena: los plazos de aplicación de permisos de salida y clasificación en tercer grado y el proceso de revisión que permite que esta pena no sea perpetua, lo que ocurre es que en

⁴²⁵ Atendiendo a la clasificación realizada en el art. 33.2 a) CP.

lugar de hacerlo de manera ordenada y sistematizada. En el primer caso se hace mediante un complejo sistema lleno de especificidades y excepciones, mientras que en el segundo se mantiene una confusión de términos que, a través de sucesivas remisiones, va recogiendo las características previstas para otras figuras delictivas.

5.1 Contenido y naturaleza jurídica

La pena de prisión permanente revisable es una pena privativa de libertad grave, según establecen los arts. 33.2 y 35 CP. Su cumplimiento y beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo que dispongan las leyes y el propio CP, lo que si bien debería conducir a una regulación específica por la legislación penitenciaria y residual por el CP, desde 2003, y especialmente en esta reforma de 2015, se está invirtiendo la tendencia, ya que los aspectos de mayor importancia de su ejecución vienen recogidos en los art. 36 y 92 CP, lo que por otra parte exigirá la adaptación y modificación de la legislación penitenciaria⁴²⁶.

Se trata de una pena excepcional porque se reserva para supuestos de extrema gravedad, que son el asesinato cualificado, la muerte del Rey o del heredero, la muerte por atentado terrorista, la muerte de jefe de estado extranjero o persona internacionalmente protegida por Tratado, y la muerte, agresiones sexuales o lesiones graves de una persona en delitos de genocidio y crímenes de lesa humanidad.

En todos ellos la pena de prisión permanente revisable es preceptiva para el Juez, nunca facultativa, lo que dificulta las operaciones de determinación judicial, y además, en muchos de ellos hay elementos valorativos tales como las expresiones personas vulnerables, grupo u organización criminal, colaboración con banda terrorista y/o de los elementos que no siempre denotan gravedad como delitos que la contemplan, especialmente cuando castiga hechos tan diferentes como la muerte o las lesiones graves.

⁴²⁶ Jurídico Lefebvre, *Aspectos sobre el cumplimiento de la prisión permanente revisable (CP art. 33.2.a, 35, 36.1 y 3, 78 bis y 92 redacc LO 1/2015*. El Derecho, 1 de julio de 2015.

Así, la pena de prisión permanente revisable es una excepción en el sistema de penas, ya que al no estar formada por un mínimo y un máximo, y arrastrar un contenido cerrado y único, puede provocar problemas cuando se tenga que valorar las distintas situaciones relevantes en la determinación judicial de la pena como el grado de ejecución, participación o sistema de atenuantes y agravantes⁴²⁷.

Por ello, el legislador ha realizado una previsión específica para determinar la pena inferior en grado ya que al carecer de límite inferior no es posible realizar la operación definida en el art. 70.2 CP⁴²⁸. En el art. 70.4 CP, se establece que la pena inferior en grado a la de prisión permanente revisable es la de prisión de veinte a treinta años, con lo que se da la paradoja de que esta pena inferior puede ser incluso mayor que la pena de origen, cuya suspensión en general está prevista a los veinticinco años. Más allá de este despropósito la previsión del artículo 70.4 ha sido objeto de numerosas críticas. Hay quien estima que fijar la pena inferior en grado en una pena de prisión de veinte a treinta años resulta una construcción algo artificiosa e inexplicable, aparte de que no se sabe el modo en que el legislador ha establecido estos cálculos penológicos⁴²⁹, si bien la Fiscalía General del Estado entiende que la cuantía de la pena se obtiene del juego del artículo 36.1, que establece con carácter general el máximo de veinte años de duración de la pena de prisión, y del artículo 70.3.1º que fija la pena superior en grado de ésta en treinta años, según recoge MOLINA⁴³⁰.

Por otro lado, algunos autores también califican de “*complicación*” la incorporación del apartado 4 en el art. 70 CP en la medida en que aplicar la pena inferior en grado supone transformar una pena indeterminada en determinable⁴³¹ y, por

⁴²⁷ En www.derecho.com, Jurídico Lefebre, *Aspectos sobre el cumplimiento de la prisión permanente revisable (CP art. 33.2.a, 35, 36.1 y 3, 78 bis y 92 redacc LO 1/2015)*. El Derecho, 1 de julio de 2015.

⁴²⁸ Así lo puso de manifiesto DEL CARPIO DELGADO, J., *La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal (1)*. Diario La Ley, nº 8004, Sección Doctrina, Ed La Ley, 18 de enero de 2013.

⁴²⁹ MOLINA, M. C., *Comentario a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, por las que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: los aspectos más destacados de la reforma*. Artículo monográfico, abril 2015.

⁴³⁰ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal. Madrid, 8 de enero de 2013, pág. 20.

⁴³¹ FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Una propuesta revisable: la prisión permanente*. Ed La Ley, 24 de marzo de 2014.

ende, implica imponer una pena distinta a la que en atención al delito cometido correspondería.

Tal y como afirma FERNÁNDEZ BERMEJO, la ausencia de una previsión similar a la del artículo 70.4 CP para el cálculo de la pena superior en grado, impide realizar este tipo de operación por la absoluta indeterminación del máximo de pena a cumplir, lo cual es contrario a los principios de individualización de las penas⁴³².

5.2 Permisos de salida

El Preámbulo de la LO 1/2015 ya pone de manifiesto que la prisión permanente revisable de ningún modo renuncia a la reinserción del sujeto. En consecuencia, los condenados a prisión permanente revisable también pueden disfrutar de permisos de salida, si bien están sujetos a un régimen específico.

Según FERNÁNDEZ BERMEJO, en principio, la regla general sería la aplicación de la LOGP 1/1979, de 26 de septiembre, que en su art. 47.2 dispone que será posible otorgar permisos de salida cuando se haya extinguido la cuarta parte de la condena⁴³³. No obstante, para los casos en que se esté cumpliendo prisión permanente revisable el artículo 36.1 CP en su redacción dada por la LO 1/2015 prevé que el penado no pueda disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de 8 años de prisión o 12 en el caso de que se le haya condenado por delito cometido en el seno de una organización terrorista.

Según dicho autor, en este punto conviene llamar la atención sobre un descuido del legislador. Si se pone este precepto en relación con el resto de artículos que regulan la prisión permanente revisable se puede observar como siempre se agrava el régimen aplicable para los casos de delitos cometidos en el seno de una organización terrorista⁴³⁴

⁴³² FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Una propuesta revisable: la prisión permanente*. Ed La Ley, 24 de marzo de 2014.

⁴³³ Dictamen del Consejo de Estado 358/2013 de 27 de junio de 2013, Consideración Séptima.

⁴³⁴ Delitos del Capítulo VII del Título XXII del Libro II CP.

o en el seno de un grupo u organización criminal⁴³⁵. Sin embargo, en materia de permisos de salida el régimen es más gravoso únicamente para los delitos de terrorismo (Capítulo VII del Título XXII del Libro II)⁴³⁶.

Así, atendiendo al art. 36.1 CP, al sujeto condenado por delito cometido en el seno de una organización criminal se le aplicará los mínimos temporales más elevados para acceder al tercer grado y a la suspensión en caso de condena por una pluralidad de delitos, mientras que para disfrutar de un permiso de salida se le aplicará el mismo régimen que para el resto de delitos (cumplimiento mínimo de 8 años de prisión). La solución a este desequilibrio vendrá dada por los tribunales que, o bien realizarán una interpretación sistemática del art. 36.1 CP o adoptarán la interpretación más favorable al reo, que tendría que ser lo oportuno.

En el caso de concurso no está previsto ningún plazo diferente para la obtención de permisos de salida, por lo tanto se entiende que serán los mismos que en los supuestos generales: ocho años en la regla general y doce años en los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, lo que también perjudica, ya que tomando como referencia las fechas topes de revisión, en los supuestos en los que la revisión puede ser a los veintiocho años, la cuarta parte sería a los siete años, y en los supuestos en los que la revisión puede ser a los treinta y cinco, la cuarta parte sería a los nueve años y un mes. Una vez el interno cumpla ocho años de condena, de estar clasificado en segundo grado, podrá obtener treinta y seis días de permiso de salida anuales y cuando sea clasificado en tercer grado, lo que podrá ocurrir a partir del cumplimiento de quince años de condena, podrá, también en su caso, disfrutar de los permisos correspondientes a este grado de clasificación, que son cuarenta y ocho días al año, más los fines de semana.

⁴³⁵ Delitos del Capítulo VI del Título XXII del Libro II CP.

⁴³⁶ Así lo dispone expresamente el art. 36.1 CP.

5.3 Progresión a tercer grado y posibilidad de suspensión

Uno de los principales argumentos esgrimidos para defender la constitucionalidad de la prisión permanente revisable es que *garantiza un horizonte de libertad para el condenado*⁴³⁷. Dicha previsión de libertad viene dado principalmente por la posibilidad de suspender la pena. Para ello la reforma del CP exige tres requisitos básicos cumulativos: en primer lugar, el cumplimiento efectivo de un periodo mínimo de condena, en segundo lugar, estar ya clasificado en tercer grado y, finalmente, que exista un pronóstico de reinserción social favorable. El tribunal apreciará la concurrencia de estas tres condiciones y decidirá sobre la suspensión de la pena en un procedimiento oral y contradictorio en el que únicamente intervendrán el Ministerio Fiscal y el condenado con su abogado, al amparo del art. 92.1 CP. Concretamente, tras el periodo de cumplimiento mínimo, el tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, si se cumplen los requisitos anteriormente mencionados.

Asimismo, el Tribunal también viene obligado a resolver las peticiones que en este sentido efectúe el recluso, pudiendo fijar el órgano un plazo de máximo un año dentro del cual, tras haberse rechazado una solicitud, no se examinarán las siguientes, de acuerdo con el art. 92.4 CP.

5.3.1 Cumplimiento efectivo de un periodo mínimo de condena

Como regla general, para suspender la ejecución de la pena de prisión permanente revisable es necesario, ex. art. 92 CP, el cumplimiento de 25 años de la condena. Ahora bien, existen reglas específicas previstas en el art. 78 bis CP para los casos en que se condena al sujeto por una pluralidad de delitos.

Así, para los casos en los que el sujeto haya sido condenado por un delito castigado con prisión permanente revisable y por otros delitos cuando la suma de las penas exceda de 5 años o de 15 será necesario el cumplimiento efectivo de, al menos,

⁴³⁷ LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de marzo de 2015, núm. 77.

25 años de prisión, salvo que se trate de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o grupos terroristas, en cuyo caso, el mínimo exigido para que sea posible suspender la condena son 28 años de cumplimiento efectivo. En cambio, en aquellos casos en que el sujeto sea condenado por la comisión de varios delitos castigados con prisión permanente o de un delito castigado con dicha pena y otros cuando las penas sumen 25 años o más será necesario el cumplimiento mínimo de 30 años de condena, llegando a 35 en caso de que se traten de delitos cometidos en el seno de una organización criminal o terrorista.

5.3.2 Clasificación en tercer grado

Respecto al tercer grado, el art. 92.1 CP no tan sólo requiere que se cumplan los plazos mínimos anteriormente mencionados sino que, además, exige que el sujeto se encuentre clasificado en tercer grado. Con la nueva regulación del CP, la progresión al tercer grado en los casos de prisión permanente revisable se produce también al cumplirse una parte mínima de la condena y siempre que exista una favorable evolución del condenado.

Concretamente, deberán cumplirse mínimo 15 años o 20 si estamos ante delitos cometidos en el seno de grupos terroristas. No obstante, de nuevo, el art. 78 bis CP prevé en su apartado primero reglas específicas para las condenas por pluralidad de delitos. Así, en aquellos casos en que se haya cometido un delito castigado con prisión permanente revisable y el resto de penas sumen más de 5 años será necesario el cumplimiento efectivo de, al menos, 18 años y si el resto de penas exceden de 15 años el mínimo asciende a 20. En cambio, para poder optar al tercer grado en los casos en que se hayan cometido varios delitos castigados con prisión permanente revisable o un delito de este tipo y varios cuyas penas lleguen o excedan los 25 años será necesario cumplir con un periodo de reclusión mínima de 22 años. En caso de delitos cometidos en una banda u organización criminal los años de cumplimiento mínimo se aumentan hasta los 24 años en los dos primeros casos y 32 en el último.

En cualquier caso, conviene destacar que la LO 1/2015 añade un nuevo apartado 3 al art. 36 CP, en virtud del cual es posible que el tribunal o JVP acuerde la progresión a tercer grado por motivos humanitarios de los reclusos que se encuentren gravemente enfermos con padecimientos incurables y *de los septuagenarios valorando especialmente su escasa peligrosidad*. Esta decisión, que deberá adoptarse en todo caso con informe previo del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y de las demás partes, se prevé para todo tipo de penas en las que el recluso se encuentre en esas circunstancias, por lo que debe entenderse que también resultará aplicable a los supuestos de prisión permanente revisable⁴³⁸.

CUADRO RESUMEN		
	TERCER GRADO	SUSPENSIÓN
Regla general	Mínimo 15 años	Mínimo 25 años (art. 92)
Organización terrorista	Mínimo 20 años (art. 36)	
1 castigado con PPR y el resto de penas sumadas > 5 años	Mínimo 18 años	Mínimo 25 años
Org. terrorista o criminal	Mínimo 24 años	Mínimo 28 años
1 castigado con PPR y el resto de penas sumadas > 15 años	Mínimo 20 años	Mínimo 25 años
Org. terrorista o criminal	Mínimo 24 años	Mínimo 28 años
2 o más castigados con PPR o 1 castigado con PPR y el resto de penas ≥ 25 años	Mínimo 22 años	Mínimo 30 años
Org. terrorista criminal	Mínimo 32 años	Mínimo 35 años

⁴³⁸ Este supuesto ya viene recogido en el art. 104.4 RP si bien allí exige informe médico y junto a la escasa peligrosidad, la dificultad para delinquir, con él se discutió si en estos casos se requería el periodo de seguridad lo que aclaró la Instrucción DGIP 2/2005 de 15 de marzo para entender que no era necesario dado que el art. 92 CP exime de los requisitos temporales en el mismo supuesto para la libertad condicional, por eso en este caso debe utilizarse el mismo criterio ya que su justificación es el principio de humanidad.

De lo expuesto hasta el momento se observa que el régimen aplicable se endurece cuando los delitos se han cometido en el seno de una organización criminal o grupo terrorista. Conviene apuntar, tal y como hace el CGPJ, que esta diferenciación es, cuando menos, discutible, máxime si se tiene en cuenta que estamos ante una modalidad delictiva que está sancionada con el mismo tipo de pena que el resto, por lo que cabe presumir que *su gravedad es equiparable* a la de las demás. De este modo, la diferenciación únicamente se explica por la voluntad de endurecer aún más el régimen de cumplimiento aplicable sobre la única base de la singularidad del delito cometido⁴³⁹.

5.3.3 Pronóstico favorable de reinserción social

El condenado, aún cumpliendo los requisitos temporales mencionados, debe superar un ulterior filtro que consiste en que el tribunal aprecie un pronóstico favorable de reinserción social, esto es, el sujeto debe estar preparado para la vida fuera de prisión. Según indica el propio art. 92 CP, tal pronóstico debe inferirse de:

- .- La personalidad del penado
- .- Sus antecedentes penales
- .- Las circunstancias del delito cometido
- .- La relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración delictiva.
- .- La conducta del penado durante el cumplimiento de la pena
- .- Sus circunstancias familiares y sociales
- .- Los efectos que quepa esperar de la suspensión de la ejecución y de las medidas que se le impongan.

El tribunal debe tener en cuenta todas las circunstancias anteriores previa valoración de los informes de evolución realizados por el centro penitenciario, además de otros informes de expertos que pueden ser determinados por el propio tribunal.

⁴³⁹ Informe del CGPJ al anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, pág. 45.

Cabe remarcar que el concepto de “*pronóstico favorable de reinserción*” ya se encuentra establecido en el art. 90 CP como requisito indispensable para otorgar la libertad condicional a los condenados a penas privativas de libertad. No obstante, la regulación actual sólo condiciona la existencia de dicho pronóstico al informe final previsto en el art. 67 de la LOGP, y al hecho de que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el art. 72.5 y 6 de la LOGP.

A continuación relacionaré diversos fundamentos de resoluciones dictadas por diferentes Salas de Audiencias Provinciales que se pronuncian sobre el contenido y la valoración de dicho pronóstico de reinserción:

- **AAP Cádiz, Secc. 6ª, núm. 114/2006, de 8 septiembre**, que recoge que “*si bien se cumplen los presupuestos de la primera y segunda circunstancias (estar en tercer grado y extinción de las tres cuartas partes de la condena), y aun de la primera parte de la tercera (buena conducta), no existe "el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social", en donde no solo habrán de valorarse los resultados conseguidos por el tratamiento, sino que ha de hacerse un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad.*”

- **AAP Girona, Secc. 4ª, de 14 noviembre 2013**, en el que se contiene que “*La bondad o no de la respuesta, en estos casos ha de guardar relación, indefectiblemente, con las probabilidades de reinserción social, es decir, con la valoración sobre pronóstico de reincidencia futura (peligrosidad penal) y, también, con el principio de proporcionalidad (básico en la ejecución). Si el Juez puede trabajar sobre estos parámetros, cuantos más instrumentos normativos tenga delante más factible le resultará llegar a una decisión satisfactoria. La cuestión es la ponderación y la motivación sobre las circunstancias del caso concreto, y la solución ha de pasar por todas las posibilidades penológicas, salvo las expresamente vedadas en el Código (que no es el caso) y sin olvidar la presencia de variables estrictamente jurídicas como puede ser, también en este caso, la excepcionalidad*”.

- **AAP Las Palmas, Secc. 2ª, núm. 226/2010, de 18 mayo**, que establece en referencia al pronóstico favorable de reinserción: *“Así las cosas y entendido dicho precepto en sentido estricto, en definitiva, habría que concluir que es la administración penitenciaria la que, en cualquier caso, puede determinar quién puede y quién no puede acceder a dicha situación penitenciaria. Sin embargo la jurisprudencia menor viene manteniendo que los Juzgados de Vigilancia pueden analizar ese pronóstico y discrepar del mismo cuando existan razones para ello.”*

- **AAP Madrid, Secc. 5ª, núm. 4096/2009, de 23 diciembre**, en el que se recoge que *“La libertad condicional sólo puede obtenerse si el fin de reeducación y reinserción social que por mandato constitucional tiene asignada la ejecución de pena, se ha alcanzado en el particular caso de un sentenciado, hasta el punto de concretarse en la afirmación de que éste retornará a la sociedad probablemente sin conflicto con la Ley penal.”*

- **AAP Girona, Secc. 4ª, núm. 452/2009, de 22 octubre**, que manifiesta que *“no cabe entender cumplido el requisito de la existencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social del interno en los términos impuestos por el art. 90.1 c) C.P. En efecto consta en el folio 13 informe de la Junta de Observación y Tratamiento sobre pronóstico de integración social desfavorable en el sentido de "No haber consolidado el área personal (conductas adictivas) de su PIT, ha tenido positivos en alguna analítica y sospechas de manipular las del mes de abril. Además tiene un juicio pendiente por violencia doméstica". Dicho informe debe ser puesto en relación con la resolución de clasificación inicial en tercer grado de tratamiento en régimen abierto restringido de fecha 5.9.2008 (folio 10 y ss), en donde se hace constar en el fundamento de derecho 6º último párrafo "...se considera adecuada la clasificación inicial en régimen de vida de semilibertad vinculada a recursos terapéuticos de referencia para abordar la problemática enólica..." terapéutico impuesto al haber dado positivo en analíticas y presuntamente haber manipulado la analítica del mes de abril.”*

- **AAP Castellón, Secc. 1ª, núm. 583/2008, de 22 octubre**, que erige *“La Sala no comparte el criterio del juez "a quo", por cuanto que existen circunstancias*

negativas que se oponen e impiden el acceso a la libertad condicional, pues subsiste la incertidumbre sobre la licitud futura de la conducta del interno que no ha seguido planes terapéuticos en el centro penitenciario a fin de abordar la problemática relacionada con su anterior conducta delictiva. Junto a ello no puede obviarse tampoco la circunstancia de que el daño no ha sido objeto de la necesaria reparación económica, elemento que opera como presupuesto de la concesión del beneficio.”.

- AAP Madrid, Secc. 5ª, núm. 4066/2008, de 7 noviembre, el cual recoge que *“En este caso, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria acogió la propuesta de la Junta de Tratamiento que, en su sesión ordinaria de 29.05.08, por unanimidad, emitió un informe pronóstico de reinserción social favorable y solicitó el levantamiento del denominado "periodo de seguridad", ante la posibilidad de inserción de la apelante en el mercado laboral y habida cuenta de que contaba con una oferta de trabajo, que era una delincuente primaria, que su conducta penitenciaria había sido correcta a lo largo de todo el internamiento, sin sanciones disciplinarias, que había disfrutado sin incidencias de diversos periodos ordinarios de salida y salidas programadas, que se encontraba clasificada en segundo grado, que se le había aplicado el principio de flexibilidad, conforme al artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario , y que la eventual concesión del tercer grado, tomadas en consideración todas las variables criminológicas, no menoscababa las finalidades penológicas asignadas a la privación de libertad.”*

En definitiva, la jurisprudencia menor ha ido concretando y perfilando el contenido del “*pronóstico favorable de reinserción*”, vinculando tal pronóstico a los resultados del tratamiento seguido, a las probabilidades de reiteración delictiva del penado, a la proporcionalidad de la decisión de otorgar o no la libertad condicional, a la existencia de otros juicios pendientes contra el mismo penado, así como al cumplimiento del principio constitucional de la reinserción social como objetivo primordial de las penas, que se concretaría en hechos como la posibilidad del condenado de incorporarse al mercado laboral, su conducta penitenciaria tanto dentro del centro como durante los permisos de salida, la voluntad de seguir determinados tratamientos terapéuticos o la efectiva reparación económica del daño ocasionado por su

conducta delictiva. En definitiva, el pronóstico favorable de reinserción debe fundarse en la perspectiva de la futura conducta del penado en libertad, en base a su comportamiento durante la ejecución de la pena.

La reforma del CP español ha seguido el modelo alemán, ya que las circunstancias a tener en cuenta para valorar el pronóstico favorable de reinserción social son sustancialmente similares a las ya previstas en el Código alemán. Según la ley alemana, la pena de prisión permanente se podrá suspender una vez se hayan cumplido quince años de condena, además de que el grado de culpabilidad del penado no requiera que se mantenga la ejecución de la pena y que ello esté justificado teniendo en cuenta los intereses generales de seguridad ciudadana. Para que un tribunal alemán pueda adoptar tal decisión, deberá tener en cuenta la personalidad del penado, su historial previo, las circunstancias de su acto delictivo, la posible afectación a bienes jurídicos en caso de reincidencia, sus condiciones de vida y los efectos que la suspensión podría tener.

5.3.4 Requisitos adicionales para presos condenados por terrorismo

La reforma establece, además, que si el condenado a prisión permanente revisable lo es por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del CP, habrá de cumplir los siguientes requisitos, además de los señalados en los epígrafes anteriores, para poder acceder a la suspensión de la ejecución de la pena:

1. Mostrar signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista.
2. Haber colaborado activamente con las autoridades, ya sea:

.- Para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista.

.- Para atenuar los efectos de su delito.

.- Para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas.

.- Para obtener pruebas.

.- Para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado. Esta circunstancia se podrá acreditar mediante *“una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”*⁴⁴⁰.

Por tanto, para el caso de penados por delitos de terrorismo, se endurece aún más el régimen de suspensión de la ejecución de la pena, un régimen que ya es de por sí considerablemente severo.

Esta diferencia de trato entre los penados por terrorismo y el resto de penados puede conducir a pensar en la aplicación de un *“Derecho penal del enemigo”*⁴⁴¹, es decir, un sistema penal que se basa no tanto en hechos cometidos sino en los sujetos considerados como peligrosos (de ahí que también se haga referencia a este fenómeno como *“Derecho penal de autor”*). Sobre ello, Jakobs apuntó que la existencia de este tipo de Derecho puede subsistir aunque formalmente el sistema aparente no hace distinciones en el proceso penal basadas en los sujetos. Así, puede ser que a un sujeto se le concedan las garantías procesales típicas de todo acusado, pero que a la vez se apliquen medidas que se basen en la consideración de dicho sujeto como *“peligroso”* e incluso se le utilice como instrumento para intimidar y disuadir a otros. Es lo que

⁴⁴⁰Art. 90.8 CP según la redacción dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

⁴⁴¹Concepto empleado por primera vez en 1985 por Günther Jakobs durante un congreso celebrado en Frankfurt en el contexto de una reflexión sobre la tendencia en Alemania hacia la *“criminalización en el estadio previo a una lesión”* del bien jurídico.

Jakobs denomina como “*dos polos*” de un mismo Derecho penal, en vez de hablar de Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo como dos esferas aisladas⁴⁴².

La introducción de un Derecho penal del enemigo debería ser evitarse, a toda costa, por parte de cualquier Estado que se defina a sí mismo como democrático y de Derecho. Establecer diferenciaciones, por mínimas que puedan parecer, en la respuesta punitiva en base a circunstancias personales del sujeto en vez de los actos que ha cometido, en otras palabras castigar a alguien por lo que es en vez de por lo que ha hecho, puede abrir la puerta a una degradación progresiva de las garantías propias de un sistema democrático y vaciar de contenido muchos derechos y libertades fundamentales que tanto ha constado conquistar en las últimas décadas. Resulta interesante en este punto recordar la conclusión a la que llegó ZAFFARONI respecto de la instauración de un Derecho penal del enemigo: “*la admisión jurídica del concepto de enemigo en el derecho (que no sea estrictamente de guerra) siempre ha sido lógica e históricamente, el germen o primer síntoma de la destrucción autoritaria del Estado de derecho*”⁴⁴³.

5.4 Modificación y revocación de la suspensión

Si el tribunal entiende que se cumplen todos los requisitos anteriormente expuestos procederá a acordar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable por un plazo de 5 a 10 años, un plazo bastante superior al previsto con carácter general en el art. 90.5 CP, a saber de 2 a 5 años. El art. 92.3 CP prevé la aplicación de algunas de las normas existentes relativas a la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad, concretamente los arts. 80.1 párrafo segundo, 83, 86, 87 y 91 CP.

En este punto conviene tener en cuenta que al tratarse de un periodo de suspensión bastante prolongado (como mínimo 5 años) la imposición de determinados

⁴⁴²JACOBS, G. Y CANCIO MELIÁ, M.. *Derecho penal del enemigo*, Cuadernos Civitas. 2003, págs. 21-22.

⁴⁴³ZAFFARONI, E. R., *El Derecho Penal del enemigo*, Ed Dykinson, 2006, pág. 23.

deberes⁴⁴⁴ de los previstos en el art. 83 CP, como podría ser la obligación o prohibición de residir en un determinado lugar, puede reputarse en ocasiones desproporcionada.

No obstante, esta desproporción se ve en cierta medida paliada en tanto que el art. 92.3 CP permite que el Tribunal, a la vista de una posible modificación de las circunstancias, pueda modificar la decisión adoptada en aplicación del art. 83 CP y, por tanto, ofrece la posibilidad tanto de acordar nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones como de modificar las ya impuestas o, incluso, alzarlas si se considera que dichas medidas han devenido innecesarias.

Finalmente, el art. 92.3 CP otorga al JVP una facultad de una relevancia extraordinaria, cual es la posibilidad de revocar la suspensión. Según la redacción dada por la LO 1/2015 se revocará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando *se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada*.

Según MARTÍNEZ GARAY, el precepto no se caracteriza por ser muy determinado, por el contrario, estamos ante una fórmula extremadamente abierta que no resulta respetuosa con el principio de seguridad jurídica⁴⁴⁵. Así, el precepto no da pista alguna de qué tipo de circunstancias revestirían la suficiente entidad como para considerar procedente revocar la suspensión. En este sentido, debe tenerse en cuenta que las consecuencias de revocar la suspensión de la ejecución de la prisión permanente son muy gravosas, por lo que habría sido aconsejable que el legislador no hubiera utilizado la misma fórmula que la prevista con carácter general en el art. 90.5 CP y hubiera precisado en qué supuestos debe acordarse la revocación de la suspensión o, cuando menos, enumerar algunos a título ejemplificativo.

⁴⁴⁴ DEL CARPIO DELGADO, J., *La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal*. Diario La Ley, Nº 8004, 2013, págs. 12 y 13.

⁴⁴⁵ MARTÍNEZ GARAY, L., *La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad*, Rev. InDret, 2014, pág. 64.

No obstante, la revocación de la suspensión de penas privativas de libertad es una institución que existía previamente a la reforma del CP, y que ha sido matizada por la jurisprudencia. Así, la AP de Sevilla⁴⁴⁶, confirmó la revocación de la suspensión de la pena en base a que el penado beneficiado por tal suspensión cometió, tan sólo seis meses después de obtener dicho beneficio, un nuevo delito de la misma naturaleza, contra el mismo bien jurídico y de características criminológicas casi idénticas al delito por el cual fue condenado a la pena de prisión que se encontraba suspendida. Dichas circunstancias demuestran, según dicho tribunal, el “*escaso efecto preventivo-especial que tuvo dicho beneficio*”, a lo que se sumaría la reiteración y pluridireccionalidad de la trayectoria delictiva del penado, factores que obviamente jugarían a favor de revocar la suspensión de la pena.

Por otro lado, la AP de Tarragona⁴⁴⁷ tuvo en cuenta que el condenado cuya pena se encontraba suspendida incumplió el deber que se le había impuesto de asistir a un determinado programa de formación, como posible motivo de revocación de la suspensión. No obstante, dicha revocación no suspendió por encontrarse la pena ya prescrita.

Finalmente, no constan reguladas expresamente las consecuencias de la revocación de la suspensión de la prisión permanente revisable. El art. 90.6 CP prevé que la revocación dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento sin que el tiempo que haya transcurrido en libertad provisional sea computable. Sin embargo, tal y como puso de manifiesto el Consejo Fiscal, las *dramáticas* consecuencias de revocar la suspensión de la prisión permanente y de reiniciar el cumplimiento de una pena de duración indeterminada deberían tener una regulación específica, *en la que probablemente la comisión de un delito doloso menos grave o un delito imprudente no deberían llevar por sí misma y en todos los casos a tal revocación*⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ AAP de Sevilla (Sección 4ª) 448/2009, de 29 junio JUR 2009\376301.

⁴⁴⁷ AAP de Tarragona (Sección 4ª) 470/2012 de 9 octubre, JUR 2012\381948.

⁴⁴⁸ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal. Madrid, 8 de enero de 2013, pág. 86.

6. LIBERTAD CONDICIONAL

Como he estudiado en la cuarta parte de la tesis, la última etapa penitenciaria, esto es, la libertad condicional, queda absorbida por la suspensión de la pena con la reforma del CP 2015, perdiendo su autonomía y convirtiéndose en un supuesto de suspensión de la ejecución.

La conversión de la libertad condicional en un supuesto de suspensión es especialmente relevante para la pena de prisión permanente revisable, ya que si en las demás penas privativas de libertad permite cumplir el último periodo de la pena en libertad, según el art. 90 CP, en el caso de la prisión permanente revisable, la finalidad es únicamente permitir la excarcelación definitiva. Por ello, el análisis comparativo de ambas figuras permite concluir que se trata de dos figuras diferentes, conteniéndose los requisitos de la libertad condicional en la prisión permanente revisable en el nuevo art. 92 CP.

Además, como quiera que la nueva suspensión de la ejecución es una figura que abarca ahora la suspensión propiamente dicha, la sustitución de la pena y la libertad condicional, si a ello se le suma que el proceso de revisión de la pena de prisión permanente revisable se regula también dentro de la suspensión de la ejecución, el resultado es una regulación compleja, tal y como venía anunciando en los epígrafes anteriores.

Así, en primer lugar, el art. 80 CP establece que el objetivo de la *suspensión en la ejecución de las penas privativas de libertad* es suspender la ejecución cuando sea razonable esperar que no es necesaria para evitar la comisión futura de nuevos delitos, por lo que está refiriendo a una suspensión inicial dirigida a evitar el ingreso en prisión en la que, obviamente, no cabe la prisión permanente revisable.

En segundo lugar, la modalidad de la suspensión de la pena regulada en el art. 90 CP se trata de una forma de *suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concesión de la libertad condicional*, aplicable en la última fase del cumplimiento de la

condena y que mantiene, a salvo del pronóstico favorable de reinserción social, los mismos requisitos que el texto del CP anterior a la reforma, es decir, la concede el JVP y requiere la clasificación en tercer grado, el cumplimiento de tres cuartas partes de la condena y buena conducta.

De hecho, según algunos autores la naturaleza de la libertad condicional en el CP de 1995 se acerca más, según algunos autores, a una “*sustitución del cumplimiento de la fase final de la condena impuesta*” que a, simplemente, una última etapa de la ejecución de la pena de prisión⁴⁴⁹.

Pero en dicho precepto no se hace referencia alguna a la prisión permanente revisable, por lo tanto, habrá que estar a los requisitos generales para concluir si se puede o no aplicar a esta nueva pena, y ahí es donde se descarta, ya que cumplidos los plazos propios de acceso al tercer grado y buena conducta, es obstáculo insalvable el cumplimiento de las tres cuartas partes, ya que en una pena que no tiene duración determinada no es posible calcularlo.

Y por último, se recoge en el art. 92 CP como un supuesto específico, el de la *suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable* que, aunque exige similares requisitos que la libertad condicional, sólo en su ordinal tercero la vincula a esta figura, cuando en realidad se trata del proceso de revisión necesario para que no acabe siendo una pena perpetua, teniendo en cuenta que se trata de una pena de duración indeterminada. Por ende, la suspensión de la ejecución de la pena está operando como una vía de revisión que conlleva finalización de la condena, más que como una excarcelación adelantada.

Por otro lado, y respecto al **juzgado o tribunal competente**, la libertad condicional de la pena de prisión la concede el JVP dado que se trata de una figura propia de la ejecución penitenciaria. Sin embargo, la revisión de la pena de prisión permanente revisable la concede el tribunal sentenciador, tras un procedimiento oral

⁴⁴⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. *Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995*. Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón, 2002, págs. 16 a 17.

contradictorio en el que intervienen el Ministerio Fiscal y el penado asistido de su abogado⁴⁵⁰. No obstante, en el propio art. 91 CP se recoge que el tribunal sentenciador sólo mantiene la competencia de cambiar las condiciones impuestas con arreglo al art. 83 CP, pero no la de su revocación, que queda en manos del JVP, por más que la remisión al art. 86 CP extienda al tribunal sentenciador las causas generales de la revocación de la suspensión.

Las divergencias entre las competencias de ambos juzgados surgen nuevamente cuando el mismo art. 92 CP señala que será el tribunal (sentenciador) el que verifique cada dos años la posibilidad de suspensión y demás, por remisión a los arts. 83, 86 y 87 CP. Es decir, nuevamente se refiere a dicho juzgado o tribunal y no al JVP.

Otra diferencia importante a tener en cuenta en la libertad condicional en cuanto a la prisión permanente es que mientras en la libertad condicional se exige el pago de la **responsabilidad civil**, en la revisión de la prisión permanente revisable se omite dicho requisito, sin que le pueda alcanzar el art. 90.1 CP.

En cuanto a los requisitos específicos de la libertad condicional para delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo y organizaciones criminales, han sido reproducidos íntegramente en la revisión de la prisión permanente revisable prevista en el art. 92.2 CP, lo que puede bloquear gravemente su concesión.

Para la **concesión** de la libertad condicional el juez de vigilancia ha de valorar la existencia de buena conducta en el penado, porque como ya dije en el los apartados anteriores, con la reforma del CP de 2015, se ha suprimido la necesidad de pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Por el contrario, en la revisión de la prisión permanente revisable, el tribunal ha de comprobar: la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social valorando la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración del delito, su conducta durante el

⁴⁵⁰Art. 92.1 *in fine* tras la redacción dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la suspensión de la ejecución y el cumplimiento de las medidas impuestas -previa valoración de los informes emitidos por el centro penitenciario y los especialistas que el tribunal determine-. Sin duda, dicho requisitos son mucho más subjetivos y dotador de mayor indeterminación.

En cuanto a la **revocación**, ambas figuras se remiten al art. 86 CP donde se recogen las causas específicas de revocación por el juez de vigilancia si cambian las circunstancias que dieron lugar a su concesión. La diferencia, como antes he recogido, es que el cambio de reglas impuestas en la libertad condicional lo realiza el juez de vigilancia, mientras que en la revisión de la prisión permanente revisable lo hace el juez o tribunal sentenciador.

Otro elemento a tener en cuenta es que la revocación en la prisión permanente revisable emplaza a un nuevo intento de solicitud de revisión.

Por otro lado, la libertad condicional en sistema general no contempla plazos predeterminados para volver a solicitarla, salvo de los periodos de revisión de clasificación previstos por la legislación penitenciaria que son cada seis meses, de acuerdo con lo que dispuesto en el art. 105 RP. En la revisión de la prisión permanente revisable, se deben verificar por el tribunal el resto de requisitos de la libertad condicional, como mínimo cada dos años, desde las fechas previstas en el art. 92 y 78 bis CP, respectivamente e, incluso, el penado podrá volver a solicitarla cuando lo desee, salvo que el tribunal le fije un plazo de hasta un año para no volver a pedirla de nuevo después de una denegación.

En la revisión de la prisión permanente revisable lo característico es que se concede por un plazo de cinco a diez años, y justo en dicho requisito es donde el legislador señala en el art. 92.3 CP que *“el plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de la puesta en libertad del penado”*, lo que resulta sorprendente después de presentarlas como dos figuras diferentes a lo largo del resto de la regulación.

Los **elementos coincidentes** entre la libertad condicional en general y la libertad condicional en la prisión permanente revisable son: la valoración del esfuerzo en la reparación (art. 80 CP), la posibilidad de imponer prohibiciones y deberes (art.83 CP), las causas de revocación (art. 86 CP), la remisión de la pena (art. 87 CP) y los supuestos especiales de mayores de setenta años y enfermos muy graves (art. 91 CP). Todas estas funciones corresponden al tribunal sentenciador, salvo la última de ellas que corresponde al JVP, al igual que la posibilidad de revocar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando no se pueda mantener el pronóstico de falta de peligrosidad en que se había fundado.

Parte de la doctrina destaca la pérdida de funciones de competencia por parte del juez de vigilancia en la prisión permanente revisable, como es la concesión de la libertad condicional o la concesión en segunda instancia del tercer grado, y que la revisión de esta sanción se apoye en demasiados aspectos del pasado y del incierto futuro reflejado en el concepto de peligrosidad, pero no del presente y su evolución.

Como afirma SÁNCHEZ ÓSTIZ, de todo ello se puede concluir que la libertad condicional como última fase del sistema de individualización científica no es aplicable a la prisión permanente revisable como una prueba más del control, que en los últimos años viene ejercitando el CP sobre el sistema penitenciario⁴⁵¹. Con ello, desplazando la esencia del tratamiento penitenciario basado en la evolución a través de la progresión individual del condenado, se sustituye el enfoque resocializador necesario en toda materia penitenciaria por su perspectiva estrictamente punitiva.

Según BONA I PUIGVERT, la reforma operada por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, ya afectó gravemente al tercer grado y a la misma libertad condicional al priorizar el aspecto cronológico en el primero y anular en ambos el valor del pronóstico individualizado de reinserción social por su condicionamiento con el pago de la responsabilidad civil, todo ello, según dicho autor, no hace más que ignorar la especialidad del tema penitenciario

⁴⁵¹ SÁNCHEZ-ÓSTIZ GUTIÉRREZ, P., *La prisión permanente revisable protagoniza la reforma del Código Penal*, Ed Aranzadi, 2015.

español basado en la clasificación penitenciaria en cuatro grados diferenciados por el tratamiento penitenciario y el régimen de vida a seguir⁴⁵².

En conclusión, parece que el régimen penitenciario previsto para la prisión permanente revisable no sólo conlleve una vulneración del mandato de los arts. 15 y 25.2 de la CE⁴⁵³, sino que también vacía de contenido el sistema de individualización científica, e incluye periodos de seguridad en figuras que son derechos reconocidos a los internos cuando se cumplen los requisitos previstos legalmente. Lejos queda, según doctrina mayoritaria, la voluntad del art. 71.1 de la LOGP que prioriza el tratamiento sobre el régimen, ya que todas estas previsiones son continuos ataques al sistema penitenciario basado en la reeducación y reinserción social⁴⁵⁴.

⁴⁵² BONA I PUIGVERT, R., *Clasificación y tratamiento penitenciario*. Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, pág. 253.

⁴⁵³ CUERDA RIEZU, A., *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Atelier, 2011, pág. 85.

⁴⁵⁴ Hay un fuerte debate doctrinal acerca de la naturaleza, significado y contenido que debe otorgarse a la reinserción y reeducación social previstos en el art. 25.2 CE. Al respecto, más ampliamente ZÁPICO BARBEITO, M., *¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 CE*, en AFDUDC, 2009, pág. 919 a 944.

CONCLUSIONES

Las conclusiones de la presente tesis suponen, por un lado, determinar con precisión los conceptos estudiados, relacionarlos, y observar desde una posición crítica la realidad que envuelve la ejecución de las penas y, por otro lado, nos sirven de motivación para proponer alternativas resolutorias que puedan mejorar los problemas principales que surgen en la ejecución, esto es, su pronta determinación y aplicación.

Soy consciente de que la investigación que he suscrito sobre las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad así como de su cumplimiento, es un tema que resulta centenario. Si bien, la literatura jurídico-penal y penitenciaria sobre el mismo es tan prolija como escasos han sido los avances que se han producido en orden al destierro de las penas privativas de libertad, en general, dentro de los sistemas punitivos.

En la última década, únicamente se habían reformado e introducido alternativas en relación a las penas cortas privativas de libertad, tales como los trabajos en beneficio de la comunidad, y dichos avances no iban dirigidos en la línea de sustituir las penas cortas de prisión por otras, sino por la vía de la inexecución o ejecución incompleta de las mismas, es decir, a través de la suspensión. Muchos de ellos, además, llevados a cabo de manera infructuosa, debido a la falta de medios administrativos y económicos para hacer efectivo los mismos.

Aquí radica mi principal crítica frente al sistema judicial penal actual, y es en la escasez de medios económicos, administrativos y judiciales para una efectiva, correcta y ágil ejecución de una pena corta de prisión.

Tanto la suspensión como la sustitución de las penas privativas de libertad por otras menos gravosas debería ser un beneficio de primer orden en cualquier estado democrático y constitucional, como lo es el estado español.

Con la reforma del CP operada en este año 2015, es cierto que los avances han sido más notorios y, a mi parecer, con una visión mucho más europeísta.

No obstante, es notorio en los tiempos en que nos hallamos, el desbordamiento de causas en fase de ejecución que padecen en la actualidad no sólo los jueces y tribunales sentenciadores, sino también aquellos específicos de tramitar ejecutorias.

A lo largo de la investigación, he estudiado la posibilidad de la suspensión y sustitución de la pena privativa de libertad en el mismo dictado y fallo de la sentencia previsto, por fin, de forma específica, en el nuevo CP. Ésta es una excelente opción para no colapsar los juzgados de ejecutorias y será necesario que, al tiempo de elevar las calificaciones a definitivas en el acto del juicio oral, se solicite en el mismo trámite la suspensión de la pena por parte de los abogados defensores. Por ende, al tiempo de notificar la sentencia al condenado, se le notificará igualmente sobre la concesión o no la suspensión, empezando a contar el plazo desde el día de aquella notificación.

Si la sentencia lo fuera de conformidad, al igual que en la sustitución, se hará constar en el mismo fallo de la sentencia y el cómputo de la suspensión, por tanto, iniciará al tiempo de la notificación de ésta con unas ventajas inusuales hasta hace poco.

Con ello, no sólo se actuará en beneficio del reo, sino que se evitarán demoras injustificadas que, en la mayoría de casos y previamente a la reforma, se tornaban contrarias al reo habida cuenta desde el dictado de la sentencia hasta la notificación de la suspensión, en la práctica, podían pasar hasta dos años. Dicho transcurso de tiempo unido al plazo suspensivo, pongamos de dos años, convertía la suspensión real en una ficticia de “cuatro años”. Además, de prosperar la nueva resolución sobre la suspensión en sentencia, supondrá un descargo importante en las actividades de los juzgados y tribunales a la hora de ejecutar una pena corta de prisión.

Mi anterior razonamiento se enlaza perfectamente con lo que podría ser un control efectivo y rápido por parte de los juzgados o tribunales competentes, del cumplimiento, en su caso, de una pena de prisión. Así, en el caso de que la suspensión o

la sustitución de las penas no fuera concedida, en el fallo de la sentencia, podría recogerse igualmente la orden para efectuar, en un plazo determinado, el ingreso en prisión o, en su caso, dadas las circunstancias personales, sociales y laborales del condenado, estimarse una prórroga para su ingreso.

Con ello se evitaría o reduciría la demora, -en muchos casos, nefasta para el reo-, desde el dictado de la sentencia hasta que el juez o tribunal ejecutor dicta el ingreso en prisión o, en su caso, la orden de busca y captura del reo de no hallarse a disposición de la Justicia. Qué decir sobre la posible reincidencia delictiva del condenado en ese ínterin de tiempo, interminable para quien está a punto de ingresar por primera vez en prisión.

No podemos olvidar la superpoblación de las cárceles y la falta de medios económicos para soportar el hacinamiento actual de los presos. Ello, me lleva a concluir que un mejor estudio y observación por parte de la junta de tratamiento para personas cuyo historial delictivo y circunstancias personales permiten un voto de confianza, llevaría a su clasificación inicial en un régimen abierto, por ser éste mucho más adecuado para los fines de la pena impuesta, cumpliendo así con creces sus fines y aliviando el elevadísimo número de internos que existen en nuestras cárceles.

Y, también, porqué el tercer grado no pudiera concederse a un condenado sin llegar a ingresar, efectivamente, de forma personal y administrativamente, en un centro penitenciario. Es decir, que el tercer grado penitenciario se concediera sin tener que ingresar en prisión y evitar así los largos días de internamiento inicial que en la práctica deben transcurrir hasta que Instituciones penitenciarias aprueba el acuerdo elevado por la junta de tratamiento. Con ello, se reduciría notablemente la población presa, así como los costos económicos⁴⁵⁵ que supone la población reclusa, pudiendo acudir el

⁴⁵⁵ Según datos oficiales del Consejo Europeo, el coste medio de cada preso en España es de 65 euros al día, lo que supone 1.950 euros al mes y 23.725 euros al año. El presupuesto total dedicado al sistema penitenciario español alcanzó 1.538,5 millones de euros en 2011, lo que se traduce en 3,3 veces más que la media europea. La media europea por recluso se ha incrementado a 103 euros día en 2011, frente a los 93 euros en 2010.

condenado en tercer grado, directamente, a centros específicos de régimen abierto para pernoctar.

Existe, desde siempre, cierta ilusión o espejismo en el conjunto de la sociedad según el cual mediante actuaciones represivas se podrá construir positivamente un mundo mejor. Más, esta contradicción de pretender asentar un estado democrático sobre las bases de la represión tiene graves consecuencias ya que se genera un ambiente cargado de recelo y desconfianza. Llegados a este punto, debo decir que la reforma del CP operada en este año 2015 se caracteriza por la intensificación de la intervención penal.

No sólo es cuestión de más Derecho penal, sino también de un Derecho penal que resulta más intenso, y se presenta como tal. La intensificación se percibe también cuando, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido.

Con todo, por más que se presente como una pena revisable y para casos gravísimos, lo más sintomático, es prever la posibilidad del carácter perpetuo de la pena de prisión y el desasosiego que produce el imaginarnos volver a penas impuestas en otras épocas.

Tras veinte años de vigencia, son muchas las reformas que han afectado al CP. Son tantas y algunas tan profundas que, al final, resulta difícil identificar el contenido originario sobre una estructura maltrecha y sobrecargada.

Ciertamente, de poco serviría una legislación al estilo de *l'art pour l'art* sino que es positivo que se modifique para mejorarla. Pero quien ha seguido la evolución de nuestro Derecho penal a lo largo de estas reformas, llega a la conclusión de que las nuevas medidas parece que sirvan más para cubrirse, pero no para lucir.

Conociendo perfectamente el legislador el problema que conlleva la ejecución de las penas y su efectivo cumplimiento, es lamentable que no lo haya afrontado normativamente, persiguiendo unos fines más políticos que encaminados a amparar los derechos de los condenados.

Con la indicada reforma se nos presenta un nuevo CP que no evita la inseguridad jurídica que se genera a la hora de conceder o no la suspensión o sustitución de un interno, o la aplicación de una de las nuevas penas graves previstas, dado que estamos ante la concurrencia de elementos subjetivos y totalmente discrecionales para jueces o tribunales, como son presuposiciones futuras o predicciones en la peligrosidad del condenado.

Una sociedad sin delincuencia postularía un mundo orwelliano donde todo se encontraría programado institucionalmente y sin posibilidad de elegir. Por eso, se establece un delicado equilibrio en el Derecho penal, entre el margen de libertad de actuación de los ciudadanos y el campo reservado al derecho represivo frente a las conductas incívicas desordenadas, sin olvidar, que en dicha cuerda son varios los malabaristas en juego.

En síntesis, a modo ilustrativo, cito algunos criterios básicos que podrían inspirar una futura legislación de la ejecución de las penas:

- Que fuera obligatorio la decisión sobre la suspensión y sustitución de la pena en caso de llegar a una conformidad en fase de instrucción.
- Ordenar el ingreso en prisión o, en su caso, su aplazamiento motivado en la misma sentencia condenatoria o, en caso de conformidad, en aquel acto.
- Posibilidad de acceder a un tercer grado penitenciario sin la necesidad de realizar un efectivo ingreso en prisión, pudiendo acceder a centros abiertos de forma directa para pernoctar.

- Reducir los plazos concedidos a la administración penitenciaria para evaluar los tratamientos y regímenes de los internos a la hora de su clasificación.
- Aumentar el capital destinado a los controles telemáticos en relación con las nuevas medidas previstas en el CP del 2015, ya que de lo contrario, de nuevo, surgirán los problemas prácticos que conllevan pan para hoy y hambre para mañana.
- Otorgar mayor y especial relevancia a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como forma sustitutiva de cumplimiento de las penas privativas de libertad para delitos menos graves.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la Respuesta Punitiva y Estado de Derecho*, Ed Aranzadi, 2011.

ACALE SÁNCHEZ, M., *Prisión permanente revisable*, Tirant lo Blanch, 2013.

ASENCIO CANTISÁN, H., *Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional*. Rev. Jurídica La Ley, Tomo I, 1989.

ASWORTH A./ZEDNER, L.: *Preventive justice*, Oxford University Press, United Kingdom, 2014.

BLANCO LOZANO, C., *Ejecución de la pena y trastorno mental grave y duradero del penado*, La Ley, 2003.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Curso de Derecho Penal Parte General*, Ediciones Experiencia, 2004.

BONA I PUIGVERT, R., *Clasificación y tratamiento penitenciario*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1995.

BOSWORTH, M/GUILD, M.: *Governing through migration control*, en British Journal of Criminology.

BRANDARIZ GARCÍA, J., *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Tirant lo Blanch, 2009.

CERES MONTES, J.F., *Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias, en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional*, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

CID MOLINÉ, J., *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1997.

COBO DEL ROSAL, M., *Instituciones del Derecho penal Español*, Ediciones CESEJ, 2004.

CONDE, M., *Derecho penitenciario vivido*, Ediciones Comares, 2006.

CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., *Alternativas a la pena privativa de libertad y principio de oportunidad reglada en el proceso penal, en Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*. Libro homenaje a Antonio Beristain, Instituto Vasco de Criminología, 1989.

CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S., *Comentarios al Código penal. Reforma LO5/2010*, Tirant lo Blanch, 2011.

CORCOY BIDASOLO, M., *Sistema de penas y líneas politicriminales en las últimas reformas del Código Penal. ¿Tiende el Derecho Penal hacia un "Derecho penal de dos velocidades?", Derecho Penal de enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer S.L., 2006.

CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código penal. Parte General (incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, Marcial Pons, 2011.

CUERDA RIEZU, A., *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: porqué son inconstitucionales en España*, Atelier, 2011.

DAL LAGO, A., *Nonpersone.L'esclusione dei migranti in una società globale*. Feltrinelli, 1999.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A. *La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español*. Rev. de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, n° 10, julio de 2013.

DEL CARPIO DELGADO, J., *La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal*, Diario La Ley. núm.8004, 2013.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. *Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995*. Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón, 2002.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El principio de humanidad en Derecho Penal*, en Eguzkilore, núm. 23, 2009.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Universitaria Ramón Areces, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, en Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2004.

DURKHEIM, E., *Las reglas del Método sociológico*, Ed La Pleyade, Buenos Aires, 1987.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La libertad vigilada en el derecho penal de adultos*, Civitas-Thompson Reuters, 2011.

FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Una propuesta revisable: la prisión permanente*. Ed La Ley, 24 de marzo de 2014.

GARCÍA ALBERO, R., *La nueva medida de libertad vigilada*, Aranzadi Doctrinal, núm. 6/2010, 2010.

GARCÍA ALBERO, R., *Ejecución de penas en el proyecto de reforma*, Tirant Lo Blanch, 2009.

GARCÍA ALBERO, R. / TAMARIT SUMALLA, J.M., *La reforma de la ejecución penal*, 2004.

GARCÍA ARÁN, M., *Contra la crisis, más cárcel*, en El País, 2012.

GRACIA MARTÍN, L., *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*, Tirant lo Blanch, 2005.

GARCÍA RENART, F., *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, 2003.

GARCÍA VALDÉS, C., *Sobre la libertad condicional: dos o tres propuestas de reforma. La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Tecnos, 2002.

GIMÉNEZ GARCÍA, J., *Las penas y sus alternativas*, Escuela Judicial, 2005.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *La nueva medida de seguridad postdelictual*, Tirant lo Blanch, 2012.

HEGEL, G. W. F. *Principios de la filosofía del Derecho o Derecho natural o Ciencia Política*. Ethasa, 1988.

JACOBS, G. Y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, 2003.

JAÉN VALLEJO, M., *Alternativas a la prisión*, Dykinson, 2004.

JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, Vol.II., 5ª ed., 1950, reimpresión de 1992.

JUANATEY DORADO, C., *Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. LXV.

LANDECHO VELASCO C.M., *Derecho Penal Español. Parte General*, Tirant lo Blanch, 1996.

LARRAURI PIJOAN, E., *Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal*, Estudios Penales y Criminológicos, núm. 19, 1996.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Introducción al Derecho Penal*, Civitas-Thompson Reuters, 2011.

LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal. Parte General. Adaptado a oposiciones a la carrera judicial y fiscal*, Dykinson, S.L., 2000.

LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena*, Tirant lo Blanch, 1999.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *La Libertad vigilada*, Diario La Ley, 2010.

MAGRO SERVET, V., *La no suspensión de la ejecución de la pena en caso de impago de la responsabilidad civil*, Práctica de los Tribunales, nº 111, Sección Práctica Procesal, Ed La Ley, 2014.

MAGRO SERVET, V. Y SOLAZ SOLAZ, E., *Manual práctico sobre la ejecución penal: las medidas alternativas a la prisión*. Ed La Ley, 2008

MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed., Civitas, 1996.

MARTÍNEZ GARAY, L., *La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad*, Rev. InDret, 2014.

MARTÍNEZ MORA, G., *Alternativas jurídicas al tratamiento penal de la delincuencia habitual*. J.M. Bosch Editor, 2015.

MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, Ed Reppertor, 2011.

MOLINA BLÁZQUEZ, C., *La aplicación de la pena*, Ed Bosch, 1996.

MONCLÚS MASÓ, M., *La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta*, Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, nº 94 (34), 1 agosto 2001.

MUÑOZ CONDE, F. /GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 2010.

NISTAL BURÓN, J., *La nueva medida de libertad vigilada. Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento*, actualidad Jurídica Aranzadi, 25 de febrero de 2010.

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 7930, Sección Tribuna, Ed La Ley, 25 de septiembre de 2012.

OLARTE HURTADO, A., *Alternativas a la cárcel en Euskadi: el trabajo en beneficio de la comunidad*, Ararteko, 2006.

PEÑARANDA RAMOS, E., *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Tirant lo Blanch, 2013.

PERIS RIERA, J. Y MADRID CONESA, F. Artículo 89. In *Comentarios al Código Penal*. Edersa, 2000.

PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, La Ley, 2009.

QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal Parte General*, 1996.

QUINTERO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.

REBOLLO VARGAS, R., *De las medidas de seguridad*, en CÓRDOBA RODA, J, Y GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Ed Marcial Pons, 2011.

RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Edisofer, 2003.

RÍOS MARTÍN, J.C., *Las penas y su aplicación*, Ed Colex, 2006.

RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, 1998.

RÍOS MARTÍN, J. / CABRERA CABRERA J.C., *Mil voces presas*, Ed Distribuciones Fernández, 1998.

ROCA AGAPITO, L., *La responsabilidad subsidiaria por impago de la pena de multa*, Lex Nova, 2003.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *La nueva pena de prisión permanente revisable y el Derecho comparado*, Actualidad Jurídica Aranzadi num.901/2015. Ed Aranzadi, SA, 2015.

RODRÍGUEZ YAGÜE, *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma*, 2012.

ROIG TORRES, M. *La expulsión de los extranjeros en el proyecto de reforma del Código Penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH. Unas notas sobre el derecho británico*. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIV, 2014.

ROIG TORRES, M., *La reiteración delictiva: algunas reflexiones sobre el nuevo tratamiento en el Anteproyecto de reforma del Código penal*, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 19, 2013.

ROMA VALDÉS, A., *La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros*, 1999.

SÁEZ CANTERO, J.A., *La sustitución de la pena de privación de libertad en Estudios Penales II*, 1978.

SÁEZ RODRÍGUEZ, C. *Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del Código Penal español*. Indret, 2013.

SÁNCHEZ-ÓSTIZ GUTIÉRREZ, P., *La prisión permanente revisable protagoniza la reforma del Código Penal*, Ed Aranzadi, 2015.

SANTANA VEGA, D.M., *La pena de libertad vigilada en delitos de terrorismo*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXIX, 2009.

SANTOS REQUENA, A., *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Ed Comares, 2001.

SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Edit. Lex Nova, 2003.

SANZ MORÁN, A.J., *La nueva medida de libertad vigilada*, Dialnet.

SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, 1999.

SUÁREZ-MIR RODRÍGUEZ, C., *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*, Ed Aranzadi, 2006.

STANGELAND, P. /GARRIDO, V., *Principios de Criminología*, 3ª ed., revisada y ampliada, Tirant lo Blanch, 2006.

TAMARIT SUMALLA., J.M., *La reforma de la ejecución penal*, 2004.

TÉBAR VILCHES, B., *El modelo de la libertad condicional español*, Ed Aranzadi, 2006.

TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Edisofer, S.L., 2005.

TORRES FERNÁNDEZ, M. E. *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2012.

URÍAS MARTÍNEZ, J.P., *El valor constitucional del mandato de resocialización*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 63, 2002.

VIVES ANTÓN, J., *Derecho Penal. Parte General*, 1996.

VIVES ANTÓN, T., *El modelo de libertad condicional español*, Ed Aranzadi, 2006.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme. El art. 60 del Código Penal*, Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

WACQUANT, L., *Parias Urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos de milenio*, 2001.

ZAFFARONI, E.R., *El Derecho Penal del enemigo*, Editorial Dykinson, 2006.

ZÁPICO BARBEITO, M., *¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 CE*, en Afdudc, 2009.

En la World Wide Web:

<http://www.alrevesyalderecho.infolibre.es>

<http://www.laley.es>

<http://www.noticias.juridicas.com>

<http://www.tribunalconstitucional.es>

<http://www.westlaw.es/westlaw/login.jsp>

<http://www.poderjudicial.es>

<http://www.fiscal.es>

<http://www.projectehome.cat>

<http://www.institucionpenitenciaria.es>

<http://www.elconfidencial.com>

