



**UNIVERSIDAD DE GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL**

***TESIS DOCTORAL***

***LA SUSPENSIÓN COMO SUSTITUTIVO LEGAL DE  
LA PENA DE PRISIÓN***

GRANADA—ESPAÑA  
FEBRERO DE 2009

Editor: Editorial de la Universidad de Granada  
Autor: Félix Araújo Neto  
D.L.: GR. 1931-2009  
ISBN: 978-84-692-1852-5

**Félix Araújo Neto**

***LA SUSPENSIÓN COMO SUSTITUTIVO LEGAL DE  
LA PENA DE PRISIÓN***

GRANADA—ESPAÑA  
FEBRERO DE 2009

# ***LA SUSPENSIÓN COMO SUSTITUTIVO LEGAL DE LA PENA DE PRISIÓN***

Tesis doctoral presentada por D.  
**FELIX ARAÚJO NETO** bajo la  
dirección del Profesor Dr. h. c. mult.  
**D. LORENZO MORILLAS CUEVA**,  
para la obtención del grado de  
Doctor en Derecho.

GRANADA—ESPAÑA  
FEBRERO DE 2009

“(...) Si me muero que me muera  
con la cabeza muy alta.  
Muerto y veinte veces muerto,  
la boca contra la grama,  
tendré apretados los dientes  
y decidida la barba.

Cantando espero a la muerte  
que hay ruseñores que cantan  
encima de los fusiles  
y en medio de las batallas (...).”

**(Miguel Hernández)**

*“Esta terra de Bravos  
Não será terra de Escravos  
Nem reinado de opressão”*

**(Félix de Souza Araújo)**

## DEDICO ESTA TESIS:

A mi maestro **Dr. h. c. mult. D. Lorenzo Morillas Cueva**

Por sus enseñanzas, por su confianza y amistad. Así como por el elevado y **contagioso ejemplo de dedicación a la Ciencia Penal**. Con toda mi admiración y respeto.

A **Juliana Braz Bezerra Araújo**

Cada palabra, cada frase y cada página de estas tesis poseen la marca de tu amor y de nuestra esperanza. Pues, elegimos juntos desafiar el mundo y estudiar en esta embrujada y seductora tierra granadina. Y lejos de nuestra patria, de nuestra casa y de nuestra gente tu presencia ha sido el estímulo más cercano, más vivo y más dulce que me permitieron seguir creyendo en el día siguiente y en el éxito de hoy. Tan fuerte ha sido este sueño y tan intensa nuestra fe que la tesis se concluye justo hoy, cuando **Felizinho** (nuestro hijo) **consigue dar sus primeros pasos...** ya camina él también hacia el futuro, a su destino, cuidado igualmente por tu presencia, por nuestro amor y por las mismas esperanzas...

a mi hijo **Felix Araújo Braz**

La **certeza** y la **esperanza** lanzadas hacia el futuro.

A mis padres **Ângela Cristine Albuquerque Araújo y Félix Araújo Filho**

Habéis sido vosotros la razón de todo: la razón del empezar, de seguir adelante, de superar la barrera del idioma, del frío y de la nostalgia... y así conseguir concluir esta tesis. De modo que, tras todos los esfuerzos y los distintos desafíos, aquí está concluida nuestra investigación, que representa, sin duda, la victoria cultural más importante y especial de mí vida. Sin embargo, lo que ciertamente no sabíais vosotros es que esta tesis es enteramente vuestra, porque aquí se manifiestan los más importantes de todos los temas: la gratitud, la dedicación, la confianza y **sobre todo el amor que tengo por vosotros**.

A **todos los autores** que contribuyeron con sus lecciones para la elaboración de esta tesis

## **AGRADECIMIENTOS:**

**A Dios:** por permitirme superar todos los obstáculos.

**A toda mi familia.** A **Juliana y Felizinho;** a mis padres, **Ângela y Félix Araújo Filho;** a mis hermanos, **Ludmila, Fernando y Laise Araújo;** a **Maria de Felix y Elizete;** a **Tamar y Adalberto; Edvanete y Nicole Araújo.** Les agradezco su preocupación, participación y fundamental apoyo.

**A Granada:** por su gente, por su forma de vivir, por su historia y cultura.

Al **Departamento de Derecho Penal** de la Universidad de Granada (UGR): A todos los *profesores, doctorandos, becarios y funcionarios*, en especial a mi querido maestro **Dr. Lorenzo Morillas Cueva.**

Al **Dr. Miguel Olmedo Cardenete:** por su presencia siempre amiga y solidaria; por el entusiasmo y compromiso con el Derecho Penal.

Al Dr. Carlos **Aránguez Sánchez,** Dr. David Lorenzo **Morillas Fernández,** Dra. Inmaculada **Ramos Tapia,** Dr. Javier **Valls Prieto,** Dr. Luis **Aparicio Díaz** y a la Dra. María Luisa **Maqueda Abreu.**

E igualmente al Dr. Jesús **Barquín Sanz,** Dr. Jesús **Martínez Ruiz,** Dr. José María **Suárez López,** Dra. Justa **Gómez Navajas,** Dra. María José **Jiménez Díaz,** y a la Dra. Nuria **Castelló Nicás** y Dña. Luisa **Ros González.**

A mis colegas del Curso de Doctorado en Derecho Penal y Política Criminal.

También, a **Isabella Celino, Ricardo y Pedro; Celino Neto y Rodrigo Celino; Ana Regina y Alexandre Albuquerque; Eduardo Douettes.**

A **Mª Paz Hermoso Carazo, José Corral Adarve, Mª Paz Corral Hermoso, Moisés, José y Carmen:** por el cariño permanente de vuestra amistad.

A los queridos amigos: **Juan Manuel** Rodriguez Cobo; **Josefa Muñoz** Ruiz; **Javier Torres** Cardona y toda su familia; **Manuel Ruiz** Vilchez; **Manolo** Molina; **Veronica** Martin Cabrera y **Francesco** Lugliese; J. **David** Peinado Ruiz, **Manolo** Arcos; **María Lafuente, Manolo** A. Miñan.

Y fraternalmente a: **Ricardo Vital** de Almeida y familia; **Marlene Alves** Sousa Luna y **Gil** de Luna; **Rômulo Gouveia;** **João Bezerra, Gilvanize, João** Paulo, **Poliana** y **Victor** Braz; **Francisco Eduardo G. Farias;** **Thamara Duarte** Cunha Carvalho; **Mª Dilma S. Brasileiro** y **Julio César C. Medina.**

**A Campina Grande (Paraíba, Brasil)**  
**Y a todos los hermanos brasileños**

## **LA SUSPENSIÓN COMO SUSTITUTIVO LEGAL DE LA PENA DE PRISIÓN**

Índice:

|                                                                                                                            |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Índice:.....                                                                                                               | 7          |
| Abreviatura. ....                                                                                                          | 11         |
| INTRODUCCIÓN. ....                                                                                                         | 15         |
| <br>                                                                                                                       |            |
| <b>PRIMERA PARTE: INTRODUCCIÓN.....</b>                                                                                    | <b>20</b>  |
| <br>                                                                                                                       |            |
| <b>CAPÍTULO PRIMERO: .....</b>                                                                                             | <b>21</b>  |
| <b>LA PENA – CONCEPTO, FUNDAMENTO Y FINES. ESPECIAL<br/>CONSIDERACIÓN A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.....</b>             | <b>21</b>  |
| I. Planteamiento general. ....                                                                                             | 22         |
| II. Concepto y justificación de la pena.....                                                                               | 23         |
| III. Fines de la pena. ....                                                                                                | 32         |
| 1. Teorías absolutas.....                                                                                                  | 35         |
| 2. Teorías relativas.....                                                                                                  | 44         |
| 2.1. La prevención general. ....                                                                                           | 46         |
| 2.1.1. La prevención general negativa. ....                                                                                | 48         |
| 2.1.2. La prevención general positiva.....                                                                                 | 55         |
| 2.2. La prevención especial. ....                                                                                          | 67         |
| 3. Teorías Mixtas o eclécticas. ....                                                                                       | 85         |
| 4. Toma de posición.....                                                                                                   | 97         |
| <br>                                                                                                                       |            |
| <b>CAPÍTULO SEGUNDO:.....</b>                                                                                              | <b>104</b> |
| <b>LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD, SEGÚN LA LEGISLACIÓN<br/>PENAL ESPAÑOLA Y ALTERNATIVAS A LA PENA DE PRISIÓN. ....</b> | <b>104</b> |
| I. La clasificación de las penas y las penas privativas de libertad según la<br>Legislación penal Española. ....           | 105        |
| 1. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.<br>.....                                                   | 108        |
| 2. La Localización Permanente. ....                                                                                        | 110        |
| 3. La pena de prisión.....                                                                                                 | 118        |
| 3.1. Planteamiento general. ....                                                                                           | 118        |



|                                                                                                   |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3.2. Breve crítica a la pena de prisión.....                                                      | 126        |
| II. Las alternativas a la pena de prisión.....                                                    | 150        |
| 1. Alternativas en general.....                                                                   | 153        |
| 2. Alternativas Específicas .....                                                                 | 161        |
| 2.1 Breves Comentarios sobre la Sustitución de la Pena de Prisión. ....                           | 161        |
| 2.1.1. Régimen General. ....                                                                      | 172        |
| 2.1.2. Régimen Excepcional.....                                                                   | 175        |
| 2.1.3. Régimen Especial. ....                                                                     | 177        |
| 2.1.4. Régimen Aplicable a los extranjeros. ....                                                  | 177        |
| 2.2 Breves comentarios sobre la libertad condicional. ....                                        | 183        |
| 2.2.1. Planteamiento General.....                                                                 | 183        |
| 2.2.1. Supuestos especiales. ....                                                                 | 190        |
| <br>                                                                                              |            |
| <b>SEGUNDA PARTE: DE LA SUSPENSIÓN.....</b>                                                       | <b>195</b> |
| <br>                                                                                              |            |
| <b>CAPÍTULO TERCER: .....</b>                                                                     | <b>196</b> |
| <b>LA SUSPENSIÓN EN GENERAL.....</b>                                                              | <b>196</b> |
| I. Planteamiento general.....                                                                     | 197        |
| 1. Problemática alrededor de la naturaleza jurídica de la suspensión.....                         | 214        |
| 2. La suspensión y la disminución del número de entradas en prisión.....                          | 223        |
| 3. La suspensión y la reducción de la reincidencia. ....                                          | 226        |
| II. Distinción entre la <i>Probation</i> anglosajón y la <i>Sursis</i> belga-francés..            | 229        |
| 1. Sistema <i>anglosajón</i> .....                                                                | 231        |
| 2. Sistema <i>belga-francés</i> .....                                                             | 240        |
| III. La Suspensión en la actual legislación penal española. Referencia a la regulación legal..... | 246        |
| 1. Discrecionalidad judicial. ....                                                                | 248        |
| 2. La suspensión y la peligrosidad criminal.....                                                  | 254        |
| 2.1 Concepto de peligrosidad criminal.....                                                        | 256        |
| 2.2. Planteamiento general en relación a la suspensión...                                         | 260        |
| 2.3. Extensión y finalidad del requisito de la peligrosidad.                                      | 266        |
| 2.4. La incidencia de la peligrosidad del sujeto según el Código penal brasileño .....            | 268        |

|                                                                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.5. Algunas críticas a la peligrosidad criminal como criterio de concesión de la suspensión .....                                                             | 273 |
| 2.5.1. La ausencia de límites legales para interpretar la expresión peligrosidad criminal .....                                                                | 274 |
| 2.5.2. Otros aspectos críticos a reflejar y opinión personal .....                                                                                             | 286 |
| 3 «La existencia de otros procedimientos penales» contra el sujeto.....                                                                                        | 293 |
| IV. Definición del plazo de suspensión de la pena.....                                                                                                         | 296 |
| V. Requisitos necesarios para la suspensión. ....                                                                                                              | 298 |
| 1. «Que el reo haya delinquido por la primera vez».....                                                                                                        | 301 |
| 2. «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»..... | 306 |
| 3. «Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado».....                                                                      | 319 |
| VI. Condiciones de la suspensión y otras obligaciones del penado.....                                                                                          | 328 |
| 1. La condición preceptiva.....                                                                                                                                | 329 |
| 2. Las condiciones potestativas. ....                                                                                                                          | 338 |
| 3. Obligaciones aplicables a la suspensión de pena correspondiente a delitos relacionados con la violencia de género. ....                                     | 351 |
| 4. Quebrantamiento de las condiciones impuestas.....                                                                                                           | 357 |
| VII. Consecuencia de la revocación de la suspensión de la condena y remisión definitiva de la pena. ....                                                       | 361 |
| VIII. Hipótesis de delitos perseguibles a instancia de parte. ....                                                                                             | 364 |
| IX. Aspectos procesales de la suspensión.....                                                                                                                  | 366 |
| 1 Recurso procedente contra la decisión a favor o contra la medida suspensiva.....                                                                             | 369 |
| 2 Audiencia a las partes. ....                                                                                                                                 | 372 |
| X. Criterios diferenciales entre la suspensión y la sustitución.....                                                                                           | 374 |

**CAPÍTULO CUARTO: ..... 383**

**SUPUESTOS ESPECIALES..... 383**

|                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Planteamiento general. ....                                        | 384 |
| II. La suspensión para los supuestos de drogadicción. ....            | 384 |
| 1 Planteamientos generales.....                                       | 384 |
| 2. Dispensa de la exigencia relativa a la primariedad delictiva. .... | 391 |

|                                                                                                      |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3. Posibilidad de suspender las penas privativas de libertad no superiores a cinco años. ....        | 392        |
| 4. Necesidad de que se certifique que el reo se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento. .... | 396        |
| 5. Exigencia referente al no abandono del tratamiento. ....                                          | 399        |
| 6. Posibilidad de prorrogar la suspensión por tiempo no superior a dos años.....                     | 401        |
| 7. Otros aspectos y cuestiones importantes sobre el art. 87 del Código penal. ....                   | 402        |
| III. La condición de enfermo.....                                                                    | 407        |
| IV. Otros supuestos. ....                                                                            | 413        |
| 1. Petición de indulto (art. 4.4 CP). ....                                                           | 413        |
| 2. Demencia (art. 60).....                                                                           | 416        |
| 3. Pena con medida de seguridad (art. 99). ....                                                      | 418        |
| <b>CONCLUSIONES .....</b>                                                                            | <b>421</b> |
| <b>REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES.....</b>                                                            | <b>443</b> |
| I. Decisiones de Tribunales españoles. ....                                                          | 443        |
| 1. Sentencias del Tribunal Constitucional (STC).....                                                 | 443        |
| 2. Sentencias del Tribunal Supremo (STS).....                                                        | 443        |
| 3. Sentencias y Autos de Audiencia Provincial (SAP y AAP)....                                        | 444        |
| 3.1. Sentencias y Autos del año 2008.....                                                            | 444        |
| 3.2. Sentencias y Autos del año 2007.....                                                            | 446        |
| 3.3. Sentencias y Autos del año 2006.....                                                            | 446        |
| 3.4. Sentencias y Autos del año 2005.....                                                            | 446        |
| 3.5. Sentencias y Autos del año 2004.....                                                            | 447        |
| 3.5. Sentencias y Autos del año 2003 y de otros años. ....                                           | 448        |
| II. Decisiones de los Tribunales Brasileños. ....                                                    | 449        |
| 1. Supremo Tribunal Federal (STF).....                                                               | 449        |
| 2. Superior Tribunal de Justicia (STJ). ....                                                         | 450        |
| 3. Tribunales de Justicia de los Estados brasileños.....                                             | 450        |
| <b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>                                                               | <b>451</b> |

## **Abreviatura.**

|             |                                              |
|-------------|----------------------------------------------|
| AAP         | Auto de la Audiencia Provincial              |
| ACP         | Anterior Código Penal                        |
| Actual.     | Actualizada                                  |
| ADPCP       | Anuario de Derecho penal y Ciencias penales. |
| AP          | Actualidad Penal                             |
| A.P.        | Audiencia Provincial                         |
| AJA         | Actualidad Jurídica Aranzadi.                |
| Ampl.       | Ampliada.                                    |
| AN          | Audiencia Nacional.                          |
| Ar.         | Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi        |
| Art. /arts. | Artículo/artículos.                          |
| BOE         | Boletín Oficial del Estado                   |
| Cap.        | Capítulo.                                    |
| CCiv        | Código civil.                                |
| CE          | Constitución Española.                       |
| CEDAM       | Casa Editrice Dott. Antonio Milani           |
| CEDH        | Convenio Europeo de Derechos Humanos         |
| CF          | Constitución Federal de Brasil.              |
| Cfr.        | Confrontar.                                  |
| Cit.        | Citado (a).                                  |
| CP          | Código penal.                                |
| CPP         | Código penal portugués.                      |
| CPC         | Cuadernos de Política Criminal.              |
| Coord.      | Coordinador.                                 |

|                |                                                            |
|----------------|------------------------------------------------------------|
| Depen          | Departamento Penitenciario Federal                         |
| Dir.           | Director.                                                  |
| DRAE           | Diccionarios de la Real Academia de la Lengua Española.    |
| Ed.            | Edición.                                                   |
| FGE            | Fiscalía General del Estado.                               |
| GEPC           | Grupo de Estudio de Política Criminal                      |
| HC             | <i>habeas corpus</i>                                       |
| <i>Ibidem</i>  | en el mismo lugar (en la misma obra y en la misma página)  |
| INE            | Instituto Nacional de Estadística (España).                |
| j.             | Día del Juicio (referencia para las decisiones en Brasil). |
| JC             | Jurisprudencia Criminal                                    |
| JTACRIM        | Jurisprudencia del Tribunal de Alçada Criminal (Brasil).   |
| LECRim         | Ley de Enjuiciamiento Criminal.                            |
| LEP            | Lei de Execuções Penais (Brasil)                           |
| LO             | Ley Orgánica.                                              |
| LOGP           | Ley Orgánica General Penitenciaria.                        |
| LOPJ           | Ley Orgánica del Poder Judicial.                           |
| LOTJ           | Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.                      |
| LPRS           | Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.               |
| Min.           | Ministro                                                   |
| Ob.            | Obra.                                                      |
| Op. Cit.       | Obra ya citada del mismo autor.                            |
| P. A.          | Puesta al día                                              |
| Pág./ Pg. /p.  | Página.                                                    |
| Págs./Pgs./pp. | Páginas.                                                   |
| Párr.          | Párrafo.                                                   |

|         |                                                     |
|---------|-----------------------------------------------------|
| PE      | Parte Especial.                                     |
| PG      | Parte General.                                      |
| PJ      | Revista del Poder Judicial                          |
| PANCP   | Anteproyecto de Código Penal                        |
| PLOCP   | Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal            |
| RBCCRIM | Revista Brasileira de Ciências Criminais            |
| RCL     | Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi      |
| RCP     | Revista de Ciencias Penales.                        |
| RD      | Real Decreto.                                       |
| RECPC   | Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología |
| Reform  | Reformulada                                         |
| Rel.    | Relator                                             |
| REP     | Revista de Estudios Penitenciarios.                 |
| Resp.   | Recurso especial                                    |
| Rev.    | Revisada.                                           |
| RJ      | Repertorio Jurisprudencial                          |
| RP      | Reglamento Penitenciario.                           |
| RPJ.    | Revista del Poder Judicial.                         |
| RT.     | Revista dos Tribunais (Brasil).                     |
| s.      | Siguiente.                                          |
| S.      | Sentencia.                                          |
| SAP     | Sentencia de la Audiencia Provincial.               |
| Sec.    | Sección.                                            |
| SP      | Estado de São Paulo (Brasil).                       |
| SS      | Sentencias.                                         |
| ss.     | Siguientes.                                         |

|        |                                                       |
|--------|-------------------------------------------------------|
| STC    | Sentencia del Tribunal constitucional (España).       |
| StGB   | Strafgesetzbuch (Código Penal alemán).                |
| STS    | Sentencia del Tribunal Supremo (España).              |
| STSJ   | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Brasil). |
| T      | Turma                                                 |
| TACRSP | Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (Brasil).    |
| TC     | Tribunal Constitucional (España).                     |
| TEDH   | Tribunal Europeo de Derechos Humanos.                 |
| Tít.   | Título.                                               |
| TS     | Tribunal Supremo (España).                            |
| UTEHA  | Unión Tipográfica Hispano Americana.                  |
| Vg.    | Verbigracia.                                          |
| Vid.   | Véase.                                                |
| Vol.   | Volumen.                                              |

## **INTRODUCCIÓN.**



Este estudio tiene como finalidad investigar la *suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad*, como sustitutivo legal de la pena de prisión, conforme está actualmente regulada en el Código penal español, en su Sección 1ª del Capítulo III del Título III, en los artículos 80 a 87.

La idea de investigar este tema ha surgido tras la constatación de que existen en la doctrina innumerables y serios planteamientos que apuntan a la necesidad de encontrar fórmulas alternativas que eviten la ejecución de la pena de prisión, especialmente la de corta duración. Y ello porque, como será tratado en el curso del presente trabajo, no hay duda alguna de que la pena de prisión de corta duración se enfrenta a los postulados político-criminales posicionándose en contra de la orientación preventiva asignada a la pena, tanto desde la perspectiva preventivo-especial como, incluso, preventivo-general. De forma que la prisión, en varios supuestos, no es la respuesta más útil ni la más recomendable a ser aplicada como consecuencia jurídica de la manifestación de ciertos comportamientos humanos que vulneran determinados bienes jurídicos tutelados penalmente. Pues, no puede perderse de vista que la imposición de cualquier tipo de pena sólo se justifica cuando esté dirigida para garantizar las condiciones básicas de convivencia social y a alcanzar los fines preventivo-generales y especiales.

Es cierto que la pena es la manifestación más dura del Estado. La respuesta punitiva más importante y también la más antigua. Tanto es verdad que históricamente la pena ha sido un instrumento imprescindible para promover la ***pacificación social*** de los diferentes modelos de civilizaciones. Y se sabe que varias formas de pena han fracasado en tal misión; que distintas expresiones del *jus puniendi* no han logrado alcanzar el equilibrio de las relaciones sociales, ni evitar la reproducción de las múltiples formas de tensión social que vulneran los bienes jurídicos. Las teorías de la pena han polemizado un secular e inagotable debate sobre los diferentes aspectos alrededor de misma, explicando su manifestación en el contexto social, así como su significado, contenido, justificación, legitimación etc.

En la actualidad, la pena de prisión asume la condición de ser la reacción punitiva más agresiva en el Ordenamiento jurídico de varios países, especialmente en la Legislación penal española de modo que el objeto de esta

investigación es conocer los rasgos principales de estas Teorías de la pena, con la finalidad de encontrar las bases teóricas necesarias para justificar la necesidad de optar por vías alternativas a la pena de prisión de corta duración. Puesto que es patente que tal pena no cumple la finalidad de reeducar, ni reinserir socialmente al penado. Al contrario, su ejecución facilita el contagio criminal y produce graves secuelas en la persona del condenado.

No obstante, a pesar de las críticas y de los efectos negativos que se pueden generar, es sabido que, hoy por hoy, el derecho penal camina hacia el expansionismo en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos. Las últimas reformas realizadas tanto en España como en otros países han permitido tal expansionismo y, también, la inquietante banalización del uso de la pena de prisión. Tal hecho es por tanto un dato a tener en cuenta en esta tesis.

Además, el objeto de la investigación es también observar cautelosamente la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, conforme está establecida en el Código penal español en el contexto de las alternativas a la pena de prisión. De este modo, es interés de este estudio conocer cómo se procede a la elección de la suspensión entre las diversas alternativas instituidas en el Código penal español. Por tanto, el enfoque específico es examinar el margen del poder discrecional del juez, otorgado por la Legislación penal española, a la hora de aplicar la suspensión. Por lo tanto, esta tesis pretende contribuir a este debate, ofreciendo matices a la expresión «**peligrosidad del reo**» (novedad instituida en el Código penal del 95), que es un factor indispensable que debe ser valorado en el momento de conceder o negar el mencionado beneficio.

Otro importante punto de análisis se refiere al modelo híbrido de suspensión que ha sido implementado a partir del Código penal del 95. La Ley penal revocada antes establecía como única condición a ser observada por el reo, durante el plazo de suspensión, la de que el reo no delinquiera (característica propia de la *sursis*). No obstante, el Código actual permite que el juez imponga al reo otras obligaciones y deberes (art. 83 CP), cuando la pena aplicada sea de prisión y el magistrado lo estime conveniente desde el punto de vista preventivo-especial. De esta manera, El Código penal del 95 ha añadido elementos acogidos del sistema anglosajón de la *probation*. El estudio

de estos deberes y de las obligaciones introducidas por las reformas realizadas por la LO 15/2003 y LO 1/2004 (la violencia de género) son temas de gran relevancia.

De esta forma, la pretensión es estudiar detenidamente la suspensión, analizando cada uno de sus requisitos y elementos introducidos en el Código del 95, así como en las reformas operadas posteriormente. Teniendo en cuenta los objetivos señalados, estructuramos el estudio en dos partes subdivididas en cinco capítulos.

El primero trata, a modo de resumen, sobre algunas cuestiones inherentes a la pena, tales como: su concepto y justificación, conforme apunta la actual doctrina penal española; así como los rasgos más evidentes de las teorías de la pena (absolutas, relativas y mixtas). Tras ello, ponemos de manifiesto nuestra posición sobre el fin de la pena.

El segundo, también de forma introductoria al objeto central de esta investigación, fijaremos cuáles son las clasificaciones de las penas, según la legislación penal de España, observando con especial interés las modalidades de penas privativas de libertad. Analizamos, pues, las formas de privación de libertad, instituida en la Ley penal española: la localización permanente, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y la pena de prisión; para pasar después a estudiar las alternativas a la prisión, desde dos perspectivas: las alternativas en general y las alternativas específicas (los sustitutivos legales).

Con los dos capítulos previos finalizamos la primera parte que corresponde a planteamientos introductorios al objeto de investigación.

En el tercer capítulo estudiamos exclusivamente la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, que es el objeto de análisis de esta investigación. Así, tras realizar un comentario general sobre la materia, trazamos la distinción entre el sistema de la *Probation* anglosajona y de la *sursis* belga-francés. De modo que, al concluir tales consideraciones, realizamos el examen de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad conforme a su regulación en el Código penal español. Por tanto, después, analizamos cuáles son los requisitos para la concesión de la

suspensión, en los supuestos generales. señalamos cuáles son los plazos para la suspensión de la pena, las condiciones que pueden ser establecidas, las consecuencias impuestas cuando se revoca el beneficio, las hipótesis de delitos perseguibles a instancia de parte, algunos aspectos procesales y cuándo se da la remisión definitiva de la pena. En este capítulo asume especial relevancia el análisis de la discrecionalidad judicial y de la peligrosidad criminal del delincuente.

Asimismo, emitiremos nuestra opinión sobre algunas cuestiones que nos parecen ser de extremado relieve en relación con la suspensión de la pena como: a) las condiciones para ser impuestas en el momento de conceder la suspensión (examinando los elementos de la *Probation*); b) la elevación a los dos años del límite máximo para la suspensión de las penas privativas de libertad; d) y la exigencia del requisito del primer delito.

Además, realizamos, en este capítulo, el paralelismo conceptual que hay entre la aplicación de la sustitución y la suspensión de la pena.

Abordamos específicamente los criterios diferenciales entre uno u otro beneficio porque, como se sabe, en determinadas hipótesis, el magistrado puede encontrarse frente a una situación en que sea posible aplicar simultáneamente la sustitución y la suspensión de la pena de prisión. Así que, con ánimo de colaborar, intentamos encontrar un criterio adecuado que limite el margen de discrecionalidad judicial. De este modo, tratamos de definir los límites de la aplicación de uno u otro beneficio (la sustitución y la suspensión) en momento de la valoración del magistrado.

En el cuarto capítulo, centramos todos los esfuerzos en analizar las hipótesis especiales. Aquí, verificamos el tratamiento legal aplicable a los supuestos en que el condenado haya cometido un delito a causa de su dependencia de las drogas o del alcohol; el tratamiento conferido al «penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables»; y escuetamente nos referimos a las formas impropias de suspensión, que pueden ser originado por diferentes causas como: por la petición de indulto (art. 4.4 CP); por demencia (art. 60 CP); por la existencia simultánea de una pena y una medida de seguridad (art. 99 CP) etc.

***LA SUSPENSIÓN COMO SUSTITUTIVO LEGAL  
DE LA PENA DE PRISIÓN***  
**PRIMERA PARTE: INTRODUCCIÓN**

**CAPÍTULO PRIMERO:  
LA PENA – CONCEPTO, FUNDAMENTO Y FINES.  
ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA PENA PRIVATIVA DE  
LIBERTAD.**

## ***I. Planteamiento general.***

Antes de entrar en el centro de investigación de este estudio es conveniente realizar algunas consideraciones, a modo de resumen, sobre la problemática de la pena. No obstante, debe decirse que tal problemática será abordada de forma sucinta porque, como es evidente, consideramos que las cuestiones alrededor de la temática de la pena tienen una extensión tan amplia que, si nos dedicáramos a profundizar sobre esta cuestión, difícilmente conseguiríamos aproximarnos al objeto de análisis de este trabajo: *la suspensión de la ejecución de la pena como sustitutivo legal*.

De manera que este capítulo constituye una aportación introductoria a la suspensión, porque es imprescindible verificar algunos de los aspectos de la pena, para poder explicar la necesidad de la existencia de la suspensión como un sustitutivo legal de las penas privativas de libertad. Así, es de significativa importancia verificar —aunque de forma breve— como la doctrina plantea el concepto y la justificación de la pena, así como también su sentido.

Comenzaremos por mencionar las características genéricas de las teorías de la pena, comentando algunos de los rasgos más significativos de las teorías absolutas y relativas, como también sus fórmulas mixtas. Por tanto, tras desarrollar algunas consideraciones sobre dicto tema, se definirá la posición de este estudio sobre el fin de la pena, que servirá cómo guía en el momento de enfocar la cuestión central de discusión que es la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

También en este Capítulo, se analizará cuáles son las clases de penas que establece el Código penal español, examinando con especial interés las penas privativas de libertad.

Por último, se hará mención a los sustitutivos legales entre los cuales se encuentran la susodicha suspensión.

## **II. Concepto y justificación de la pena.**

Es cierto que la pena constituye, todavía hoy, un instrumento de respuesta estatal imprescindible para la sociedad ante el ataque a un bien jurídico tutelado penalmente. La pena es la consecuencia jurídica más antigua y también la más importante<sup>1</sup>. Tan significativa es esta consecuencia que algunos autores, como Cobo del Rosal–Quintanar Díez, llegan al punto de valorar —y lo hacen con razón— que sin la existencia de la pena sería también imposible hablar de delito<sup>2</sup>. Es tan evidente la importancia de la pena, que otras consecuencias jurídicas del delito, como las medidas de seguridad, la responsabilidad civil e incluso el pago de las costas procesales, ejercen “en el ámbito jurídico-punitivo un papel más modesto”<sup>3</sup>, conforme apunta Landrove Díaz. Aunque se reconozca que las demás consecuencias citadas sean extremadamente relevantes para el derecho, y que desarrollan un papel esencial en beneficio de la sociedad, debe aún así destacarse que, para el Ordenamiento jurídico penal, la pena ha sido la consecuencia jurídica del delito que siempre le ha acompañado, pudiendo considerarla la respuesta estatal más típica<sup>4</sup>. Basta recordar que la consumación de una conducta tipificada como delito debe ser concebida como la vulneración más grave y más ofensiva

---

<sup>1</sup> Vid, GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. 3ª Ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 29. Dice Morillas Cueva: “No cabe duda, como ha sido dicho, de que la pena, y dentro de ella la de privación de libertad, ha sido y es el instrumento más demandado y utilizado por una sociedad donde parece que crecen los peligros, hasta convertirse en una sociedad de riesgo (...)”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal, parte general – fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal*. Madrid, Editorial Dykinson S. L., 2004, p. 91. Aduce también Suárez-Mira Rodríguez: “La pena constituye la principal forma de reacción jurídica frente al delito, pero junto a ella, el moderno Derecho Penal incorpora otras, como las medidas de seguridad y las llamadas consecuencias accesorias”. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de derecho penal, parte general*. Tomo I, 5ª Ed.. Madrid, Editorial Civitas, 2007, p.440.

<sup>2</sup> “(...) sin la pena no puede hablarse, en rigor, tampoco de delito”. COBO DEL ROSAL, Manuel–QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *Instituciones de derecho penal. Parte general*. Madrid, Editorial CESEJ, 2004, p. 267.

<sup>3</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 6ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2005, p. 17.

<sup>4</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio–ARROYO ZAPATERO, Luís-otros. *Curso de Derecho penal. Parte general*. Barcelona, Ediciones Experiencias, 2004, p. 24.



a las normas instituidas por el Estado<sup>5</sup>. Y ello porque la ley penal protege aquellos bienes que la sociedad valora como más importantes<sup>6</sup>. De forma que la pena constituye, también, la reacción más dura y más severa frente a la manifestación de un comportamiento establecido legalmente como delito.

Un problema que ha inquietado a los penalistas ha sido el de encontrar la exacta definición de pena. Como claro ejemplo de la preocupación científica por intentar trazar bien las líneas que demarcan el ámbito conceptual de la pena, señala Bettiol que esta temática “ha preocupado a filósofos, juristas, políticos, sicólogos, y sociólogos. Directa o indirectamente todas las ciencias morales, en cuanto se orientan hacia el concepto del bien o del mal, gravitan en torno del problema de la pena”<sup>7</sup>. En semejante sentido, Morillas Cueva aduce que sobre el concepto de pena es posible encontrar en la doctrina un extenso campo de definiciones. De forma que, además de la doctrina penal, otras ramas del conocimiento de proyección más generalistas (como por ejemplo la filosofía) se dedicaran a estudiar la pena buscando delimitar su concepto<sup>8</sup>. De este modo, entre las preguntas más frecuentes que han ocupado el centro de las preocupaciones científicas de los penalistas, según el propio Bettiol, son, entre otras, las siguientes: “¿Qué es pena? ¿Por qué se castiga? ¿Cuáles son los fines de la pena? ¿Qué efectos produce la pena?”<sup>9</sup>. Como es evidente,

---

<sup>5</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*. Ed. rev. por Fernando Fragoso. 16ª ed., Rio de Janeiro, Editorial Forense, 2004, p. 343.

<sup>6</sup> En este sentido, Fragoso destaca: “Devem ser protegidos penalmente os bens de maior valor: Convém, no entanto, ter presente o princípio da intervenção mínima, que decorre do caráter subsidiário do direito penal. Só deve o Estado intervir com a sanção jurídico-penal quando não existam outros remédios jurídicos, ou seja, quando não bastarem as sanções jurídicas do direito privado. A pena é a ultima ratio do sistema”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. Cit.*, p. 346.

<sup>7</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Derecho penal, parte general*. Trad., José León Pagano. Bogotá, Editorial Temis, 1965, p. 636.

<sup>8</sup> Afirma Morillas Cueva: “A la hora de concretar el concepto de pena se muestra una variada gama de posibilidades de definición provenientes de las diversas alternativas que sobre esta consecuencia jurídica del delito propugna la doctrina, no sólo penalista, sino de proyección más generalista tanto en el ámbito jurídico como en el filosófico”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Editorial Tecnos, 1991, p. 15.

<sup>9</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Op. Cit.*, p. 636. Señalando las problemáticas alrededor de la pena, Quintero Olivares comenta que “hoy, afortunadamente, los juristas se percatan de que precisamente ahí reside el *núcleo del problema penal*: por qué se castiga, cuánto se puede castigar, con qué finalidad, y, sobre todo, en relación con la pena privativa de libertad, si es posible imaginar formas diferentes de reacción frente al delito, menos toscas y marginadoras”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo-MORALES PRATS, Fermín. *Parte general del derecho penal*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2005, p. 108.

conviene repetir que no es objeto de este estudio profundizar —tampoco apuntar soluciones— sobre estas importantes y seculares polémicas. Al contrario, lo que se pretende aquí, en estas líneas, es destacar algunos conceptos ya utilizados por la doctrina para, a partir de ello, estudiar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Inicialmente debe señalarse que la teoría de la pena establece el concepto de pena, distinguiéndola de su fin y fundamento, como también de su legitimación<sup>10</sup>. Modernamente no se confunde el concepto de pena con su función o con su legitimación.

Como es sabido, el término pena, definido en una forma sencilla, significa castigo. Sin embargo, el castigo que interesa estudiar es el que impone el Estado al individuo como consecuencia jurídica de un delito cometido. Además, cabe decir —antes de entrar en su concepto— que la pena siempre presenta carácter aflictivo. La aflictividad es una característica inherente y esencial de la pena. En esta línea, es oportuno mencionar la aclaradora consideración que hace Antolisei, al decir que “una pena no aflictiva es un verdadero *contradictio in terminis*; sería como decir: luz oscura, fuego frío”<sup>11</sup>. Ya más recientemente, Mantovani ha defendido que independientemente de cómo se conciba el fundamento y la función de la pena, esta consecuencia es siempre aflictiva, puesto que ésta es su característica esencial y constante, sea ella pública, privada o doméstica<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)—BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel—ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones ... Op. Cit*, p. 29.

<sup>11</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal, parte general*. Trad., Juan del Rosal y Ángel Torio. Buenos Aires, Editorial UTEHA, 1960, p. 497.

<sup>12</sup> En el idioma original, este autor así registra: “Quale che sia il fondamento e la funzione della pena, essa implica sempre una sofferenza, poiché l'*afflittività* è carattere essenziale e costante dello stesso concetto di pena, sia essa pubblica oppure privata o domestica”. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale, parte generale*. 5ª ed., Milano, Editorial CEDAM, 2007, p. 713. Interesante citar la lección de Jescheck–Weigend sobre la naturaleza de la pena: “La pena es un juicio de valor público de carácter ético-social que se realiza al autor por la comisión culpable de una infracción jurídica. (...) El mal inherente a la pena consiste en la intromisión voluntaria en la esfera jurídica del reo (libertad, patrimonio, tiempo libre, consideración social), ya que la desaprobación pública se expresa precisamente por la pena mediante el perjuicio de la posición jurídica del culpable. La negación de la condición de mal que reviste la pena no supondría otra cosa que la negación del concepto penal mismo. JESCHECK, Hans-Heinrich—WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Trad., Olmedo Cardenote, 5ª ed., Granada, Editorial Comares, 2002, p. 70. *Vid* también: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. Cit*, p. 348.

Así, realizadas las consideraciones iniciales en los párrafos anteriores, puede ya decirse que varios de los conceptos de pena han sido inspirados por la clásica definición de Hugo Grotius, que concibe la pena como un mal. Para este autor la pena es “*malum passionis quod infligitur propter malum actionis*”<sup>13</sup>.

Pero la pena es un mal que soporta el individuo por haber violado alguna o algunas de las reglas penales del Ordenamiento jurídico. De modo que es un sacrificio y un sufrimiento que se impone al sujeto, porque se hace necesario a partir del momento en que éste ataca a los derechos tutelados penalmente, enfrentándose así a los bienes de interés público. Por tanto, aunque la pena no pueda “restablecer un estado de hecho irremisiblemente alterado, ni puede servir para resarcir al Estado el daño que la infracción produjo a la organización social”<sup>14</sup>, es necesaria para que, como apunta Bettiol, sea posible “reafirmar la inevitabilidad del derecho”<sup>15</sup>. De manera que la pena puede ser considerada como una reacción y, desde luego, como un mal necesario, que se impone ante la existencia del «mal» que produce la infracción<sup>16</sup>.

Conviene destacar que la corriente correccionalista ha puesto de manifiesto una importante interrogante, conforme destaca Landrove Díaz: ¿La pena debe ser concebida como un mal o como un bien? Para esta corriente de pensamiento, el hecho de privar al condenado de uno o varios bienes jurídicos, en principio, puede causar una aflicción al sujeto, pero, observado desde otro punto de vista, desde la perspectiva de la colectividad, así como desde la perspectiva del individuo que se está recuperando, la pena debería ser concebida como un bien<sup>17</sup>. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla, porque

---

<sup>13</sup> En LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)—otros. *Comentarios al Código penal (artículos 24 a 94)*, tomo III, Madrid, Editorial Edersa, 2000, p. 424.

<sup>14</sup> Vid, BETTIOL, Giuseppe. Op. Cit., p. 636.

<sup>15</sup> *Ibidem supra*. Y también, según Luis Jiménez de Asúa, “Para las sociedades de hoy, que han formados los Códigos, la penalidad aparece como una función necesaria de defensa social, sin la que sería imposible mantener el orden público tal y como se le concibe actualmente”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Tomo II, 3ª ed., actual, Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1964, p.14.

<sup>16</sup> Vid, BETTIOL, Giuseppe. Op. Cit., p. 637. Vid también, FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit., p. 348.

<sup>17</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. Cit. p. 19. En la opinión de Cobo del Rosal—Quintanar Díez, “Desde otra perspectiva, podría verse la pena, y de hecho se ha visto, como un ‘bien’, perspectiva con la que podemos estar de acuerdo en dicho orden ideal, entendiendo ‘bien’ en sentido amplio, como consecuencia de una necesidad social de utilidad preventiva e incluso de

la pena actúa directamente en el terreno de los derechos del reo —afirma Von Liszt—, lesionando sus bienes jurídicos<sup>18</sup>, conforme los términos de la condena, que, por supuesto, deberá observar todas las garantías constitucionales. Así, sobre esta postura, crítico es el juicio de Morillas Cueva que, con razón, apostilla que “no cabe, pues, el simplismo de que toda pena ha de ser correccional, ni el humorismo de que cualquier pena es un bien, ni la paradoja del derecho a la pena, propia de los correccionalistas. Pero tampoco, por el contrario, puede comprenderse como un castigo, en el sentido de venganza social contra el delincuente. Su alcance mínimo es el de una medida de carácter represivo en cuanto que supone la imposición de un mal por el delito cometido”<sup>19</sup>.

Actualmente, de forma mayoritaria, se conceptúa la pena, conforme define la doctrina italiana de Francesco Antolisei, como “un sufrimiento que el Estado inflige a la persona que ha violado un deber jurídico y que consiste, sustancialmente, en la privación o disminución de un bien individual”<sup>20</sup> (libertad, patrimonio, etcétera). La moderna y dominante doctrina española también esboza un concepto material de pena. Landrove Díaz, por ejemplo, concibe la pena como “la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal”<sup>21</sup>. De la misma forma lo hace la doctrina brasileña de René Ariel Dotti, que considera la pena como la pérdida o restricción de los bienes

---

efectos integradores o educativos, pero esto ya penetra en el orden de las consideraciones de carácter metapositivo en las que nuestra posición ya ha quedado clara *ut supra*. COBO DEL ROSAL, Manuel—QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *Instituciones...* Op. Cit., p.272.

<sup>18</sup> Para Franz Von LISZT, “La pena es la lesión de un bien jurídico, perteneciente al delincuente y, en realidad, recae en sus intereses. Si la lesión no recae sobre el delincuente no existe pena”. LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho penal*. Tomo III, Trad. Luis Jiménez de Asúa, 4ª ed., Madrid, Editorial Reus S.A., 1999, p. 200.

<sup>19</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., p. 15.

<sup>20</sup> ANTOLISEI, Francesco. Op. Cit., p. 7.

<sup>21</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. Cit. p. 18. También en este sentido: “La pena supone privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal”. DÍAZ ROCA, Rafael. *Derecho penal general (ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)*. Madrid, Editorial Tecnos, 1996, p. 266. VAELLO ESQUERDO, Esperanza. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Alicante, 2004, p. 17. Para Mapelli Caffarena: “Se entiende comúnmente por pena una institución de derecho público que limita un derecho a una persona física e imputable como consecuencia de una infracción criminal impuesta en una sentencia firme por un órgano judicial”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Navarra, Editorial Civitas, 2005, p. 19.

jurídicos del sujeto que ha cometido la infracción<sup>22</sup>. De forma que, en este sentido, adoptamos la definición ampliamente defendida en la doctrina de diferentes países<sup>23</sup> que concluye que *la pena debe ser conceptuada como una privación o restricción de bienes jurídicos del individuo, condenado por la comisión de una conducta delictiva*<sup>24</sup>.

A partir de estas notas conceptuales, también resulta de fundamental importancia examinar cual es la justificación de la pena. Sobre este tema, Morillas Cuevas señala que “justificar es algo más que indicar el motivo, tiene un contenido material que implica demostrar que lo motivado es oportuno o no rechazable”<sup>25</sup>. Con buen criterio de ponderación, éste autor apunta que la «oportunidad» debe ser entendida en el sentido de «imprescindibilidad». Así, la imprescindibilidad de la pena se expresa, esencialmente, porque debe manifestar la necesidad de la función que la pena ejerce y, de este modo, la justificación de esta consecuencia jurídica viene a revelar la evidente necesidad de pena. Por lo tanto, puede afirmarse rotundamente que la pena se justifica por su necesidad<sup>26</sup>.

No obstante, desde otro punto de vista, debe también añadirse que existen innumerables críticas dirigidas a la pena como institución,

---

<sup>22</sup> Dice René Ariel Dotti: “A pena criminal é a sanção imposta pelo Estado e consistente na perda ou restrição de bens jurídicos do autor da infração, em retribuição à sua conduta e para prevenir novos ilícitos”. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal, parte geral*. Ed. 2ª, Rio de Janeiro, Editorial Forense, 2004, p. 433. En el mismo sentido, concibe el destacado jurista brasileño Fragoso: “Pena é a perda de bens jurídicos imposta pelo órgão da justiça a quem comete crime”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit., p. 348.

<sup>23</sup> En la doctrina alemana: “(...) lo que convierte en pena a un «mal querido» es, en primer lugar, que esté relacionado con un delito. (...) La pena es, en su sentido amplio, un mal que se tiene que soportar porque a su vez se creó un mal”. LESCH, Heiko H.. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. En Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, Madrid, Editorial Dykinson, 1999, p. 3.

<sup>24</sup> Desde el punto de vista de estabilización de la norma, Jakobs define que: “La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma (por «a costa de» se entiende en este contexto la pérdida de cualquier bien)”. Y sigue: “La pena hay que definirla positivamente: Es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada”. JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª ed., Madrid, Editorial Marcial Pons, 1997, pp. 8/9.

<sup>25</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., p.16.

<sup>26</sup> *Ibidem supra*.

considerándola como una consecuencia jurídica en decadencia. Para los defensores de este argumento, la pena puede ser apreciada como un resquicio del sentido de venganza social y colectiva o personal contra el autor de un hecho ilícito<sup>27</sup>. Además, consideran que la pena es inútil y no cumple la finalidad de reeducar y de reinsertar socialmente al sujeto y vulnera los derechos fundamentales del reo. En resumen, para esta línea doctrinal la pena es inútil y, consecuentemente, injusta. De manera que la pena se revela como un cómodo instrumento político, en manos del Estado, que sirve para aterrorizar a las personas<sup>28</sup>. Antolisei, aunque no comparta tal opinión, consigna en su obra que “no han faltado pensadores y científicos que han negado su fundamento, considerándola injusta, inútil y hasta perjudicial”<sup>29</sup>. Como ejemplo, cabe añadir que históricamente las doctrinas anarquistas puras se destacan también por negar en su totalidad el *ius puniendi* del Estado<sup>30</sup>. Ello porque los anarquistas más tradicionales creen que la vida debe regirse sin cualquier interferencia de leyes y sin que haya control de cualquier autoridad o forma de gobierno<sup>31</sup>.

Es cierto que al aplicar la pena, el Juez debe cuidar que, en ningún caso, esta consecuencia no sea utilizada como un instrumento inútil ni tampoco como

---

<sup>27</sup> Comenta este tipo de posicionamiento la doctrina de COBO DEL ROSAL, Manuel—QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *Instituciones...* Op. Cit., p. 268.

<sup>28</sup> *Vid.*, COBO DEL ROSAL, Manuel—QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *Instituciones...* Op. Cit., p. 268.

<sup>29</sup> ANTOLISEI, Francesco. Op. Cit., p. 499.

<sup>30</sup>. En este sentido, Luis Jiménez de Asúa enseña que “son los secuaces del anarquismo quienes rechazan el *ius puniendi* estatal. Entre los modernos puede distinguirse un grupo de negadores absolutos, que, como el anarquista naturista Bruno Wille, estima superfluo todo castigo, porque el hombre nace bueno y sin las coacciones de la sociedad vigente no llevaría a delinquir, e incluso si el delito se produce no debe intervenir con sanciones tasadas, sino permitir la natural reacción que produzca el atentado (ley de Lynch). La filosofía anarquista de Malato le lleva también a desconocer el *ius puniendi*. En estricta referencia al Derecho de penar ha escrito Emilio Girardin, poniendo en duda el derecho social de imponer castigos. Empieza negando que semejante derecho sea legítimo y hace tabla rasa de todos los sistemas ensayados para sostenerle; pero añade, inmediatamente, que él admitiría la pena si fuese útil, acabando por negar su utilidad y eficacia. Su inanidad —dice— está probada por la reincidencia. También Luis Molinari, que dedica su libro a los mártires que sufren las penas del infierno en los presidios de todo el mundo, es otro negador del derecho de penar, afirmando que el delito ‘es una vana sombra’. Y sigue el autor en cita diciendo que las doctrinas “anarquistas, que tanto influjo tienen en el alma española, ácrata de suyo, repercutieron en la doctrina de Dorado Montero (...) y aunque luego tome otros rumbos no deja de percibirse en ella el repudio original contra el castigo”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado... Op. Cit., p. 20.

<sup>31</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado... Op. Cit. p. 16.

un mecanismo de producción de injusticia<sup>32</sup>. No obstante, hay que afirmar que la pena, *en si misma*, como consecuencia jurídica del delito —a diferencia de lo que plantea los razonamientos referidos en el párrafo anterior— constituye *todavía una herramienta necesaria e indispensable para la sociedad*. Y, por ello, cabe insistir en lo que varios autores ya reconocen: ¡*la pena se justifica por su «amarga necesidad»*<sup>33</sup>! Esta es la justificación de la pena. Pues conforme la siempre citada concepción de Maurach, “una sociedad que quisiera renunciar al poder punitivo renunciaría a su misma existencia”<sup>34</sup>.

La doctrina mayoritaria entiende que la pena se justifica por su necesidad. Pero, la pregunta ahora es: ¿necesidad para qué? Es interesante verificar algunos argumentos de distintos autores, que enfocan —cada uno desde su punto de vista— las razones de tal necesidad. En la valoración de Antolisei, por ejemplo, la pena es un medio *necesario para* “imponer su voluntad a los súbditos; para hacerse obedecer y alcanzar así sus finalidades”<sup>35</sup>. Desde los planteamientos funcionalistas de Jakobs, la pena es *necesaria para* garantizar la “vigencia segura de la norma”<sup>36</sup>. En la aclaradora lección de Jescheck–Weigend, la pena es *necesaria para* “la conservación del Ordenamiento jurídico como condición básica para la convivencia de las personas en la comunidad. La coacción estatal renunciaría a sí misma si no pudiera impedir la afirmación abierta de infracciones jurídicas insoportables. Sin

---

<sup>32</sup> Con brillantez afirman Mapelli Caffarena: “Necesidad y suficiencia son dos características que requieren de un referente para poder ser valoradas conforme él. En el caso de las penas esta referencia viene constituida por los fines preventivos. La pena no sólo debe ser merecida porque el sujeto ha cometido un hecho castigado como delito, sino que, además, debe ser necesaria para alcanzar dichos fines, sin que estén justificadas las penas inútiles, que, como el propio BECCARIA señalaba, son penas crueles”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Navarra, Editorial Civitas, 2005, pp. 23/24.

<sup>33</sup> Muñoz Conde–García Aránopinan que “la pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en comunidad. Sin la pena la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una «amarga necesidad»”. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*. 7ª ed., rev., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2007, p 47.

<sup>34</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho penal*. Trad. Juan Cordoba Roda, Tomo I, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, p. 63.

<sup>35</sup> ANTOLISEI, Francesco. Op. Cit., p. 500.

<sup>36</sup> JAKOBS, Günther. Op. Cit. p. 9.

la pena el Derecho dejaría de ser un Ordenamiento coactivo para quedar reducido a normas puramente éticas”<sup>37</sup>.

Pues bien, al observar las posturas citadas, cabe señalar que compartimos la idea de que la justificación de la pena debe partir de la base del principio de la necesidad de pena. Sin embargo, nos sumamos a la consideración de que tal principio tiene de ser planteado desde dos perspectivas distintas. En la primera, debe considerarse que la pena se justifica porque constituye un *necesario* instrumento para la conservación del orden social, posibilitando, de este modo, la convivencia pacífica del hombre en sociedad. Y en la segunda, ha de entenderse que la pena también se justifica por su *necesidad para* la consecución de los fines preventivo-generales y especiales. Estas son exactamente las dos vertientes que plantean Morillas Cueva que, acertadamente, explica: “en el principio de necesidad de pena se advierte dos niveles: el de la conminación abstracta (estática) y el de la conminación concreta (dinámica). Desde el punto de vista estático, la justificación de la pena coincide totalmente con lo que se viene diciendo: se justifica por su necesidad como medio social indispensable para mantener las condiciones de vida mínimas para la convivencia de las personas en sociedad, a través de la prevención —general—, y enlaza, además de exigirlos con el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal. Desde el punto de vista dinámico, se justifica, asimismo, en la necesidad para los fines de prevención —general y especial— pero convergente como fundamento con la culpabilidad. En resumen, y como una primera aproximación que luego será completada, la pena se justifica por su necesidad para la protección de bienes jurídicos a través de la prevención antes indicada y se fundamenta en la culpabilidad y en la necesidad. No se nos escapa que, a *sensu contrario*, toda pena no necesaria debe dejar de ser pena”<sup>38</sup>. Por tanto, es imprescindible repetir que la corriente que mejor enfoca las cuestiones sobre la justificación de la pena es aquella que defiende que se justifica por su necesidad<sup>39</sup>. Y así, el

---

<sup>37</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit. p. 69. Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 47.

<sup>38</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal...*, p. 94.

<sup>39</sup> Sobre este tema, importante registrar lo que plantean Bustos Ramírez–Hormazábal Malarée: “Desde la perspectiva de la necesidad de la pena, que tiene en este aspecto una especial



criterio rector del principio de la necesidad de pena debe partir desde dos importantes premisas: la necesidad de pena para posibilitar que se viva pacíficamente en sociedad; y también para permitir la consecución de fines preventivo-generales y especiales<sup>40</sup>, teniendo en cuenta siempre la medida de la culpabilidad del autor.

### III. Fines de la pena.

Un problema de trascendental importancia para la ciencia del Derecho penal es el fin de la pena. Sobre este punto, suelen encontrarse en la doctrina los más diversos posicionamientos que, la mayoría de las veces, son inconciliables y conflictivos. Ello se explica porque para muchos juristas, la pena, al privar el condenado de sus bienes jurídicos, debe presentar un fin. Sin embargo, para otros juristas, la pena es una entidad disociada de cualquier fin. Estas posturas componen el escenario de una controversia que ya se extiende por un largo tiempo.

Así, diversas teorías vienen polemizando sobre cuál es el exacto sentido de la pena. Y éste es precisamente el “objeto de la llamada «lucha de Escuelas»”<sup>41</sup>. No hay duda de que la necesidad de investigar para apuntar las soluciones científicas sobre los fines de la pena ha provocado un debate

---

incidencia, aparece como adecuado que quede establecido el máximo de la pena y no el mínimo (ya que desde una perspectiva político-criminal podría ser aconsejable no imponer pena alguna, no ser ésta necesaria o, bien, implicar un daño grave a la persona), que a su vez el juez tenga un conjunto de diversas penas a aplicar, de modo que pueda elegir la más conveniente para el caso concreto”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan José–HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid, Editorial Trotta, 2004, p.135.

<sup>40</sup> “Del concepto de que se parta, de su justificación y fines dependerá, en gran medida, la propia idea de Derecho penal, sobre el entendimiento inicial de que la función de éste depende de la que se le asigne a la pena, como el medio más característico de la intervención penal”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Reforma del sistema de penas. Especial consideración a las alternativas a la pena de prisión», en BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco (coordinador). *Reforma del Código penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*. Madrid, Dykinson, S. L., 2008, p. 45/46.

<sup>41</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 47. Hay que destacarse también el importante comentario de Bacigalupo: “la llamada «lucha de escuelas», que no es en verdad otra cosa que una disputa en torno a los principios legitimantes del derecho penal. Mientras la llamada Escuela Clásica mantuvo el criterio legitimantes de la justicia a través de las «teorías» absolutas de la pena, la Escuela Positiva proponía como único criterio el de la utilidad, expresándolo por medio de las «teorías» relativas modernas de la pena”. BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal, parte General*. 2ª Ed., Madrid, Editorial Akal, 1990, p. 17.

inagotable, que ya traspasa la barrera temporal de varios siglos. La verdad es que las teorías de la pena componen, a decir de Maurach, “una historia universal del derecho penal”<sup>42</sup>. En este sentido, Figueiredo Dias señala que la problemática alrededor de los fines de la pena es tan antigua como la propia historia del Derecho penal y ha sido abordada y discutida por la filosofía, por las ciencias del Estado y, por supuesto, por el Derecho penal<sup>43</sup>. Es de primordial interés considerar que las discusiones sobre el fin de la pena repercuten en toda la Teoría del Derecho Penal, porque el debate enfoca cuestiones esenciales, tales como la legitimación, el fundamento y la función de la intervención penal. Así, afirma Figueiredo Dias que la temática sobre los fines de la pena trata sobre «*cuestiones de destino*» y del paradigma de las ciencias penales<sup>44</sup>.

Es curioso observar que, según lo que advierten algunos autores, la expresión «teorías de la pena», utilizada por la doctrina para referirse a las diversas corrientes ideológicas que discuten sobre el fin de la pena, no es la más precisa. Estas distintas corrientes, que estudian y opinan sobre el sentido de la pena, sólo pueden ser entendidas como «teorías», si viene a ser interpretada en sentido amplio. De modo que tales manifestaciones científicas son, en verdad, como pretende Bacigalupo, «*principios o axiomas legitimantes*», que aspiran encontrar el fundamento de la pena. Así explica el autor citado: “En realidad, no se trata de teorías, sino de *principios o axiomas legitimantes*, cuya función en la ciencia de derecho penal es la de fundamentarlo en último término. Por tanto, las «teorías» de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, dado que el «ser» de la pena depende de la naturaleza que se le atribuya, sino a otra pregunta: ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena?”<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> MAURACH, Reinhart. Tratado... Op. Cit., p. 63

<sup>43</sup> Destaca el citado jurista portugués: “O problema dos fins (*rectius*, das finalidades) da pena criminal é tão velho quanto a própria história do direito penal e tem sido discutido, vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (tanto pela filosofia geral, como pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência conjunta do direito penal”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal, parte geral. Tomo I. Coimbra, editorial Coimbra, 2004, p. 41.

<sup>44</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 42.

<sup>45</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal*... Op. Cit., p. 18.

Es obvio decir que, en este estudio, no cabe dar solución definitiva a una polémica secular, como es este tema; ello porque, además de ser un asunto de extremada complejidad, no es éste, de forma alguna, el objetivo de la presente tesis. Sin embargo, sí conviene, tras examinar con brevedad algunas de las «teorías» que enfrentan esta cuestión, adoptar la postura que nos parece más adecuada para, a partir de ahí, fundamentar los planteamientos que serán tratados en capítulo propio, que versarán sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad como una especie de sustitutivo legal.

Por tanto, las «teorías» que nos limitaremos a enunciar, exponiendo sumariamente algunas de sus características, pueden ser enumeradas en tres grandes grupos<sup>46</sup>: las teorías absolutas (o de la retribución), las relativas (preventivas general y especial) y las unificadoras (eclecticas o de la unión)<sup>47</sup>. En este sentido y reproduciendo las palabras de Quintero Olivares, cabe destacar que “historicamente aparecen tres ordenes de teorías sobre el significado de la pena que se agrupan en las denominadas de «absolutas», «relativas» y «mixtas»<sup>48</sup>.

Antes de observar los rasgos de cada una de las mencionadas posturas, es necesario aducir que éste es un tema que los juristas siguen investigando y debatiendo porque, como considera Quintero, “la herencia que han legado las especulaciones teóricas sobre el fin de la pena es, hasta ahora, insatisfactoria”<sup>49</sup>. Sin embargo, aunque se deba compartir tal opinión, es justo también reconocer que la elaboración de las distintas teorías sobre el fin de la pena ha permitido impulsar el desarrollo del Derecho penal y poner en evidencia su afirmación científica.

---

<sup>46</sup> La doctrina de Jakobs registra que “Los contenidos de las teorías de la pena se reducen, en general, a dos formulas: *Punitur, quia peccatum est* (teoría absoluta) y *punitur, ne peccetur* (teoría relativa). A partir de ese contenido no cabe confrontar ya naturalmente, la mayor parte de las teorías más recientes”. JAKOBS, Günther. Ob. Cit. p. 20.

<sup>47</sup> Así clasifica Landrove Díaz: “En tema de fundamento y fines de la pena, las distintas soluciones doctrinales existentes hasta el momento suelen ser agrupadas en absolutas, relativas y mixtas”. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. Cit., p. 20. Así, también en: CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español, parte general I* (Introducción. Teoría del delito /1). 4ª Ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1994, p. 24.

<sup>48</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 109.

<sup>49</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 108.

## 1. Teorías absolutas.

Para los partidarios de las teorías absolutas, la pena consiste meramente en una retribución por un delito cometido<sup>50</sup>. Es decir, se impone un castigo al individuo como respuesta a un mal producido (el delito)<sup>51</sup>. Así, el sujeto que viene a realizar un mal debe, por exigencia de justicia, soportar también un mal<sup>52</sup>. La pena, entonces, asume la condición de ser una respuesta punitiva, impuesta por el Estado, en retribución a la ejecución de una conducta ilícita. La esencia de la pena se encuentra y se agota, conforme enmarca Figueiredo Dias, en «la retribución, expiación, reparación o compensación» del mal causado por el delito<sup>53</sup>.

Estas teorías desconsideran y rechazan los planteamientos que atribuyen un sentido utilitarista a la pena, alegando su razón exclusivamente en la retribución<sup>54</sup>. Para tal corriente, es irrelevante la discusión sobre lo que se pretende alcanzar, sea de forma accesoria o reflexiva, con los efectos de la aplicación de la pena, como, v.g., la resocialización del sujeto o la intimidación de la colectividad<sup>55</sup>. Según la densa valoración de Muñoz Conde–García Arán, “las teorías absolutas atienden sólo al sentido de la pena, prescindiendo

---

<sup>50</sup> Importante registrar lo que dice Maurach: “Las llamadas teorías *absolutas* constituye teorías de la pena, no sin embargo teorías de los fines de la pena. Niegan la posibilidad de combinar la esencia de la pena con los concretos fines profilácticos del delito. Para ellas, la esencia de la pena es pura compensación, concebida como reparación o como retribución”. MAURACH, Reinhart. Tratado... Op. Cit., p. 64.

<sup>51</sup> Explica Sáinz Cantero: “Para las *teorías absolutas* la pena se justifica exclusivamente por el delito cometido (punitur quia peccatum est). La esencia de la pena reside en retribuir el mal del delito con el mal de la pena. Estas teorías tienen su origen en el idealismo alemán, y encuentran sus más firmes representantes en Kant (para quien la pena es un “imperativo categórico”) y Hegel (que la concebirá como la negación del delito y afirmación del Derecho)”. SÁINZ CANTERO, José A.. Lecciones de derecho penal. Parte general. 3ª Ed., Barcelona, Editorial Bosch S.A, 1990, p. 20.

<sup>52</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit., p. 343. Dice Bacigalupo: “Las teorías absolutas, en consecuencia, legitiman la pena si ésta es justa”. BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal...* Op. Cit., p. 18.

<sup>53</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 42. En esta vertiente, subraya Quintero Olivares que la pena es “pura y simple retribución por el mal causado”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 109.

<sup>54</sup> Vid, COBO DEL ROSAL, Manuel–VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1999, p. 810.

<sup>55</sup> MAURACH, Reinhart. Tratado... Op. Cit., p. 64.

totalmente de la idea de fin. Para ellas, el sentido de la pena radica en la retribución, en la imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota y termina la función de la pena”<sup>56</sup>.

Es importante señalar que estas teorías plantean que la pena asume una función incondicionada cual es la de la realización de la justicia. La función de la pena no se somete a las conveniencias ni a la oportunidad del instante de la aplicación de la pena, conforme pretenden los defensores de las teorías relativas —que abogan que la pena debe actuar de forma positiva y útil a la sociedad—. Su aplicación es legítima, para la teoría absoluta, cuando viene a ser establecida en la medida justa. Conforme explica Bacigalupo, “sólo es legítima la pena justa, aunque no sea útil. Así como una pena útil, pero no justa, carecerá de legitimidad<sup>57</sup>”. Exactamente por esto es por lo que la pena, para esta corriente, presenta carácter absoluto. De ahí que, según señala Mir Puig, a las teorías retribucionistas se las denominen también como teorías absolutas, por encontrarse en posición opuesta a las teorías relativas<sup>58</sup>.

Los partidarios de las teorías absolutas consideran que la pena tiene como punto de mira el hecho delictivo cometido. Se dirige exclusivamente a la acción delictiva ya ejecutada. Es decir, se inclina hacia el pasado, observando el daño causado y la culpa del agente. Estas son, pues, las preocupaciones que se deben tener en cuenta, castigando, así, al autor del delito en una medida que, sopesada los dos factores, deba ser considerada la más justa.

Al examinar esta problemática, Figueiredo Dias no olvida destacar parte de una importante afirmación crítica realizada por Protágoras (485 a. C.–415 a. C.) y que, conforme apunta el mencionado autor portugués, fue respaldada por Platón (427-347 a. C.) y propagada por Séneca (†65 d. C.): «*punitur quia*

---

<sup>56</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 47.

<sup>57</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal...* Op. Cit., p. 19. En este sentido, aduce Figueiredo Dias: “(...) Logo porque se esta doutrina se reivindica antes de tudo das exigências da “Justiça”, essas implicam que cada pessoa seja tratada segundo a sua culpa e não segundo a loteria da sorte e do azar em que na vida se jogam os comportamentos humanos e as suas conseqüências”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 44.

<sup>58</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*, 8ª ed, Barcelona, Editorial Reppertor, 2008, p. 79. Según Maurach, “las teorías del fin degradan el hecho culpable a la categoría de pura ocasión de la pena; la causa jurídica de la pena estará constituida por el puro pronóstico de peligrosidad. Las teorías absolutas, por el contrario, perseveran en el principio: *punitur, quia peccatum est*. MAURACH, Reinhart. Tratado... Op. Cit., p. 64.

*peccatum est*<sup>59</sup>. Este es el lema de las doctrinas absolutas. Se castiga, porque se ha «pecado», mejor dicho, se impone una sanción porque el sujeto ha violado una determinación penal. Sobre este aspecto, debe subrayarse los comentarios de Maurach: “El origen de esta fórmula, convertida en lema, no debe ser buscada entre los partidarios de la justificación absoluta del derecho penal. Procede de Protágoras, uno de los padres de la doctrina griega del derecho natural, y fue acogida por Grocio a modo de cita de Séneca: «*Nam, ut Plato ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur*»<sup>60</sup>.

Las columnas ideológicas sobre las que se erigen las teorías absolutas son, según Jescheck–Weigend, el “reconocimiento del Estado como velador de la justicia terrenal y esencia de los valores morales, en la creencia de la capacidad de autodeterminación de la persona y en la limitación de la misión del Estado a la protección de la libertad individual. En las teorías absolutas de la pena confluyen, pues, planteamientos idealistas, conservadores y liberales<sup>61</sup>. No obstante, debe indicarse que no es fácil trazar una clasificación que responda a los diversos enfoques planteados a partir de las teorías absolutas<sup>62</sup>. Así, hay que destacar la clasificación propuesta por un importante sector doctrinal, que verifica las diversas posturas retribucionistas a partir de su fundamento. Conforme menciona Mir Puig, tales posturas pueden ser clasificadas por razones religiosas, éticas o, también, jurídicas<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 43.

<sup>60</sup> MAURACH, Reinhart. Tratado... Op. Cit., p. 64.

<sup>61</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 75. La más actual doctrina de Quintero Olivares destaca: “la diferencia entre las teorías absolutas (retribucionistas) y relativas (prevencionistas) encuentra su punto esencial en un componente ideológico. Las tesis retribucionistas abrigan propósitos *morales*, sin perjuicio de que se compatibilicen con garantías. Las tesis prevencionistas buscan, en una u otra dirección, una *utilidad de futuro* a la pena. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 109.

<sup>62</sup> “Las teorías absolutas, si bien muestran unanimidad en el aspecto negativo, no ofrecen una conformidad en su fundamentación positiva. En sus manifestaciones primitivas destacan el carácter de reparación de la pena (teorías de la compensación ideal del daño, teorías de la curación). En su mayor parte, sin embargo, descubren la esencia de la pena (un mal no sólo necesario, sino querido, impuesto al autor) en la retribución del hecho culpable. Según como se contempla el delito, la pena será tratada como retribución divina, moral o jurídica”. MAURACH, Reinhart. Tratado... Op. Cit., p. 64.

<sup>63</sup> En esta misma perspectiva explica Mir Puig: “Responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido. Ello se ha

Pero, antes de referirnos a los razonamientos de cada una de las visiones subrayada en las líneas anteriores, es importante considerar que el sentido de la pena, planteado como forma exclusiva de retribución al delito cometido, se remonta a varios siglos. Desde la antigüedad ya se fijaba un criterio de «pena justa», asentado en el ideal de retribuir con un mal —*tanto en duración como en intensidad*— observando la gravedad del delito practicado. En las civilizaciones más primitivas era costumbre ejercer la venganza privada, compensando con un castigo (en el sentido literal de venganza) el hecho lesivo realizado. Con la evolución de la sociedad, la aplicación de la pena pasó a las manos de una autoridad neutral y ya más posteriormente surge la Ley de Talión, hasta llegar a las actuales discusiones sobre el sentido de la pena y a las modernas reglas de aplicación y ejecución de la misma, que están vigentes en la sociedad actual. La destacada lección doctrinal de Roxin señala que “detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Talión: ojo por ojo, diente por diente. Describe la evolución de la pena de forma absolutamente correcta también desde el punto de vista histórico, puesto que en el desarrollo del curso cultural ha desvinculado la pena estatal de la venganza privada, así como de las hostilidades entre familias y tribus, de tal forma que el derecho a la retribución pasó a manos de una autoridad pública neutral, que procedía según reglas formales y que por ello creaba paz”<sup>64</sup>. Fueron éstas las formas más primitivas de retribución.

Siguiendo la secuencia de este estudio, pasamos a examinar la perspectiva religiosa. En esta vertiente, es importante destacar que la idea de retribución fue también defendida por la Iglesia, en la denominada ética-cristiana. Esta forma de pensar era abogada tanto por parte de la doctrina católica como también por la teología protestante<sup>65</sup>. Sus partidarios fundaban sus argumentos en “la concepción del orden mundial como creación divina (teoría de los reinos), y por otra, la correspondencia entre la esencia divina y

---

fundado en razones religiosas, éticas y jurídicas”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 87.

<sup>64</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2003, p. 82.

<sup>65</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 76.

humana (teoría de la 'analogía del ente')"<sup>66</sup>. Por tanto, el castigo era una forma de hacerse justicia y, además, era visto como una expresión de la voluntad divina<sup>67</sup>.

En la perspectiva ética, es imprescindible resaltar los planteamientos de Kant, y —por supuesto— el valor de su obra «Metafísica de las costumbres», que, sin duda, es un de los escritos más importantes y que fundamentan el pensamiento absoluto<sup>68</sup>. Para este filósofo, la ley penal es un «imperativo categórico», que debe ser conocido por todas las personas. A consecuencia de ello, conforme comenta Cuello Contreras, es que, en el momento de la aplicación de la pena, debería tenerse siempre en cuenta la gravedad de la lesión que el delito ha causado, existiendo una relación de igualdad y proporcionalidad, entre la pena impuesta («la merecida») y el delito cometido<sup>69</sup>. Así, de conformidad con el entendimiento de esta doctrina, el castigo no podría exceder el límite de la gravedad del hecho lesivo cometido, aunque esta fuera una orientación necesaria por razones preventivas, sea general o especial<sup>70</sup>. La aplicación de la pena, para Kant, se impone por ser una exigencia de justicia<sup>71</sup>, desconsiderando cualesquiera razones de utilidad o conveniencia<sup>72</sup>. De manera que, sobre los planteamientos de Kant, comenta Maurach: “*fiat*

---

<sup>66</sup> *Ibidem supra*.

<sup>67</sup> Sobre este tema, dice Roxin: “También las Iglesias de ambas confesiones han apoyado hasta la época de la postguerra mayoritariamente la teoría de la retribución al concebir la realización de justicia como mandamiento de Dios y la imposición de la pena como ejecución sustitutoria de las funciones de juez de Dios”. ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Ob. Cit., p. 83. Sobre este tema afirma Mir Puig: “Así, el mensaje de Pío XII al VI Congreso Internacional de Derecho penal contenía el siguiente pasaje: «Pero el Juez supremo, en su juicio final, aplica únicamente el principio de la retribución. Éste ha de poseer, pues, un valor que no cabe desconocer». Se parte de que existe un paralelismo entre la exigencia religiosa de Justicia divina y la función de la pena”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 78.

<sup>68</sup> Cabe destacar que López Barja de Quiroga ha tenido el cuidado de señalar que, la “justificación de la pena es una cuestión que aparece en la obra de Kant repartida en diversos lugares, si bien fundamentalmente se recoge en *La metafísica de las costumbres*, aunque también en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* y asimismo en ciertas partes de sus *Lecciones de ética*”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)—otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 432.

<sup>69</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Op. Cit., p. 89.

<sup>70</sup> En este sentido, dice Mir Puig: “No se podía castigar más allá de la gravedad del delito cometido, ni siquiera por consideraciones preventivas, porque la dignidad humana se oponía a que el individuo fuese utilizado como instrumento de consecución de fines sociales de prevención a él trascendentes”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 79

<sup>71</sup> JAKOBS, Günther. Ob. Cit. p. 21.

<sup>72</sup> MAURACH, Reinhart. Tratado... Op. Cit., p. 69.



*justitia, pereat mundus*: antes de que la sociedad burguesa voluntariamente se disuelva, debe ser ejecutado el último asesino en prisión, con el fin de que cada uno sufra los que sus hechos valen”<sup>73</sup>. Un importante análisis sobre la vertiente ética de la teoría absoluta ha sido realizada por Mir Puig que, a modo de resumen, expone que “sólo es admisible, entonces, basar la pena en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la Justicia: la Ley penal se presenta como un «*imperativo categórico*», es decir, como una exigencia incondicionada de la Justicia, libre de toda consideración utilitaria como la protección de la sociedad u otras”<sup>74</sup>.

En otra orden de cuestión, para la postura jurídica, propuesta y ardorosamente defendida por Hegel<sup>75</sup>, la pena debe ser considerada como un móvil asegurador de la «voluntad general». Esta voluntad se expresa a través de las reglas establecidas en el Ordenamiento jurídico vigente. No obstante, la voluntad general (la ley) es negada (vulnerada) por una «voluntad especial» (la voluntad del delincuente), cuando el sujeto viene a cometer un delito<sup>76</sup>.

Es importante señalar que Hegel consigue, a través de sus planteamientos, patrocinar un importante avance de la teoría retribucionista, porque supera el sistema del talión, cuando considera que la igualdad entre el delito y la pena debe ser verificada de manera abstracta<sup>77</sup>. En esclarecedora consideración sobre la postura de Hegel<sup>78</sup>, Roxin explica que el delito es

---

<sup>73</sup> *Ibidem supra*.

<sup>74</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 78. JESCHECK, Hans-Heinrich-WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 76.

<sup>75</sup> En la valoración de Jakobs, “en Hegel la teoría absoluta recibe una configuración que en poco se diferencia de la prevención general positiva aquí representada. El sistema de referencia de Hegel para fundamentar la pena es el concepto de Derecho; el sistema de referencia actual lo formulan las condiciones de existencia de la sociedad. Por lo demás, se da la siguiente concordancia: Hegel interpreta el hecho punible como «algo negativo», es decir, como vulneración del Derecho en el sentido de su negación. Esta vulneración alega una pretensión de validez, pero la pena sale al encuentro de tal pretensión, como «vulneración de la vulneración», y así como «restablecimiento del Derecho». JAKOBS, Günther. Ob, Cit. p. 22/23.

<sup>76</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit. p.78

<sup>77</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)—otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 437.

<sup>78</sup> En notas, Roxin señala un importante hecho histórico: “La fórmula de la pena como ‘negación de la negación’ del Derecho, que a menudo se utiliza como caracterización de la teoría penal de Hegel, no está contenida explícitamente en el texto de Hegel ‘Líneas fundamentales’. Sólo se encuentra en el ‘Apéndice al § 97’, que fue extraído de unos apuntes

interpretado (por Hegel) como la negación del Derecho y, así, la pena es entendida como la negación de la negación. De modo que, partiendo de esta línea de entendimiento, al imponerse una pena resultaría, pues, anulado el delito cometido, consiguiéndose alcanzar el restablecimiento del Derecho<sup>79</sup>. Y sigue Roxin aduciendo que, materialmente, “se distingue de Kant sobre todo en que el principio del Talión, prácticamente irrealizable, lo sustituye por la idea de la equivalencia de delito y pena, y en esta forma se ha impuesto la teoría de la retribución durante los siguientes 150 años. Sin embargo, Hegel está totalmente de acuerdo con Kant, al no reconocer tampoco metas preventivas como intimidación y corrección como fines de la pena”<sup>80</sup>.

Hechas estas breves consideraciones, resta decir que las teorías absolutas han contribuido inmensamente al fortalecimiento del debate sobre las distintas cuestiones alrededor de la pena. La aportación más expresiva de las posturas retributivas ha sido la de elevar el principio de la culpabilidad a la generalidad de todo el Derecho penal, siendo éste, por lo tanto, el principio rector de toda la aplicación penal. Por ello, conforme explica Figueiredo Dias, la medida de la culpa impone un veto incondicional a la fijación de una respuesta punitiva, en una medida que vulnere los postulados de dignidad humana<sup>81</sup>.

Sin embargo, aunque se reconozca el merito de las teorías absolutas, como se ha subrayado en el párrafo anterior, es necesario decir que, hoy por hoy, la doctrina mayoritaria tiende a defender otro sentido para la pena que no sea meramente «castigar por castigar», mejor dicho, retribuir (compensar) un mal con otro mal, como una fórmula fría de calcular lo que debe ser justo<sup>82</sup>. El

---

de clase de Hotho por el discípulo de Hegel, Gans, quien más tarde lo añadió al texto”. ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 83.

<sup>79</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 83. MAURACH, Reinhart. *Tratado...* Op. Cit., p. 71.

<sup>80</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 83.

<sup>81</sup> Comenta Figueiredo Dias, sobre las teorías absolutas, que “(...) qualquer que seja o seu valor ou desvalor como teorização dos fins das penas, a concepção retributiva teve — histórica e materialmente — o mérito irrecusável de ter erigido o princípio da culpa em princípio absoluto de toda a aplicação da pena e, deste modo, ter levantado um veto incondicional à aplicação de uma pena criminal que viole a eminente dignidade da pessoa”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Op. Cit.*, p. 45.

<sup>82</sup> Aun así debe observar lo que advierten Cobo-Vives que “el abandono de la retribución como fundamento justificativo del castigo, no deja de plantear problemas, singularmente porque las justificaciones puramente utilitarias presentan el peligro de justificar demasiado, (por ejemplo,

principio de culpabilidad puede y debe actuar como un elemento limitador o como un presupuesto para la aplicación de la pena, pero no puede ser el fundamento absoluto y exclusivo de las respuestas punitivas<sup>83</sup>. Por tanto, deben prevalecer las posturas relativas. Además, contra las teorías absolutas se esgrimen las más diversas críticas, entre las cuales cabe destacar la firme manifestación de Roxin que señala que “el Estado, como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz y en libertad; está limitado a esta tarea de protección. La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el del sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo. Tampoco la tesis de una ‘culpabilidad’ que hay que retribuir puede fundamentar por sí sola la pena; la culpabilidad individual está ligada a la existencia de una libertad de voluntad, cuya indemostrabilidad la hace inadecuada como único fundamento de las intervenciones estatales”<sup>84</sup>.

Cabe añadir que las teorías retribucionistas no vislumbran la posibilidad de utilizar la pena como un mecanismo de utilidad social, rechazando, conforme ya se ha comentado, las posturas preventivas. La pena es una entidad desposeída de cualquier fin<sup>85</sup>. Esta constatación es motivo suficiente y relevante para fundamentar la desconsideración de los planteamientos absolutos (social-negativo). La pena no se compromete a promover la

---

el peligro de justificar la punición de COBO DEL ROSAL, Manuel–VIVES ANTÓN, Tomás S. Derecho penal... Op. Cit., p. 814.

<sup>83</sup> Vid, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 45.

<sup>84</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 84. En la opinión de Rocío Cantarero Bandrés, “no se puede considerarse que la pena esté fundamentada en el ejercicio de una exigencia ético-jurídica, como es la retribución por el mal cometido. Ello es así porque el Derecho penales un instrumento de control social pero al mismo tiempo es un instrumento racional. La idea de separación ente legalidad y moralidad responde plenamente a la concepción de sigue la constitución”. CANTARERO BANDRÉS, Rocío. *Sobre el derecho penal*. Madrid, Ediciones Académicas, 2005, p. 86.

<sup>85</sup> En parecida línea se mueve Figueiredo Dias: “Logo porque ela não é (verdadeiramente não quer ser, nem pode ser) uma teoria dos fins da pena. Ela visa justamente o contrário, isto é, a consideração da pena como entidade independente de fins, como entidade que, no dizer de Maurach, louvado na lição de Hegel, existe na sua *zueckgelöste Majestät*, na sua majestade dissociada de fins”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 45.

prevención de futuros delitos ni, consecuentemente, la resocialización y la recuperación del delincuente. De forma que no importa, aquí, si el autor del delito necesita o no de un tratamiento que promueva su reinserción social. La pena es una mera retribución, una represalia, una venganza como forma de compensar la práctica delictiva. El tratamiento que estas teorías confieren al hombre es, como señalan Jescheck–Weigend, de una “frialdad glacial”<sup>86</sup>. De modo que la justicia que plantea esta doctrina puede ser, en muchos supuestos, considerada innecesaria, ineficaz y, por lo tanto, inhumana.

Algunos autores también consideran que la pena, cuando viene a ser aplicada con la exclusiva preocupación de devolver o retribuir al sujeto el mal causado por un delito, se transforma en un medio ilegítimo y de idoneidad bastante cuestionable. Ello porque el Estado social y democrático de Derecho no puede permitir que la actuación de un instrumento sancionador se produzca de forma desvinculada de su función: *la protección de bienes jurídicos*<sup>87</sup>. Así, se torna necesario que la pena actúe positivamente en la sociedad. Es decir, que ejerza un determinado fin.

La verdad es que, hoy en día, prácticamente no existen partidarios de la vertiente pura de estas teorías<sup>88</sup>. Según lo que apunta Quintero Olivares, la superación de los ideales retribucionistas fue provocada por “la teorización política y iusfilosófica del papel de la pena”<sup>89</sup>, como también es resultado de la crisis del Estado Liberal y del derrocamiento de los planteamientos que

---

<sup>86</sup> Jescheck–Weigend dicen que “las teorías absolutas de la pena nunca se reconoce a la persona como un ente necesitado de ayuda, repetidamente maltratado y débil ante las tentaciones; en verdad se trata a la persona justamente, pero con una frialdad glacial. La verdad duradera de las teorías absolutas consiste en que sólo puede aspirarse a la protección de la sociedad por medio de la pena, en la medida en que ello sea necesario y *siempre de un modo justo*”. JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit., pp. 76/77. Nos parece muy importante lo que destaca Bacigalupo: “Contra las teorías absolutas (o de la retribución) se argumenta básicamente que: a) Carecen de un fundamento empírico, y b) Que la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de la pena es puramente ficticia porque, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito”. BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal...* Op. Cit., p. 19.

<sup>87</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 46.

<sup>88</sup> Dice Cuello Contreras que la teoría absoluta de la pena “hoy no tiene prácticamente seguidores en su concepción más pura, aunque históricamente ha jugado un papel importante en el Derecho penal”. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español. Parte general*. 3ª ed., Madrid, Editorial Dykinson, 2002, p. 86.

<sup>89</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 110.

defendían un orden social perfecto<sup>90</sup>, en que la pena debería ejercer una función restauradora, cuando tal orden social fuese perturbada por un delito. De esta manera, debe mencionarse que estos motivos, de acuerdo con Quintero Olivares, fueron causa bastante para instigar el aislamiento de las teorías retribucionistas puras, porque se trata de una “*filosofía de la pena desacorde con la realidad histórica presente*; esto es, con la compleja malla de interrelaciones entre Estado y Sociedad civil y con el fenómeno de la criminalidad en este contexto”<sup>91</sup>. Finalmente, conviene decir que, actualmente, los juristas que todavía manejan algunos de los elementos de la teoría absoluta de la pena, intentan conjugarlos con los elementos de las teorías relativas, construyendo teorías mixtas. Y así explicar el mundo fenoménico de la actuación de la pena.

## 2. Teorías relativas.

Frente a los planteamientos de las teorías absolutas, las teorías relativas defienden firmemente que la pena es un importante mecanismo a través del cual se debe llegar a un determinado fin<sup>92</sup>. Este fin es la protección de la sociedad, evitando que se ejecuten futuros delitos<sup>93</sup>. Así, conviene subrayar que la pena no posee un fin en si misma, como plantean los retribucionistas; conforme los partidarios de las teorías relativas de la pena, la pena consiste en

---

<sup>90</sup> Explica Quintero: “Esta concepción de la pena, que subsiste hasta en autores contemporáneos, encierra una fe absoluta en un *orden social* que es además un *orden racional*. La pena, así entendida, no es sólo la expiación del pecado, lo que en el fondo sería una hipertrofia moralizante, sino una necesidad categórica para restablecer aquel «orden anterior» perturbado por el delito. Ello implica, obviamente, la creencia en la existencia de un *orden previo*, emanada de la razón, y que además es *susceptible de ser restaurado con un castigo*”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 110.

<sup>91</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 110.

<sup>92</sup> Señala Sáinz Cantero: Para las *teorías relativas* la pena se justifica por la necesidad de prevenir los delitos, esto es, de evitar la comisión de delitos (punitur ut ne peccetur). Debe cumplir fines preventivos; si no existiera la posibilidad de que los cumpliera, la pena no se justificaría”. SÁINZ CANTERO, José A.. *Lecciones de derecho penal...* Op. Cit., p. 21.

<sup>93</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., pp. 21/22. JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 77. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 111.

un “instrumento para la consecución de un fin”<sup>94</sup> (*poena relata ad effectum*). De modo que la pena, además de ser necesaria<sup>95</sup>, asume la condición de ser también socialmente útil. En este sentido, López Barja de Quiroga señala que “ya no se trata de buscar con la pena la justicia como valor absoluto, sino de admitir que con la pena se obtienen y persiguen fines relativos: la protección de la sociedad evitando la criminalidad”<sup>96</sup>.

El fin de la pena, con fundamento exclusivo en las teorías relativas, puede ser planteado desde distintas formulaciones. Las vertientes más difundidas en la doctrina son tres: en la primera, se plantea el fin de la pena como preventivo-general; en la segunda, como preventivo-especial; y, en la tercera, como preventivo-general y especial. Sin embargo, es importante verificar que todas estas corrientes están asentadas sobre las bases ideológicas, como apuntan Jescheck–Weigend, de las teorías del Estado humanitario de la Ilustración; aquellas, según las cuales, el comportamiento de la persona es determinista y puede ser educado a partir de la producción de efectos pedagógico-sociales causados por la pena. Es importante, además, destacar que los relativistas parten también de la no aceptación de planteamientos metafísicos sobre cuestiones de la vida social y se oponen al argumento de que la justicia es una necesidad inherente al hombre<sup>97</sup>. De esta manera, los fundamentos ideológicos de las teorías relativas asumen una perspectiva, conforme señalan los autores en cita, “humanitaria, social, racional y utilitarista”<sup>98</sup>.

Debe destacarse que ha sido determinante para el desarrollo de estas teorías relativas la contribución de Feuerbach que, a partir de sus

---

<sup>94</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)–otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 444.

<sup>95</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., pp. 23/24. Bacigalupo subraya que “su criterio legitimante es la utilidad de la pena”. BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal...* Op. Cit., p. 19. Dice Quintero: “Su función esencial será la evitación de futuros delitos, es decir, la idea de prevención”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 111.

<sup>96</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)–otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 444

<sup>97</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 77. ver también, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., p. 22.

<sup>98</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 77.

planteamientos, se han consolidado y diseminado las bases teóricas de las actuales teorías preventivas. Según la aclaradora y destacada contribución de Morillas Cueva, “las finalidades preventivas que las teorías relativas le atribuyen a la pena se concretan a partir de Feuerbarch en dos concepciones separadas: la prevención general y la prevención especial. Ambas han ido ganando terreno en los últimos años y han producido un importante cambio en el pensamiento jurídico-penal en el que actualmente se mueve un buen número de autores sobre finalidades preventivo-especiales y preventivo-generales”<sup>99</sup>. Así, cabe añadir que, estudios posteriores al ideario de Feuerbarch han ocasionado el desarrollo de posturas preventivas, que evolucionaron al punto de ser considerada como una vertiente científica indispensable al Derecho penal.

Tanto es verdad que, sin desear anticipar nuestra postura, conviene destacar que el reconocimiento de los efectos preventivos, generados por las penas, es el camino más firme y adecuado en materia de penas. Nos parecen sólidos los argumentos de aquellos autores que, conforme serán aún más explicitados, plantean que el fin de la pena reside tanto en la prevención general como en la especial. Para ello, se debe considerar la necesidad de suministrar criterios que limiten una y otra teorías, prescindiendo de los postulados defendidos por las ideas retribucionistas.

## **2.1. La prevención general.**

Para la teoría de la prevención general, el fin de la pena consiste en disuadir, indeterminadamente, a los miembros de la sociedad<sup>100</sup>, de que cometan futuros delitos. Esta forma disuasiva se procede a través de los efectos inhibitorios que deben ser provocados en la generalidad de los ciudadanos, a partir tanto de la existencia, en abstracto, de una previa conminación legal; cuanto de la pena impuesta; y también de la certeza de su

---

<sup>99</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., p. 22. También, JESCHECK, Hans-Heinrich-WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 78.

<sup>100</sup> Afirma Roxin que “la pena debe, sin embargo, actuar no específicamente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad. Por esta razón se habla de una teoría de la prevención general”. ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 89.

ejecución, cuando las reglas establecidas y vigentes en el Ordenamiento jurídico sean vulneradas<sup>101</sup>. En esta misma perspectiva, Figueiredo Dias señala que lo común, en las distintas teorías preventivo-generales es, exactamente, el entendimiento de que la pena es un instrumento político-criminal<sup>102</sup> que se orienta a la generalidad de las personas, provocándoles determinado tipo de efecto (psicológico), que les apartan de la práctica criminógena. Según este autor, tal efecto se consigue a través de la amenaza penal, de su aplicación y efectiva ejecución<sup>103</sup>.

Actualmente, se puede constatar que existen dos concepciones distintas de prevención general: de un lado, *la prevención general negativa* plantea que a través de la intimidación de la colectividad se consigue la prevención de futuros delitos —para la *vertiente negativa*, lo que evita la ejecución de posteriores conductas delictivas es el factor intimidatorio<sup>104</sup>— de otro lado, la prevención general positiva defiende que la afirmación positiva del Ordenamiento jurídico penal se ejerce a partir del fortalecimiento de la conciencia colectiva de la norma y de la confianza en su vigencia (*vertiente positiva*), promoviendo la neutralización de futuras acciones delictivas<sup>105</sup>. Es importante poner de relieve que, conforme señala Morillas Cueva, la amenaza de pena y la certeza de su ejecución provocan, sobre todo, un importante

---

<sup>101</sup> Vid, COBO DEL ROSAL, Manuel—QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *Instituciones...* Op. Cit., p.277. Según Morillas Cueva, “genericamente la Prevención general puede ser definida como la prevención de los comportamientos socialmente indeseables a través de la amenaza de una sanción legal”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., p. 22.

<sup>102</sup> Según Jiménez de Asúa, “La Política criminal es un «Derecho penal dinámico»; tiende a realizar, dentro de lo que debe ser, aquello que es posible en las circunstancias de lugar y tiempo”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*. Madrid, 1918, p. 9.

<sup>103</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 48

<sup>104</sup> En este sentido dice Maurach: “Prevención general (prevención del delito en virtud de la actuación psíquica sobre la generalidad). El no criminal debe ser intimidado, el ciudadano honrado robustecido en sus propósitos, el inestable mantenido en el miedo, y a sabe, en virtud de la:

a) Prevención general por la amenaza de la pena: aleccionadora fuerza de la conminación penal, paralizadora de posibles impulsos dirigidos a la comisión del hecho.

b) Prevención general por la ejecución de la pena: intimidación del mundo circundante por el sufrir del delincuente frente al que había fracasado la eficacia general preventiva de la ley”. MAURACH, Reinhart. Tratado... Op. Cit., p. 65.

<sup>105</sup> Vid, JAKOBS, Günther. Op. Cit. p. 26. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 82. LESCH, Heiko H.. Op. Cit.. p. 22. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri (São Paulo), Editorial Manole, 2004, p. 59. Dice Roxin: “La teoría actual distingue un aspecto negativo y un positivo”. ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 91.



efecto, independiente del resultado intimidatorio, cual es un juicio de reprobación social del hecho lesivo<sup>106</sup>.

Así, pasaremos a analizar, sintéticamente, las distintas perspectivas de la prevención general. Inicialmente, abordaremos los rasgos más evidentes de la prevención general negativa y, en seguida, enmarcaremos los trazos más característicos de la prevención general positiva (*estabilizadora o integradora*).

### **2.1.1. La prevención general negativa.**

Según la teoría de la prevención general negativa, la amenaza de pena actúa sobre toda la colectividad, intimidando indistintamente a las personas, *porque ejerce una coacción psicológica sobre los miembros de la sociedad*, que resulta en la abstención de futuros delitos. La pena, según esta vertiente (negativa), se constituye en una amenaza dirigida a todos los ciudadanos, para que eviten la práctica de aquellas conductas prohibidas por la ley penal. Es decir, *lo que, aquí, se intenta alcanzar es que las personas se sientan intimidadas a través del «sufrimiento» del delincuente, provocado por su aplicación*. La pena sería, por lo tanto, antes de todo, un instrumento de intimidación colectiva.

Algunos autores apuntan que una concepción exclusivamente intimidatoria de la pena podría justificar el hecho de que la ejecución de penas, conforme ocurrió en determinado momento histórico, se desarrollase en plazas y ambientes colectivos. La ejecución pública de la pena propagaba, con más fuerza, el sentimiento de miedo y de terror entre las personas. Así que, durante una época, más que aplicar un castigo, lo que interesaba —todavía más— era que la fase de ejecución de la pena se produjese de forma notoria. Este era, por lo tanto, el método elegido para multiplicar el sentimiento de miedo entre

---

<sup>106</sup> En que pese los argumentos de las teorías negativas de la prevención general, no se puede olvidar que, actualmente, debe tenerse en cuenta lo que explica Morillas Cueva: “El efecto intimidatorio no es el único que la amenaza y aplicación de la pena tienen. Cabe la posibilidad de detentar otro independiente de la intimidación consistente en la manifestación de la reprobación social del hecho prohibido. La ley penal comporta, además del carácter sancionatorio, un juicio de desaprobación social que puede influir de modo sutil en la determinación del comportamiento”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., p.23.

las personas. Así, se puede decir que, en verdad, lo que se pretendía era difundir los efectos intimidatorios de la pena, para evitar que los demás ciudadanos practicasen posteriores conductas socialmente prohibidas. Conforme sintetiza López Barja de Quiroga, en estos tiempos ya lejanos, “no bastaba con el castigo al delincuente, era preciso que a sanción fuera pública y conocida por los miembros de la sociedad. El castigo tenía lugar en la plaza pública (pena de muerte) o a la entrada de los pueblos o en los lugares más transitados (la picota)”<sup>107</sup>. Es exactamente por razones como éstas, que un sector de la doctrina señala que la construcción de los planteamientos de la prevención general negativa favorece el surgimiento de posturas más radicales, defensoras de la aplicación del castigo en una medida que pueda ser considerada como ejemplar<sup>108</sup>, evitando, así, que los demás ciudadanos delincan posteriormente. Ello porque la principal circunstancia que debe prevalecer es que la pena deba ser utilizada para provocar, en las personas, el sentimiento de temor y de miedo de someterse a su ejecución.

Uno de los partidarios más destacados de la prevención general negativa fue, sin duda, Paul Johann Anselmo von Feuerbach (1775-1833)<sup>109</sup> que, partiendo de la visión del Estado propuesta por Hobbes, consolidó los planteamientos preventivo-generales, al desarrollar su «teoría psicológica de la coacción». Para este célebre autor, el fin de la pena no es otro que el de evitar la posterior violación del Ordenamiento jurídico. Entiende Feuerbach que la coacción física no es el medio eficaz para que se logre la abstención de futuros delitos, de forma que defiende otro modo de conseguir tal fin que debe revelarse a través de la realización de una coacción psíquica anterior a la

---

<sup>107</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)—otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 445.

<sup>108</sup> *Vid*, también, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo—MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 111.

<sup>109</sup> Dicen Muñoz Conde—García Arán que el principal representante de las teorías de la prevención general “fue el penalista alemán de principios de siglo XIX, FEUERBACH, que consideraba la pena como una «coacción psicológica» que se ejercía en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos”. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 48. En esta misma orden de consideración, destaca Figueiredo Dias: “Em perspectiva moderna, a primeira formulação acabada de uma doutrina da prevenção geral fica a dever-se, como é corrente asseverar-se, a um dos fundadores do direito penal moderno, Paul Johann Anselm von Feuerbach: a conhecida doutrina da coacção psicológica, segundo a qual a finalidade precípua da pena residiria em criar no espírito dos potenciais criminosos um *contra-motivo* suficientemente forte para os afastar da prática do crime”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 49.

práctica delictiva<sup>110</sup>. Según la precisa explicación de Roxin, el mencionado autor alemán (Feuerbach) ponía de manifiesto que en el alma del delincuente se confrontan permanentemente dos sentimientos: uno, que le empuja hacia la ejecución del delito; y otro, que lo frena. Así, conforme sigue relatando Roxin, Feuerbach opinaba “que había que provocar en la psique del indeciso unas sensaciones de desagrado, que hiciesen prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión y, de esta manera, pudiesen ejercer una ‘coacción psíquica’ para abstenerse de la comisión del hecho”<sup>111</sup>. Ello porque, de acuerdo con los planteamientos de esta corriente, un individuo sólo viene a cometer determinado delito porque es impulsado a hacerlo por la fuerza de sus pasiones y de sus deseos<sup>112</sup>. Así, la amenaza de la pena provoca una coacción psíquica en los ciudadanos que se sienten intimidados a actuar de forma delictiva<sup>113</sup>. Precisamente por ello la doctrina considera esta corriente como una teoría de la amenaza penal<sup>114</sup>.

Sin embargo, aunque se resalte la gran contribución científica de Feuerbach, es necesario aducir que otros autores también colaboraron —y mucho— para el desarrollo y fortalecimiento de los planteamientos preventivo-generales. Cerezo Mir destaca que fuertes rasgos de las teorías preventivas generales fueron defendidos también por otros penalistas de la Ilustración<sup>115</sup>, llegando a citar, incluso, además del destacado nombre de Feuerbach, a otros

---

<sup>110</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado... Op. Cit. p. 49. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo-MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 111.

<sup>111</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 90.

<sup>112</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado... Op. Cit. p. 49. En este sentido explica Lesch que, para Feuerbach, “el Hombre no es únicamente un ser racional, sino también un ser que se mueve por sus instintos. Quien delinque, no obra racionalmente, sino de acuerdo con sus instintos, en definitiva, movido por su codicia”. LESCH, Heiko H.. Op. Cit. p. 22.

<sup>113</sup> Importante destacar la crítica que pone de manifiesto Jakobs en disfavor de la teoría de Feuerbach: “el modelo tiene defectos que lo convierten en inservible: Los hechos no se basan en un cálculo racional de sus consecuencias, y un cálculo racional no se atiene a la secuencia *jurídicamente* necesaria de hecho y pena, sino que tiene en cuenta más bien la probabilidad efectiva de resultar castigado o de sustraerse a la pena, lo que puede dar lugar a una diferencia notable”. JAKOBS, Günther. Ob, Cit. p. 27.

<sup>114</sup> En opinión de Roxin: “Esta doctrina, al querer prevenir el delito mediante las normas penales, constituye fundamentalmente una teoría de la amenaza penal. Pero constituye asimismo, por la acción de su efecto, necesariamente una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, puesto que de esto depende la eficacia de su amenaza”. ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 90.

<sup>115</sup> CEREZO MIR, José. Op. Cit., p. 24.

importantes autores como Beccaria<sup>116</sup>, Filangieri<sup>117</sup> y Romagnosi<sup>118</sup>. Pero la esencia de la concepción preventiva puede ser observada en autores aún más antiguos. Según Quintero Olivares, no se puede olvidar jamás citar nombres como Protágoras, Aristóteles, Grocio, incluso, Hobbes<sup>119</sup> etc.

En su clásica obra «*De los delitos y de las penas*», Beccaria, por ejemplo, ya manifestaba que “el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido”<sup>120</sup>. Al contrario, el Marqués de Beccaria defiende rotundamente que el fin de la pena “no es otro que impedir al reo hacer nuevos daños a sus conciudadanos, y apartar a los demás de cometer otros iguales. Deben, por tanto, ser elegidas aquellas penas y aquel método de infligirlas que, guardada la proporción, produzcan la impresión más eficaz y más duradera sobre los ánimos de los hombres”<sup>121</sup>. Como se puede bien notar, aunque señalando de forma bastante genérica, lo que apuntaba Beccaria era la necesidad de progresar hacia el fin preventivo-general de la pena.

---

<sup>116</sup> Dice Jiménez de Asúa que Beccaria “influye poderosamente en los penalistas que le siguen, sobretudo en Romagnosi, en Itália; en Bentham, en Inglaterra, y en Feuerbach, en Alemania. Bien pronto surgen las doctrinas de la prevención general y de la especial”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado... Op. Cit. p. 47.

<sup>117</sup> Sobre Filangieri, Luis Jiménez de Asúa sintetiza que: “representan la intimidación en su mas forma más antigua y tosca, Filangieri en Italia y Gmelin en Alemania. Para ambos la intimidación se ejercita mediante la ejecución de la pena, cuyo fin es el de infundir terror, mediante el espectáculo de los sufrimientos que ella lleva consigo; de aquí que la publicidad al ejecutar las penas, sea necesaria. Siguen esta tesis Püttman y Klein”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado... Op. Cit. p. 48.

<sup>118</sup> Explica Jiménez de Asúa que Romagnosi “parte del principio de que el Derecho penal es un derecho de defensa habitual, contra una amenaza permanente nacida de la ingénita intemperancia. Puesto que es su defensa, su objeto es impedir delitos futuros. Si bien la ocasión para aplicar la pena la suministra tan sólo el delito cometido. Ahora bien, aunque la ‘genesis’ de la pena está en la legítima defensa, su ‘necesidad’ no se asienta tan sólo sobre la mera consideración del delito futuro, sino en el efecto destructor del cuerpo social que tendría la ‘impunidad’ del delito cometido”. Y sigue Jiménez de Asúa exponiendo que la pena, según la concepción de Romagnosi, “tiene que influir en el ánimo del delincuente inspirando ‘temor’, para conseguir finalidad de defensa”. (...) “Al impulso que lleva al delito, debe corresponder el ‘contraimpulso’ de la pena”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado... Op. Cit. pp. 50/51. También debe citar los nombres de Bentham y Lardizábal.

<sup>119</sup> Citan estos autores, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo-MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 111.

<sup>120</sup> BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Trad. Francisco Tomás y Valiente. Madrid, Editorial Aguilar, 1969, p. 111.

<sup>121</sup> *Ibidem supra*.

Finalmente, sobre la prevención general negativa debe añadirse — aunque con brevedad— algunas críticas que se dirigen a esta teoría. Entre las posturas más duras, suele encontrarse el argumento de que estas teorías presentan deficiencias tanto en su construcción teórica como en su terreno práctico. Ello porque, para un significativo sector de la doctrina, uno de los problemas más serios de esta modalidad de prevención general (la negativa) es motivado por la flagrante ausencia de límite, en su constitución teórica, en lo que concierne a la actuación preventiva de la pena<sup>122</sup>. De manera que las aportaciones preventivo-generales, en su modalidad negativa, patrocinarían el endurecimiento del sistema punitivo del Estado, ampliando el campo de aplicación de las penas, incluso de su duración, hasta el punto de hablarse de terror penal, como forma de inhibir a los ciudadanos de la ejecución de futuros delitos<sup>123</sup>. Tal posibilidad, denunciada por un importante sector de la doctrina, manifiesta la fragilidad teórica de la vertiente negativa de la prevención general, porque permite la aplicación de la pena, en nombre de la prevención, en determinada medida que viole la dignidad humana. Respecto de este problema, Figueiredo Dias explica que la crítica es contundente a la vertiente negativa de la prevención general, sobre todo porque es empíricamente imposible concluir cuál es exactamente el *quantum* de pena suficiente para lograr el efecto inhibitor; y también, no consiguiendo alcanzar la erradicación del crimen, la tendencia es aplicar, como respuesta a las transgresiones penales siguientes, penas todavía más severas e inhumanas<sup>124</sup>. Entre tanto, como ya se sabe, algunos estudios han demostrado que el mero hecho de elevar la pena, a partir de determinados parámetros, no es suficiente para conseguir la prevención de posteriores delitos; especialmente, cuando se trata de personas que están conscientemente determinadas a cometer un delito, como es el caso de los delincuentes profesionales. De manera que la prevención general, en este caso, sería deficiente en sus planteamientos intimidatorios. En este sentido, opina Roxin que “existe hoy unanimidad acerca

---

<sup>122</sup> Vid, ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 93.

<sup>123</sup> Vid, BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal...* Op. Cit., p. 20.

<sup>124</sup> Y añade Figueiredo Dias: “Ao ponto de o direito penal poder descambar, como tantas vezes historicamente descambou, num direito penal do terror absolutamente desproporcional e por isso, este sim, directa e imediatamente violador da eminente dignidade da pessoa”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 51

de que sólo una parte de las personas con tendencia a la criminalidad cometen el hecho con tanto cálculo que les pueda afectar una 'intimidación' y en que en estas personas tampoco funcionan intimidatoriamente la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión del riesgo de ser atrapados"<sup>125</sup>.

También provoca intenso debate las afirmaciones lanzadas por algunas corrientes de pensamiento, opuestas a las ideas preventivo-generales negativas, que vislumbran la posibilidad de que sus planteamientos puedan atentarse contra la dignidad del hombre. Entiende un importante segmento de la doctrina que el castigo, cuando es aplicado con la exclusiva intención de intimidar a la sociedad, se olvida del hombre —de la persona sobre quien recaerá la pena—, transformándole en, tan sólo, un objeto expuesto a la voluntad de un determinado tipo de política criminal. Es decir, la gravedad de la pena y la determinación de su duración no contiene otra preocupación que la de intimidar a la colectividad<sup>126</sup>. Así, tal hecho viene a agredir la dignidad de la persona (del reo).

En la misma línea trazada en el párrafo anterior, conviene recalcar que la vertiente negativa de la prevención general no tiene en cuenta la necesidad de recuperar o reinsertar socialmente el individuo ni tampoco se trata de una respuesta fundada en el mal causado por el delincuente. Por este motivo, varios autores afirman que, para la prevención general negativa, el condenado es rebajado a la condición de mero instrumento en manos del Estado que, despreciando cualquier consideración en relación a su persona, le impone una pena preocupada, exclusivamente, de amenazar a los demás individuos de la sociedad. En este sentido, Morillas Cueva apunta: "ya Kant y Hegel y posteriormente otros autores resaltaron su inidoneidad por lo que significa de instrumentalización del hombre y de menosprecio a su dignidad al concebirlo

---

<sup>125</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 91. también, JAKOBS, Günther. Ob. Cit. p. 27. Dicen Jescheck-Weigend: "La prevención general como un simple medio de intimidación causa más daño que beneficio". JESCHECK, Hans-Heinrich-WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 80. Quintero Olivares dice que "es sabido que, a partir de cierta duración, el tiempo de privación de libertad ya no sirve para nada. De no ser así la pena se transforma en una pura «vindicta» legalizada e incompatible con los estadios de civilización política y social que, al menos, nos atribuimos". QUINTERO OLIVARES, Gonzalo-MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 119.

<sup>126</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 93. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo-MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 112.

como un simple medio para la consecuencia de un fin útil. De semejante manera parece difícil de justificar que se castigue a un individuo no en consideración a él mismo, sino en consideración a otros: aún cuando fuera eficaz la intimidación, ¿puede ser justo que se imponga un mal a alguien para que otros omitan de cometer un mal?”<sup>127</sup>. Evidentemente que éste no es ni puede ser el único fin de la pena. Los principios basilares del Estado social y democrático de Derecho no aceptan la instauración de un sistema que posibilite imputar al hombre un castigo ilimitado con la finalidad exclusiva de cohibir los impulsos delictivos de los demás. Debe respetarse la dignidad del ser humano y observar las reglas inherentes al Estado social y democrático de Derecho, que obedecen al principio de la culpabilidad y, entre otros, al principio de la proporcionalidad. Desde esta perspectiva, tiene razón Roxin al afirmar que cuando se pretende exclusivamente intimidar a la colectividad, se estimula la reincidencia y, también, genera grandes perjuicios en disfavor de la sociedad y del combate a la criminalidad<sup>128</sup>.

Sin embargo, no se puede tampoco negar la importancia y la necesidad de que la pena cumpla también un fin de prevención general<sup>129</sup>, siempre que esté planteado dentro de ciertos parámetros y criterios, conforme lo propugnan las teorías de la prevención general positiva. Además, debe decirse que la prevención general se amolda perfectamente a la importante función que desarrolla el Derecho penal, que es la tutela de los bienes jurídicos. Así, pues, cabe considerar que la pena debe actuar de forma preventiva sobre todos los ciudadanos, tanto en el momento de su conminación, como de su aplicación y ejecución<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., p. 24. Entiende Fragoso que “totalmente inadmisível é, de resto, que a pena seja imposta com critérios alheios ao autor do crime, para através da punição produzir efeito sobre outras pessoas. Isso significaria, como observa Kant, misturar o homem com o direito das coisas”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit., pp. 344/345

<sup>128</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 93.

<sup>129</sup> Según Bacigalupo, “La *prevención general* no es cuestionada, bajo ciertas circunstancias, en el momento de la amenaza de la pena: por ejemplo, cuando el Código Penal en su art. 138 amenaza con la privación de libertad al que matare a otro (...)”. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Lima, Editorial ARA, 2004, p. 32.

<sup>130</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 50.

## 2.1.2. La prevención general positiva.

No cabe duda de que la idea de prevención general ha colaborado con el avance del Derecho penal, inspirando diversos planteamientos sobre el fin de la pena. En tiempos más actuales, conforme expone Lesch, la prevención general ha logrado un enorme renacimiento a partir del surgimiento de la prevención general positiva. Para esta teoría, la pena debe evitar la ejecución de futuros delitos. Sin embargo, el proceso de consecución de tal desiderátum se da a través de la actuación de los efectos del aprendizaje pedagógico-social: la pena promueve y reafirma la toma de conciencia colectiva de la norma penal. Así, ya no se habla de exclusiva intimidación, de temor o de terror estatal<sup>131</sup>. Como en su obra afirma Lesch, la función de la pena, para los defensores de la prevención general positiva, “es pues el reforzamiento de la conciencia colectiva, de los valores éticos de la convicción jurídica”<sup>132</sup>. Por esta razón, surge la confianza en el derecho; porque los miembros de la sociedad constatan y saben que lo que dice la ley, verdaderamente, será cumplido, permitiendo, de este modo, la pacificación social<sup>133</sup>.

Se hace imperioso enfatizar que la prevención general positiva elabora sus planteamientos eliminando de su campo teórico los postulados que no son comprobables científicamente como, por ejemplo, la efectiva demostración de que la pena intimida la colectividad y que resocializa el sujeto.

Además, es imprescindible aseverar que un importante segmento de estas teorías confieren a los principios fundamentales, inherentes al Estado social y democrático de Derecho, la función de limitar el ámbito de actuación de la prevención, sobre todo, en su medida máxima de aplicación de la pena. Es

---

<sup>131</sup> LESCH, Heiko H.. Op. Cit. p. 28. Afirma Mir Puig que: “también puede entenderse como una forma de limitar la tendencia de una prevención general puramente intimidatorio a caer en un terror penal, por la vía de una progresiva agravación de la amenaza penal”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 83. Afirma Quintero: “la doctrina en la actualidad ha reorientado su perspectiva de análisis hacia la prevención general, entendida ahora no en una dimensión negativo-intimidatoria, sino como «prevención general positiva». En tal concepto se deposita la confianza de que la prevención general puede superar su tendencia natural al terror penal”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 121.

<sup>132</sup> LESCH, Heiko H.. Op. Cit. p. 28.

<sup>133</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 92.



más, esta corriente de la prevención positiva fija distintos criterios de autolimitación de la propia prevención general positiva<sup>134</sup>, imposibilitando la instauración del terror y de otras aberraciones que podrían venir a ser practicadas, a partir de una interpretación equivocada —o realizada en su grado extremo— de los planteamientos defendidos por la prevención general negativa. López Barja de Quiroga consigna, en sus comentarios, que esta teoría positiva “pretende no asumir como ciertos, postulados cuya realidad no ha sido demostrada. Por ello, reconoce la realidad comprobable y sobre ella actúa desarrollando el concepto. En efecto, que la pena produce una intimidación o que sirve para resocializar son afirmaciones no demostradas, por lo que estas teorías no la asume”<sup>135</sup>. Para la prevención general positiva, conforme sigue comentando el autor en cita, están ubicados en un plan secundario los planteamientos que afirman que la pena intimida a las personas o que realice el proceso de resocialización del sujeto<sup>136</sup>. En verdad, lo que la vertiente positiva asume es que la pena promueve la toma de consciencia colectiva de la norma, estimulando la confianza de los miembros de la sociedad en la certeza de la norma penal vigente. Incluso porque tal confianza será reafirmada (o fortalecida), toda vez que se determina una pena en las situaciones en que la orientación establecida por el Ordenamiento jurídico viene a ser vulnerada. Sobre este punto, aclara Bacigalupo que, para la prevención general positiva, la pena tiene “la función de ratificar las normas que han sido vulneradas y, de esta manera, reforzar la confianza general en las mismas”<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> Sobre el surgimiento de la prevención general positiva, dice Rocío Cantarero Bandrés que “en este relanzamiento de la prevención general se pretenden salvar tradicionales objeciones de la falta de límites. Para ello, se afirma en primer lugar la necesidad de no extraer la prevención del marco político-jurídico en que se inserta: los principios configuradores del Estado de Derecho delimitan el marco máximo en el que puede moverse la prevención general”. CANTARERO BANDRÉS, Rocío. Op. Cit., p. 88.

<sup>135</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)—otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 459. En esta misma línea, Bacigalupo destaca que “Las teorías preventivas tradicionales se han apoyado en consideraciones empíricas que no han podido ser demostradas. La prevención por medio de la coacción psicológica, tanto como la resocialización son fines que no se pueden verificar como verdaderamente alcanzables”. BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal...* Op. Cit., p. 23.

<sup>136</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)—otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 459.

<sup>137</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal...* Op. Cit., p. 24.

De acuerdo con lo que señala la doctrina, se pueden constatar dos tendencias distintas dentro del marco de la prevención general positiva. De un lado se agrupa la *prevención general positiva fundamentadora* y, de otro lado, se encuentra la que se denomina de *limitadora (o garantista)*.

Las posturas fundamentadoras consideran que el hecho de aplicar la pena pone en evidencia que la conducta desarrollada por el delincuente no es socialmente aceptable. La pena actúa, por lo tanto —de conformidad con lo que explica la doctrina de Guilherme de Souza Nucci— como una firme y necesaria orientación, dirigida a los demás ciudadanos, para demostrar la afirmación de la vigencia de la norma. De esta forma, la pena realiza una clara función educativa<sup>138</sup>. Entre estas posturas, como bien apunta Morillas Cueva<sup>139</sup>, se insertan los planteamientos defendido por Jakobs<sup>140</sup>.

Los planteamientos articulados en la doctrina de Jakobs sufren clara y profunda influencia de las ideas de Luhmann<sup>141</sup>. En la tesis de Jakobs está incorporado el entendimiento de que las leyes penales son piezas claves para la promoción de la estabilización de la convivencia entre los hombres. Pues bien, este autor considera, de acuerdo con los planteamientos de Luhmann, que el propósito del Derecho es permitir la estabilización social, actuando como un instrumento de orientación de conductas y de conservación de las expectativas generadas por la norma<sup>142</sup>. Así, como bien señala Baratta, el punto nuclear y de relevante preocupación, en estas doctrinas, consiste en la necesidad de institucionalizar la «confianza» de los ciudadanos, reemplazando,

---

<sup>138</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal (parte geral e parte especial)*. São Paulo, Editorial Revista dos Tribunais, 2005, p. 52.

<sup>139</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., p. 26

<sup>140</sup> Para López Barja de Quiroga, “el principal defensor de esta teoría, que sirve de base a la construcción dogmática de la teoría del delito, es Jakobs”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)—otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 459.

<sup>141</sup> No obstante, en que pese la importancia de los estudios de Jakobs para la consolidación de la vertiente fundamentadora de la prevención positiva (o prevención-integración), Baratta aduce que “la teoría de la prevención-integración nació a fines del siglo pasado, con Durkheim. El «nuevo» fundamento del Derecho Penal propuesto por Jakobs en el marco de la teoría sistémica de Luhmann repropone ahora la concepción durkheimiana, con toda su problemática actual y sin innovaciones sustanciales”. BARATTA, Alessandro. «Integración-prevención: una ‘nueva’ fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica» (trad. Emilio García-Méndez y Emiro Sandoval Huertas), en Cuadernos de Política Criminal, núm. 24, Madrid, Edersa, 1984, p. 543.

<sup>142</sup> BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 534..

de esta forma, la confianza individual, que predomina en los modelos de sociedad más rudimentarios. A partir de tal institucionalización, se torna posible la creación de un fenómeno de integración social, que posibilite la convivencia pacífica entre los hombres en los sistemas sociales más complejos<sup>143</sup>. De este modo, el conjunto de reglas jurídicas —conforme concibe Luhmann— sustituye la confianza personal por lo que suele llamar de confianza institucionalizada. En este sentido, es de fundamental relieve reseñar la importante y aclaradora exposición de Baratta sobre los pensamientos de Luhmann. Dice este autor que “el Ordenamiento jurídico, con sus normas abstractas y sus relaciones despersonalizadas, reemplaza la confianza personal por la institucional. La institucionalización de las expectativas de comportamiento, producida por el derecho, tiene, de ese modo, la función de garantizar el modo de confianza que es posible en los sistemas sociales complejos<sup>144</sup>”. Con apoyo en estos argumentos Jakobs elabora y estructura los pilares básicos de sus planteamientos.

Por tanto, para Jakobs, el acaecimiento de un hecho delictivo choca con la dirección normativa, vulnerando la expectativa previamente trazada por el Ordenamiento jurídico. De modo que el hecho delictivo se manifiesta como la más evidente e indeseable amenaza al equilibrio de las relaciones sociales, porque vulnera la «confianza institucionalizada». Así, la actividad punitiva del Estado viene a reafirmar y recomponer esta confianza, protegiendo, sobre todo, su función orientadora<sup>145</sup>. Pues bien, la pena actúa en la sociedad positivamente, asegurando la confianza colectiva que se deposita en las normas<sup>146</sup>. Profundizando un poco más en los pensamientos de Jakobs sobre los efectos que despliega la pena, López Barja de Quiroga aduce que la

---

<sup>143</sup> Explica Baratta: “El centro de atención radica, en particular, en el concepto luhmanniano sobre la confianza institucional, entendida como forma de integración social que en los sistemas complejos sustituye los mecanismos espontáneos de confianza recíproca entre los individuos, existentes en una comunidad de organización elemental (...)”. BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 534.

<sup>144</sup> BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 534.

<sup>145</sup> Aduce Baratta: “el delito es una amenaza a la integridad y la estabilidad sociales, en cuanto constituye la expresión simbólica de una falta de fidelidad al derecho. Esta expresión simbólica hace estremecer la confianza institucional y la pena es, a su vez, una expresión simbólica opuesta a la representada por el delito”. BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 535.

<sup>146</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., pp. 121/122.

respuesta punitiva debe actuar “para ejercitar en la confianza hacia la norma; para ejercitar en la fidelidad al derecho; y, para ejercitar en la aceptación de las consecuencias”<sup>147</sup>. Estos tres factores componen lo que Jakobs denomina de *ejercicio de reconocimiento de la norma*<sup>148</sup>.

Así, los tres efectos conseguidos a través del ejercicio de reconocimiento de la norma, citados en el párrafo anterior, deben ser considerados como los principales resultados que pueden ser logrados a partir de la actuación de la pena, según el entendimiento de la prevención general positiva, en su vertiente fundamentadora. Sin embargo, es de fundamental importancia detallar que si el proceso de «reconocimiento de la norma» consigue, también, impresionar a la sociedad a tal punto de que ésta se siente intimidada, tal constatación merece relevancia, pero debe ser tratada como una cuestión secundaria, porque, según esta teoría, el efecto de intimidación colectiva no es concretamente la función que debe ser ejercida por la pena<sup>149</sup>.

A pesar de la brillantez con que Jakobs aborda esta temática, poniendo de relieve una propuesta bastante persuasiva, la prevención general positiva fundamentadora ha sido depositaria —con razón— de importantes y severas censuras. A título de resumen, debe mencionarse algunas objeciones encontradas en la doctrina española. Se puede comprobar que un significativo número de juristas considera que la problemática alrededor de la pena, según las convicciones teóricas de Jakobs, estaría apartada de la función inherente al

---

<sup>147</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)—otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 461. JAKOBS, Günther. Op. Cit. p. 18.

<sup>148</sup> JAKOBS, Günther. Op. Cit. p. 18. Sobre esta forma de pensamiento, explica Baratta: “La pena, afirma Jakobs, no constituye retribución de un mal con un mal, no es disuasión, es decir, prevención negativa. Su función primaria es, en cambio, la prevención positiva. La pena es prevención-integración en el sentido que su función primaria es «ejercitar» el reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad”. BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 535.

<sup>149</sup> *Vid*, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)—otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 462. Dice Jakobs: “Secundariamente, la pena puede impresionar de tal modo al que la sufre o a terceros que éstos se abstengan de realizar hechos futuros. Estos efectos producidos, no por reconocimiento de la norma, sino por miedo, son algo que cabe desear que se dé por añadidura en la pena, pero no es función de la pena provocar tales efectos. Habrá que exponer obviamente aún que resulta imprescindible una medida mínima de respaldo cognoscitivo de las normas para la estabilización de su validez”. También, JAKOBS, Günther. Op. Cit. p. 19.

Derecho penal, que es la protección de los bienes jurídicos<sup>150</sup>. Por este motivo, algunos autores consideran que esta teoría, aunque esté rotulada de preventiva, en realidad, corresponde a una nueva especie de retribución. Expresando su crítica, Quintero Olivares atribuye a esta vertiente de pensamiento la etiqueta de «neorretribucionismo»<sup>151</sup>.

Conforme se puede observar también, desde otro punto de vista, la prevención general positiva fundamentadora extirpa de sus planteamientos los elementos de garantía como, por ejemplo, el principio de la culpabilidad<sup>152</sup>. Tal hecho es suficiente para que muchos consideren esta teoría como una vertiente visiblemente más conservadora, por no decir más peligrosa y más indeseable, que la propia corriente retributiva.

Denuncia un importante sector de la doctrina que esta modalidad de prevención general no impone límite a los contornos del campo de actuación de la respuesta punitiva, proponiéndose, por lo tanto, legitimar un tipo de política criminal y de actividad punitiva inaceptables desde el punto de vista del Estado social y democrático de Derecho. Ello porque lo único que pretende y que interesa para esta vertiente es utilizar la pena como un medio de reafirmación de las expectativas generadas por la norma<sup>153</sup>. Así, no se fijan los límites para desarrollar tal misión de reafirmación de expectativas.

---

<sup>150</sup> Sobre este tema, son relevantes los comentarios de Baratta: "(...) como hemos visto, para Otto y Jakobs el Derecho Penal no tiene por función principal o exclusiva la defensa de bienes jurídicos, sino, ante todo, la función simbólica de Ordenamiento normativo entendido como instrumento de orientación e institucionalización de la confianza mutua. El Derecho Penal no reprime primeramente lesiones de intereses, sino el «desvalor de los actos» (para decirlo con una expresión de Welzel) (1962, 2 ss.), esto es, el comportamiento como manifestación de una actitud de infidelidad al derecho". BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 542.

<sup>151</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 122.

<sup>152</sup> El profundo estudio realizado por Baratta sobre esta materia, enmarca que "los dos baluartes erigidos por el pensamiento penal liberal para limitar la actividad punitiva del Estado frente al individuo: el principio del delito como lesión de bienes jurídicos y el principio de culpabilidad, parecen desplomarse definitivamente y son sustituidos por elementos de una teoría sistémica, en la cual el individuo deja de ser el centro y el fin de la sociedad y del derecho, para convertirse en un «subsistema físico-síquico» (G. Jakobs, 1983, 385), al que el derecho valora en la medida en que desempeñe un papel funcional en relación con la totalidad del sistema social". BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 537.

<sup>153</sup> Además, también señala Quintero que el modelo de Estado social y democrático de Derecho tampoco permitiría que la pena determinase la "imposición de aceptaciones éticas del Derecho". QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 122.

Además, también es importante destacar que la teoría fundamentadora se abstiene de sopesar, según lo constata Baratta, la posibilidad de que el intento de extraer, exclusivamente, efectos positivos de la pena, pueda, al final, resultar bastante negativo para la sociedad. En palabras de Baratta, esta teoría “desconoce los argumentos y observaciones que ponen en evidencia el hecho de que el sistema penal produce altos costes sociales y gravísimos efectos sobre la integración social y la confianza en las instituciones”<sup>154</sup>. De acuerdo con lo que piensa el mencionado jurista, la teoría examinada peca al olvidar, cuando considera que la pena ejerce efectos esencialmente positivos, que la respuesta punitiva, también, puede constituirse en un instrumento de diseminación de efectos catastróficos como, por ejemplo, ocurre en innumerables casos cuando se aplica la pena de prisión —que es un *mecanismo que cumple perfectamente los fines preventivo-generales*—. Como se sabe, la ejecución de esta modalidad de pena provoca la desintegración social del condenado y, además, tras su cumplimiento, varias secuelas permanecen como el efecto estigmatizador que perjudica el proceso de reintegración social<sup>155</sup>.

Finalmente, cabe añadir que algunos autores, como Quintero, consideran que a la prevención general positiva fundamentadora le falta un asiento teórico racional. Es decir, según el autor citado, lo que todo este ideario viene, al final, a legitimar es una reacción punitiva basada en el ímpetu emocional, encontrándose, por lo tanto, destituido de un fundamento teórico emanado por la razón<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 546.

<sup>155</sup> Afirma Baratta: “Piénsese, solamente, en los efectos disgregantes que la pena privativa de libertad produce en el ámbito familiar y social del detenido; en el distanciamiento social generado por la estigmatización penal, que interrumpe o de cualquier modo perjudica el contacto social del estigmatizado con resto de la sociedad (...)”. BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 546.

<sup>156</sup> Subraya Quintero: “(...) como ha expuesto Luzón Peña, desde una perspectiva más cercana al análisis de la psicología colectiva, en la teoría de Jakobs las exigencias de pena por parte de la sociedad pueden rebasar los niveles requeridos desde la teoría prevencionista clásica (general-intimidatoria). En esta medida, la prevención general «estabilizadora» carece de base racional: bajo una ornamentación estético-racional, la teoría legitima impulsos irracionales y emocionales primarios ante el hecho criminal, así *la pena se entiende como medio de reequilibrio psíquico de la sociedad*”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 122

Concluidas estas breves reflexiones sobre la vertiente fundamentadora de la teoría preventivo-general positiva, es imprescindible comentar algunas características de otra corriente, también preventiva-general positiva, pero que construye sus aportaciones a partir de un punto de vista limitador (o garantista). Es decir, a diferencia de las posturas fundamentadora (ampliadora), los partidarios de la prevención general positiva limitadora manifiestan la necesidad de establecer algunas líneas demarcatorias dentro de las cuales puede actuar el *ius puniendi*.

Defienden estas posturas, entre otros, Hassemer y Zipf, que proponen límites<sup>157</sup> a la prevención<sup>158</sup>. Para Hassemer, por ejemplo, es necesario que exista un “convencimiento de que la norma es idónea para mejorar la sociedad”<sup>159</sup>, y tal convencimiento se refuerza con la aplicación de la pena, porque es un medio para proteger los bienes jurídicos, posibilitando una convivencia pacífica en la sociedad.

En opinión de Hassemer, es preciso a la ingerencia de los postulados garantistas en el ámbito de la actividad punitiva estatal. Para este autor es imprescindible, en el momento de utilización de la pena, que se observen los principios de la culpabilidad del hecho y, también, el principio de proporcionalidad. Incluso se reconoce la posibilidad de conjugar, de forma coordinada, la teoría de la prevención general positiva (aunque no sea una

---

<sup>157</sup> Explica Guilherme de Sousa Nucci que esta corriente defiende que la intervención del Estado debe ser limitada. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 52. Comentando sobre las principales tendencias teóricas, existentes en la prevención general positiva, la cátedra de Cantarero Bandrés destaca que “finalmente hay que añadir que para superar la caracterización de la prevención general como mera amenaza se ha comenzado a hablar de prevención general positiva o integradora, teoría que —caso de Armin Kaufmann y Hassemer— arranca de la función ético-social que Welsel asignara al Derecho penal, o —caso de Jakobs— se remite lejanamente a la construcción dialéctica de Hegel. Estas tesis —presentes ya en la obra de Durkheim—, brindan una sólida coartada al Estado, en el supuesto en que éste se decida por intervenir en ámbitos estrictamente personales. Por este motivo un importante sector doctrinal aconseja acogerlos exclusivamente en su faceta limitadora”. CANTARERO BANDRÉS, Rocío. Op. Cit., pp. 88/89.

<sup>158</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., p. 26

<sup>159</sup> Vid, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)—otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 462.

exigencia de esta teoría) con los planteamientos defendidos en el ámbito de la prevención especial<sup>160</sup>, como, por ejemplo, la resocialización del sujeto.

Es importante señalar, de conformidad con lo que destaca la explicación de López Barja de Quiroga, citando a los planteamientos de Hassemer, que, cuando la norma se manifiesta de forma excesivamente gravosa, ocurre una especie de perturbación en el convencimiento de que tal norma es un instrumento idóneo para aportar beneficios para la sociedad. De forma que es necesario sopesar si la aplicación de esta norma viene a ser relevante o no para garantizar la defensa de los bienes jurídicos, permitiendo la protección de valores significativos para la sociedad, como, por ejemplo, la libertad humana, la vida etc. Explica el autor citado que “es preciso que exista el convencimiento de que la norma es idónea para mejorar la sociedad, y «este convencimiento es perturbado cuando las normas son excesivamente gravosas y, en cambio, es reforzado cuando la conminación penal y la ejecución de la pena —a pesar de su tosquedad y violencia— se presenta como medios para garantizar los bienes jurídicos y posibilitar así la libertad humana». Así pues, «la teoría de la prevención general, entendida correctamente, encierra dentro de sí misma su propia limitación jurídico-estatal. Sólo dentro de estos límites puede el sistema jurídico penal ayudar a la estabilización de las normas sociales»<sup>161</sup>”. De este modo, cabe añadir que sólo es posible justificar la utilización de una pena si ésta viene a producir sus efectos bajo un control formalizado. En este entendimiento, los postulados de esta teoría consideran que la aplicación de la pena no se justifica simplemente porque tiene que intimidar la sociedad o promover la resocialización del delincuente. Estos fines no deben ser la preocupación primera de la pena. Lo principal es si la actividad punitiva se produce dentro de un campo donde se ejerce un control formalizado<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 123.

<sup>161</sup> *Vid*, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)–otros. *Comentarios...* Op. Cit., pp. 462/463.

<sup>162</sup> Para Hassemer, según lo que sintetiza López Barja de Quiroga: “«La afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales es un proceso dinámico (como también lo es la evolución y la crítica pública del Derecho penal) que la mutación de las normas no puede ignorar». «La pena sólo está justificada si se mantiene dentro del control formalizado, no cuando consigue la resocialización o la intimidación»”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo.



También debe considerarse dos importantes opiniones sobre esta temática: una emitidas por Zipf y otra por Mir Puig. En la primera, Zipf recuerda que es de fundamental relieve tener siempre en cuenta el principio de «*ultima ratio*», como un elemento limitador, necesario e “irrenunciable de la intervención penal”<sup>163</sup>. En la segunda, Mir Puig destaca que es necesario, sobre todo, adoptar una postura respetuosa en relación a la autonomía moral del autor de una conducta delictiva “y fundamentar selectivamente la prevención de delitos, respetando los límites”<sup>164</sup> del modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Sintetizados algunos rasgos de la prevención general positiva garantista (o limitadora), cabe señalar que en dirección opuesta a las aportaciones de esta corriente se rebelan importantes críticas. Algunas censuras parecen incidir con especial agudeza: consideran la prevención general positiva limitadora como nada más que una “*reproducción de determinadas teorías unificadoras de la pena* (como, por ejemplo, la teoría dialéctica de Roxin)”<sup>165</sup>. Conforme el juicio crítico de este segmento de la doctrina, la vertiente positiva, en estudio, conjuga el fin preventivo general con los clásicos elementos limitadores del poder punitivo estatal, que se manifiestan durante las tres fases de la «vida de la pena», es decir, la conminación legal, la aplicación de la pena y su ejecución. De forma que la prevención general positiva no presentaría, como piensan algunos juristas, absolutamente nada de novedoso. Lo único distinto (o peculiar) que se podría mencionar, según la violenta censura que se contrapone a esta teoría, sería que la vertiente limitadora prescinde del fin

---

Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)–otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 463

<sup>163</sup> In, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 123.

<sup>164</sup> Y sigue Quintero explicando: “Se articula así la prevención general positiva en un primer nivel con la función de protección de bienes jurídicos en cuanto «criterio frontera» que elucida la necesidad de intervención penal y la imposición de penas; en segundo nivel, la teoría se engarza con los principios limitadores de la intervención penal: legalidad, humanidad, proporcionalidad, resocialización, culpabilidad, etcétera”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 123

<sup>165</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 124.

resocializador, aunque invoque el carácter humanitario de las penas<sup>166</sup>. En esta óptica, es relevante mencionar los comentarios publicados por Quintero Olivares, que señalan que “la teoría de la prevención general positiva no aportaría nada esencialmente nuevo, pues sigue invocando los principios limitadores del «*ius puniendi*» heredados del retribucionismo y de la prevención especial, de tal forma que lo único novedoso sería la imbricación de esos principios en la prevención general, en una suerte de *nueva redefinición sistemática de los mismos*”<sup>167</sup>.

Conviene destacar también otras críticas que sufren, en general, las dos posturas positivas de la prevención general (tanto la limitadora como la fundamentadora). Menciona Bacigalupo que algunos autores dicen que estas teorías rechazan la doctrina de la resocialización sin poner de manifiesto una amplia crítica sobre los distintos aspectos y problemáticas alrededor de la reintegración social del delincuente. Algunos juristas consideran que la vertiente positiva de la prevención general no explicita, en detalle, las razones sobre la renuncia de los planteamientos resocializadores<sup>168</sup>.

Sin embargo, sobre este aspecto, es importante destacar que los planteamientos de la prevención general positiva son perfectamente conciliables con las teorías preventivo-especiales, porque no torna imposible que, eventualmente, se establezcan determinados tratamientos que vengán a favorecer el proceso de reintegración social del delincuente<sup>169</sup>.

Creemos que si, de una parte, la prevención general positiva es punto de mira de importantes censuras por desconsiderar el fin resocializador<sup>170</sup> de la

---

<sup>166</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 124.

<sup>167</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 124.

<sup>168</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal...* Op. Cit., p. 24.

<sup>169</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal...* Op. Cit., p. 24. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)–otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 462.

<sup>170</sup> Apunta Baratta que “al mismo tiempo que resulta estéril y caprichoso pretender mantener la ideología reeducativa como simple actitud defensiva respecto del proceso de involución del Derecho Penal hacia posiciones meramente represivas o retribucionistas en vez de afrontar seriamente el problema de la transformación radical del sistema penal y de la creación de respuestas institucionales alternativas para los conflictos de desviación, debe tomarse con recelo una teoría que parece dejar sin contenido el núcleo humanístico y emancipador que

pena; de otra parte, merece ser aplaudida, sobre todo, por el hecho de “no generar falsos optimismos en relación a las posibilidades de la ejecución de la pena privativa de libertad”<sup>171</sup>. De cualquier modo, la prevención general positiva también ha fomentado el debate acerca de la improrrogable necesidad de crear mecanismos alternativos a la pena privativa de libertad. La búsqueda de nuevas alternativas a esta modalidad de pena —especialmente a la pena de prisión de corta duración— es una responsabilidad universal, que reclama urgente actuación del Derecho penal moderno<sup>172</sup>. Y la prevención general positiva, teniendo en cuenta esta necesidad, no ha vedado la discusión sobre esta temática, como tampoco ha intentado dificultar “el progreso de la idea de un derecho penal más humano”<sup>173</sup>.

A nuestro juicio, compartimos la idea de que debe imponerse determinados límites a la prevención general. Y esto se puede alcanzar a partir de los planteamientos propuestos por la vertiente positiva-garantistas de estas teorías. Estamos de acuerdo con la idea de que la actuación de la pena permite desarrollar una conciencia social del derecho, pudiendo, secundariamente, difundir un efecto intimidatorio en la colectividad. Sin embargo, no se puede plantear esta teoría sin demarcar los límites de la actividad punitiva estatal ni tampoco dejar de conjugarla con la prevención especial. Ello porque entendemos que los excesos generados a partir de la prevención general —concibiéndola de forma ilimitada— son peligrosos y atentatorios al Estado social y democrático de Derecho. No obstante, cabe decir que se puede

---

estaba en la base de la *utopía* de la «reinserción». (...) “El progreso podría ser visto únicamente en una crítica de la ideología reeducativa, acompañada por la creación de instrumentos alternativos a los del Derecho Penal, que actuasen sobre los propios orígenes de los conflictos de desviación y fuesen compatibles con la reintegración social del autor, de la víctima y del ambiente”. BARATTA, Alessandro. Op. Cit., pp. 547/548.

<sup>171</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal...* Op. Cit., p. 25.

<sup>172</sup> Dice Frago: “O direito penal moderno tem procurado adotar alternativas para a pena privativa de liberdade”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit., p. 358.

<sup>173</sup> Además dice Bacigalupo: “La teoría de la prevención general positiva tiene mucho a su favor. Sin embargo, es preciso poner de manifiesto que la cuestión de la pena y de su legitimación es realmente una cuestión última en la que prácticamente no es posible una respuesta que pueda resolver todos los problemas a la vez”. BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal...* Op. Cit., p. 25. López Barja de Quiroga considera que la prevención general positiva “consigue explicar con total abstracción qué es lo que ocurre en realidad y le asigna unos efectos que ciertamente son correctos, convincentes y realizables”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)—otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 465.

eliminar tales excesos si se consideran los siguientes factores: primero, la *observancia del principio de la proporcionalidad*; segundo, la *obediencia al principio de la culpabilidad (siendo éste planteado como un principio básico del Estado social y democrático de Derecho y no como un elemento surgido a partir de una composición con la teoría absoluta)*; y tercero, el *reconocimiento del fin preventivo-especial (en la vertiente positiva) que se debe asignar a la pena*<sup>174</sup>. Definido estos criterios, cabe destacar, como lo hace Morillas Cueva, con mucha precisión, que “hay que admitir que, al margen de los condicionantes citados, parece difícil negar el carácter de fin de la pena que adquiere la prevención general”<sup>175</sup>.

## 2.2. La prevención especial.

También se destaca como especie de las teorías relativas o utilitaristas la de la prevención especial. Dicha teoría asigna a la pena el fin de evitar delitos futuros. Sin embargo, conforme a su entendimiento, la pena debe orientarse *hacia la persona del autor del delito*. Es decir, asume la misión de evitar que el delincuente vuelva, posteriormente, a cometer una conducta lesiva<sup>176</sup>. Exactamente por ello es que Figueiredo Dias asume la expresión

---

<sup>174</sup> *Importante verificar tales criterios en MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Las consecuencias...* Op. Cit., p. 25

<sup>175</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., p. 25. También, en la misma vertiente, dice Mir Puig que es necesario limitar “la prevención general de modo que no pueda llevar a contradecir las valoraciones sociales. Pero con ello no se demuestra que la prevención en si misma deba ser relegada, ni que la prevención general dentro de ciertos límites no constituya una de las bases que legitiman el uso de la pena”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 84.

<sup>176</sup> Dice René Ariel Dotti: “Por prevenção especial entende-se o objetivo de evitar que o sujeito cometa novas infrações. Trata-se de proporcionar ao condenado, através da execução da pena, caminhos opostos à reincidência”. DOTTI, René Ariel. Op. Cit. p. 434. En las siempre firmes y referenciadas palabras de Roxin, “la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos. Según ello, el fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial)”. ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 85. Según lección de Quintero Olivares, “(...) El objeto principal de la misma será la actuación sobre el delincuente para que éste no vuelva a delinquir, lo cual se puede lograr por diferentes vías: inocuización, corrección, reeducación”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo-MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 112.

acuñada por *Eser*, al definir que el fin perseguido por la pena, conforme estas teorías, es de «prevención de la reincidencia»<sup>177</sup>.

Como se puede claramente percibir, la prevención especial y la prevención general coinciden, fundamentalmente, en el reconocimiento de la pena como un instrumento de actuación directa en la sociedad, con el fin primordial de evitar la consumación de posteriores delitos. No obstante, las dos teorías mencionadas se separan en el momento de atribuir hacia «quién» debe dirigirse la pena. La prevención general, como ya se ha comentado, propugna que ha de orientarse a la universalidad de los ciudadanos o a los delincuentes en potencia<sup>178</sup>. Por el contrario, la prevención especial entiende que debe dirigirse especialmente al autor de un hecho ilícito, operándose sus efectos, principalmente, durante la fase de ejecución de la pena<sup>179</sup>. Comenta López Barja de Quiroga que “con el tiempo estas teorías conducirán a considerar que lo importante es que la pena es un tratamiento. Posteriormente, el paso siguiente será sustituir la pena por el tratamiento individualizado. De ahí que surja la idea de la resocialización y la reinserción social del delincuente”<sup>180</sup>.

Es importante considerar que, aunque los partidarios de la prevención especial siempre hayan permanecido de acuerdo en relación al fin que debe perseguir la pena (*a quien ésta debe destinarse*), de otra parte, han protagonizado innumerables debates, manifestando, internamente, clara divergencia sobre *la forma* en que tal fin debe ser perseguido<sup>181</sup>. Así, conviene decir que la prevención especial, durante todo el curso de su estructuración teórica, ha especificado algunas formas de perseguir semejante fin, que, conforme destaca la actual doctrina, pueden ser clasificados en: prevención

---

<sup>177</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 52.

<sup>178</sup> Según Esperanza Vaello Esquerdo, “la prevención especial legitima la pena también en la idea de evitar futuros delitos, si bien actuando sobre quien ya delinquiró y no sobre la comunidad”. VAELO ESQUERDO, Esperanza. Op. Cit. p. 19.

<sup>179</sup> LANDECHO VELASCO, Carlos María–MOLINA BLÁSQUEZ, Concepción. *Derecho penal español, parte general*. 7ª Ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2004, p. 513. Dice Mir Puig: “La prevención especial no puede operar, pues, como la general, en el momento de la conminación penal, sino en la ejecución de la pena. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ª ed, Buenos Aires, Editorial IB de F, 2002, p. 55.

<sup>180</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)–otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 448.

<sup>181</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 52.

especial negativa (la inocuización); intimidación individual del delincuente; y prevención especial positiva (la recuperación social del sujeto)<sup>182</sup>.

Los planteamientos de prevención especial negativa (primera perspectiva) propugnan que la forma de alcanzar la prevención se procede a través de la segregación del criminal, implicando así la efectiva defensa social<sup>183</sup>. Es decir, de acuerdo con los planteamientos de esta corriente, la sociedad logra una protección, durante todo el periodo en que el delincuente se encuentre recluso<sup>184</sup>, porque su peligrosidad social está efectivamente neutralizada. A lo largo de todo el período de segregación del delincuente, la sociedad se ve protegida, una vez que éste ya no puede ejecutar más cualquier tipo de conducta delictiva, al menos fuera de la prisión. Tal protección —al depender de la respuesta punitiva aplicada— puede ser temporal (relativo al tiempo de reclusión) o, inclusive, permanente (en el caso en que se permite la imposición de la cadena perpetua o de la pena de muerte).

Para la vertiente de la intimidación individual, el fin preventivo-especial se realiza porque la pena actúa intimidando al delincuente. De manera que, conforme lo conciben algunos juristas, la sanción penal provoca, durante toda la fase de su ejecución, determinados efectos que atemorizan al penado, a tal punto, que éste viene a abdicar de volver a delinquir posteriormente<sup>185</sup>.

En la concepción de la prevención especial positiva, el propósito de la aplicación de la pena es alcanzar la resocialización y recuperación del condenado. La pena favorece, por tanto, que el delincuente, en el futuro, siga viviendo armónicamente en sociedad, sin volver a desarrollar cualquier tipo de conducta delictiva, porque produce un efecto resocializador en la persona del condenado<sup>186</sup>.

---

<sup>182</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. Cit. p. 21.

<sup>183</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 52.

<sup>184</sup> LESCH, Heiko H.. Op. Cit.. p. 31.

<sup>185</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. Cit. p. 21.

<sup>186</sup> Además, Figueiredo Dias destaca dos otras formas: “De certo modo no outro extremo se situam aqueles que pretendem dar à prevenção individual a finalidade de alcançar a reforma interior (moral) do delinqüente, uma sua autêntica *metanoia* — aquilo que bem poderia designar-se como a *emenda* do criminoso, lograda através da sua adesão íntima aos valores que conformam a ordem jurídica. Bem como aqueles outros para quem a finalidade terá de traduzir-se não na emenda moral, mas verdadeiramente no tratamento das tendências

Otro tema que merece el análisis de este estudio es el origen del pensamiento preventivo especial. Lo que parece ser pacífico sobre esta cuestión es que la esencia de esta idea ya había sido, aunque de forma genérica, manifestada por Protágoras y difundida por Platón y Séneca<sup>187</sup>. Sin embargo, fue a partir de la crisis del Estado liberal cuando se manifestaron con bastante intensidad los planteamientos preventivo-especiales. Desde el punto de vista de Quintero Olivares, “con la crisis del estado Liberal surge, a fines de la anterior centuria y a caballo de la acumulación de masas obreras en las grandes concentraciones industriales, una nueva manera de concebir la función del Estado por parte de las clases dominantes que se traduce, en lo penal, por la aparición de la obsesión defensista. Ante todo, la sociedad”<sup>188</sup>.

Es en este contexto histórico, por tanto, surgen importantes formulaciones teóricas, como, *v.g.*, la del tratamiento individualizado, que teniendo en cuenta las particularidades relativas a la persona del delincuente, consiguen elevar el hombre al punto central de las grandes preocupaciones y problemáticas referentes a lo penal. Se considera éste un momento de singular y de extraordinaria evolución para la ciencia. Ello porque es cuando surge la ciencia de la criminología y, efectivamente, los postulados puramente preventivo-especiales. En esta línea considera Quintero que “a los positivistas se debe la destrucción del mito del indeterminismo, la formulación de explicaciones mucho más científicas del hecho delictivo, la colocación del hombre, y no de la institución «delito», en el centro del problema penal, y, en fin, el alumbramiento de una ciencia nueva y fundamental: la criminología”<sup>189</sup>.

---

individuais que conduzem ao crime, exactamente no mesmo plano em que se trata um doente e, por isso, segundo um modelo estritamente *médico* ou *clínico*. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 52 (y también, *vid*, p. 53).

<sup>187</sup> Este registro histórico lo hace también Roxin: “También esta posición se remonta a los orígenes del pensamiento penal. Ya en Séneca (65 d.C.), evocando la idea de Protágoras (aprox. 485-415 a. C.) que fue transmitida por Platón (427-347 a.C.), se encuentra la formulación clásica de todas las teorías preventivas: ‘Nam, ut Plato ait: ‘nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur...’ (‘Pues, como dice Platón: ‘Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque...’ )”. ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 85.

<sup>188</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 113.

<sup>189</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 113.

También es a través de los comentarios de Quintero, que se puede claramente constatar que, en esta época, ya se formulaban virulentas críticas a algunas posturas vinculadas a la idea de preventivo-especial. Algunos juristas censuraban el hecho de considerar al autor de un delito como una especie de enfermo que debería ser excluido de la sociedad. En este tiempo, varias posiciones planteaban la necesidad de intentar la recuperación y la reintegración social del delincuente; no obstante, algunas voces consideraban que, si tal meta no fuese alcanzada, el condenado debería desaparecer definitivamente del medio social. Y para ello, hablaban tanto del sometimiento del condenado a la pena de prisión por tiempo indeterminado, como, incluso, de la aplicación de la pena de muerte<sup>190</sup>. Contra esta concepción, se vertieron duras críticas que combatían, sobre todo, los excesos que, quizás, lamentablemente se han podido consumir, en la fase embrionaria de la prevención especial<sup>191</sup>.

Cabe destacar que el surgimiento de los planteamientos preventivo-especiales se viabilizaron a partir de las manifestaciones filosóficas suscitadas y estimuladas por autores de la Ilustración<sup>192</sup>, así como por la substanciosa contribución científica de la escuela positivista italiana<sup>193</sup>. Sin embargo, la prevención especial consigue alcanzar una extraordinaria expansión a partir de las publicaciones de Franz Von Liszt, que, sin ninguna duda, puede ser caracterizado como el más destacado partidario de esta corriente de pensamiento<sup>194</sup>.

---

<sup>190</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 113.

<sup>191</sup> Dice Quintero: “Por ello la crítica anterior iba orientada en realidad a los excesos que han podido producirse, es decir, que no son simples suposiciones hipotéticas, en nombre de la prevención especial”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 113.

<sup>192</sup> “Esta tesis se perfeccionó en el tiempo de la Ilustración como teoría independiente de la prevención especial”. ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 85.

<sup>193</sup> Destaca Cerezo Mir que “la escuela positivista italiana (Lombroso, Ferri y Garofalo), que vinculaban la pena a la peligrosidad del delincuente y le asignaban como fin primordial el de la prevención especial”. CERESO MIR, José. Op. Cit., p. 26.

<sup>194</sup> En este mismo sentido, Roxin pone de manifiesto que “su portavoz fue Franz v. Liszt (1851-1919), el político criminal alemán más significativo ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 85.



En su idea del fin en el Derecho penal, Von Liszt expone que la pena se orienta frente a la persona que ha ejecutado el delito y no contra el hecho delictivo en sí mismo. Explica Liszt que el autor del ilícito es “el titular del bien jurídico cuya lesión o destrucción constituye la esencia de la pena”<sup>195</sup>. Y así defiende, en su doctrina, que la finalidad preventivo-especial debe tener tres enfoques: en primer lugar, debe buscar corregir a aquél que sea capaz de ser corregido y que realmente necesite de tal corrección; en los supuestos en que el delincuente no precise de corrección, la pena debe servir para intimidarle; Finalmente, en los casos en que el delincuente sea incorregible, se plantea su segregación definitiva del medio social<sup>196</sup>. Como bien resume Mir Puig, el fin que la pena asume, en los planteamientos de Liszt, es la prevención especial, operándose a través de la intimidación, corrección e inocuización<sup>197</sup>.

De esta manera, Liszt propone una división en grupos distintos de delincuentes. Según dicha clasificación, los condenados pueden pertenecer al grupo de los que son incorregibles; del los que necesitan de corrección; o al grupo denominado de delincuentes ocasionales<sup>198</sup>. Entiende Liszt que los delincuentes incorregibles deben ser apartados definitivamente de la sociedad, debiendo, para ello, hacerse uso de la cadena perpetua o, incluso, de la pena de prisión por tiempo indeterminado (hasta que se consiga la corrección del condenado)<sup>199</sup>. En el caso del grupo de los delincuentes necesitados de corrección, lo que debería aplicarse es una pena que promueva una “educación

---

<sup>195</sup> LISZT, Franz Von. *La idea del fin en el derecho penal*. Trad. Carlos Pérez del Valle, Granada, Editorial Comares, 1995, p. 83.

<sup>196</sup> LISZT, Franz Von. *La idea del fin...* Op. Cit. p. 83

<sup>197</sup> MIR PUIG, Santiago. *Introducción...* Op. Cit. p. 57. *Vid:* FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit., p. 344.

<sup>198</sup> LISZT, Franz Von. *La idea del fin...* Op. Cit. p. 83/90.

<sup>199</sup> Afirma Liszt: “ha de subrayarse el hecho de que la mayor parte de los delincuentes son reincidentes, y de que la mayor parte de los reincidentes son incorregible”. Y sigue este autor: “(...) Es sencillamente absurda la pretensión de corregir a estas personas en celdas de prisión con unos costes elevadísimos. Es algo más que absurdo que al cabo de algunos años se les deje en libertad como animales de rapiña hasta que, después de cometer tres o cuatro nuevos delitos, tengan que ser internados otra vez y tengan que volver a ser «corregidos»”. Expone también que: “(...) La sociedad ha de protegerse frente a los sujetos incorregibles. Sin embargo, si nosotros no queremos decapitar ni ahorcar, y no podemos deportar, únicamente nos queda la cadena perpetua (o, en su caso, por un tiempo indeterminado)”. LISZT, Franz Von. *La idea del fin...* Op. Cit. p. 84 y p. 86.

severa y prolongada”<sup>200</sup>. En estos casos, se propugna que la pena privativa de libertad debería tener siempre la duración mínima de un año y máxima de cinco años. Además, la forma de conseguir tal fin correccional sería a través del trabajo y de la enseñanza<sup>201</sup>. Por último, en el caso de los delincuentes ocasionales, “la pena debe aquí exclusivamente restablecer la autoridad de la ley que se ha infringido. En estos casos, la pena debe ser de intimidación, advertencia hasta cierto punto contundente, «escarmiento» para los instintos egoístas del autor del delito”<sup>202</sup>.

Si Liszt en tierras germánicas difundió estas ideas, en España, los planteamientos de la escuela «correccionalista», a fines del siglo XIX, también fueron de fundamental importancia para diseminar las ideas de prevención especial en este país<sup>203</sup>. Varios juristas califican a los correccionalistas como una Escuela (o corriente) típicamente española<sup>204</sup>. El apogeo de las ideas correccionalistas se sucedió a partir de los planteamientos propagados por Pedro Dorado Montero, que, bajo fuerte influencia de la filosofía del derecho Krausista, también defendió la ubicación del hombre en el centro medular de las vastas preocupaciones de la ciencia penal.

Según la opinión de varios juristas, esta corriente ha conseguido exceder la ideología de las doctrinas positivistas italianas que enfocaban todo su esfuerzo teórico en la dirección de un defensismo exagerado. De acuerdo a las

---

<sup>200</sup> LISZT, Franz Von. La idea del fin... Op. Cit. p. 88.

<sup>201</sup> En estos supuestos, considera Liszt: “(...) La duración de la pena (no expresada en la condena) alcanzaría un mínimo de un año y un máximo de cinco. La pena comenzaría con el aislamiento celular. En caso de que se observara buena conducta, el Consejo de Vigilancia podría acordar, aunque de modo revocable, el paso progresivo a la vida en régimen de comunidad. El trabajo y la enseñanza elemental serían los medios para remover la fuerza de resistencia de su aplicación. Los castigos corporales y las penas disciplinarias estarían absolutamente excluidas (...)”. Y sigue: “(...) En cualquier caso, después de cinco años desde su ingreso tendría que llevarse a efecto la excarcelación, y el excarcelado quedaría otros cinco años bajo vigilancia policial”. LISZT, Franz Von. La idea del fin... Op. Cit. p. 89.

<sup>202</sup> LISZT, Franz Von. La idea del fin... Op. Cit. p. 90.

<sup>203</sup> Importante referencia lo hace Morillas Cueva: “Por último, el correccionalismo español de Giner de los Ríos, Concepción Arenal, Luis Silvela y, fundamentalmente, Dorado Montero asume las ideas preventivo-especiales. Notoria es la tesis transformadora del último de los autores citados en su pretensión de concebir el Derecho penal como un Derecho protector de los criminales”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., p. 29.

<sup>204</sup> Considera Quintero: “Es obligada la referencia a las doctrinas de la prevención especial en España, ya que precisamente esta idea estuvo presente en el pensamiento del único grupo que puede merecer la calificación de corriente o Escuela española: *los correccionalistas*”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 114.

explicaciones de Quintero Olivares “en Dorado convergen la filosofía del Derecho Krausista y la filosofía positivista. Gracias a su influencia Krausista el ideal de humanidad será dominado por el pensamiento positivista radical”<sup>205</sup>. Entre tanto, cabe detallar que, si de una parte, los seguidores de la Escuela de Dorado, así como los positivistas, consideraban que el comportamiento humano era determinista y que el Derecho penal ejercía, efectivamente, como decían los positivistas, un papel preventivo y que la peligrosidad (en detrimento de la culpabilidad) fundamentaba la pena; de otra parte, los planteamientos de Dorado no aceptaban y repelían vehementemente “el autoritarismo defensorista que anidaba el pensamiento de los positivistas italianos”<sup>206</sup>. En definitiva, sobre los argumentos que separaban Dorado de otras vertientes de la prevención especial, inclusive del positivismo italiano, opina Quintero que “no le faltaba razón a Dorado cuando denunciaba que los partidarios de la prevención especial incurrieran en una grave contradicción al defender el determinismo y a la vez concebir la sanción penal como represión y castigo”<sup>207</sup>. En suma, lo que defendía Dorado era que los mecanismos de combate al crimen debían ser únicamente preventivos.

También en Portugal las doctrinas correccionalistas encontraron bastante eco. Según Figueiredo Dias, en la mitad del siglo XIX, varios penalistas portugueses fomentaron la defensa de los razonamientos de la escuela correccionalista. Destaca el autor citado los nombres de juristas como lo de Levy Maria Jordão (1831-1876) y de Ayres de Gouvêa (1828-1916), que adoptaron las proposiciones correccionalistas, consiguiendo, incluso, implementar significativas modificaciones en la legislación penal lusitana<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 114.

<sup>206</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 115.

<sup>207</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 115.

<sup>208</sup> Comente Figueiredo Dias que las tesis de la llamada escuela correccionalista “convergiam na idéia de que todo o homem é, por sua natureza, susceptível de ser corrigido, pelo que a pena deve, antes de tudo, propor-se operar a correção do delinqüente como única (e melhor) forma de evitar que ele, no futuro, continue a cometer crimes. Uma plêiade de penalistas portugueses, entre os quais é de justiça destacar os nomes de Levy Maria Jordão (1831-1876) e de Ayres de Gouvêa (1828-1916) fizeram desta concepção básica o seu estandarte, o qual esteve por sua vez na origem de importantes (e decisivas) inovações — algumas de carácter

Este importante movimiento también encontró, en su momento, significativa interferencia en territorio brasileño.

No obstante, como señala Mir Puig, aunque se reconozca la relevancia de la destacada escuela «*correcionalista*» y, especialmente, se resalte el mérito de los planteamientos de Dorado Montero, esta vertiente de pensamiento “no alcanzó seguidores consecuentes entre los penalistas, que no se atrevieron a concebir el derecho penal como ‘derecho protector de los criminales’”<sup>209</sup>. A fin de cuentas, el sistema de Dorado fue considerado por algunos como una «utopía penal» y por muchos otros como un «ambicioso ideal» “al que deben aspirar la justicia y el Derecho Penal, y, sin duda alguna, el mejor criterio rector del trabajo de los penalistas”<sup>210</sup>.

La doctrina señala que otros movimientos y otros autores también manifestaron importantes planteamientos a favor de los propósitos preventivo-especiales<sup>211</sup>. Se incluye, por poner un ejemplo, a Marc Ancel, en el «Movimiento de Defensa social». Más recientemente, se han destacado otras tendencias, como las doctrinas resocializadoras y la exteriorización de la postura de un grupo de juristas, sobre todo alemanes, que abogan por un «retorno a von Liszt», exactamente, en lo que se refiere a su ideario de prevención especial<sup>212</sup>.

---

pioneiro — da política criminal e do direito penal português”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 53.

<sup>209</sup> MIR PUIG, Santiago. Introducción... Op. Cit. p. 56. Dice Quintero Olivares que Dorado Montero “soñó con un «Derecho protector de los criminales» que fuese un Derecho «sin delito y sin pena»”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 115.

<sup>210</sup> Además, dice también Quintero sobre Dorado: “Autor lleno de humanismo y obsesionado por la consecución de un mundo mejor y más justo, que superara todas las causas de la desigualdad y cabe indicar que en el fondo Dorado deseaba la superación incluso del Estado”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 115.

<sup>211</sup> Comenta Bacigalupo: “A partir de la década de los 60 la prevención especial experimentó una nueva transformación de su fisonomía. Las clasificaciones de delincuentes que habían guiado la definición de los fines preventivo-individuales de la pena fueron abandonadas y dieron paso a conocimientos pedagógicos-sociales mucho más evolucionados. En primer lugar, el fin de la pena se definió de una manera uniforme a través del concepto de *resocialización*. Se procuró dar cabida, en según lugar, a las consideraciones que ponen de manifiesto la *corresponsabilidad de la sociedad* en el delito, abandonando el causalismo antropológico y biológico de la época anterior, cuyo déficit de verificación empírica lo hacía científicamente insostenible. En tercer lugar, se subrayó la *importancia de la ejecución penal basada en la idea de tratamiento*”. BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal...* Op. Cit., pp. 21/22.

<sup>212</sup> Vid, MIR PUIG, Santiago. Introducción... Op. Cit. p. 57.

En tiempos actuales, como se ha advertido, el tema de la resocialización del delincuente ha sido bastante debatido e, incluso, punto de mira de importantes críticas. Es verdad, comenta la doctrina española mayoritaria, que la ideología de la resocialización se encuentra en irreversible situación de declive. Ello porque el análisis de los resultados, obtenidos a partir de la ejecución de algunas instituciones penales, ha sido considerado bastante negativo, permitiendo, con esto, incluso, cuestionar la eficacia de algunas modalidades de pena —sobre todo de la pena privativa de libertad— sobre su aptitud para lograr, efectivamente, la resocialización y total recuperación del autor de un delito.

Dicho esto, es importante añadir un comentario: si por un lado, se puede admitir que la teoría de la resocialización se encuentra en crisis, por otro lado, también debe reconocerse el evidente fracaso de algunas modalidades de pena, como, en particular, la pena de prisión. Lo cierto es que esta pena (la de prisión) no cumple los fines de prevención especial. Al contrario, la ejecución de una pena carcelaria actúa, en el individuo, de forma absolutamente opuesta a lo que pretende este tipo de prevención. De modo que, constatada esta realidad, algunos autores opinan que sería necesario —para que la pena pueda cumplir su fin resocializador (como pretende la teoría de la prevención especial)— optar por la aplicación de medidas alternativas o ejecutar la pena privativa de libertad en centros de tratamientos eliminando, de esta forma, toda la estructura del sistema carcelario. No obstante, aunque deba expresar el más absoluto respeto por esta idea, hay que confesar que, ante la realidad social presente, no se puede todavía prescindir de la pena de prisión. Principalmente porque juega en la sociedad un importante papel preventivo-general (otro fin que también se debe de atribuirle a la pena). Además, como destacan algunos juristas, la idea de eliminar la cárcel, sustituyéndola por centros de tratamiento, “no sería aceptada por la sociedad”<sup>213</sup>. Inclusive, debe subrayarse que una de las más duras críticas que se manifiestan contra las teorías preventivo-especial es que, conforme señala la doctrina de Jescheck-Weigend, la pena “debería ser sustituida por medidas de seguridad

---

<sup>213</sup> Vid, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)—otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 452.

terapéuticas, pues si en la Administración de Justicia penal sólo se tratara de la resocializar al delincuente, la desaprobación ética del hecho inherente a la pena tendría tan poco sentido como la reprobación de una enfermedad”<sup>214</sup>.

Alrededor de toda esta problemática surge, entre tanto, una verdadera conclusión: en muchos supuestos, no se ha podido alcanzar la resocialización del sujeto, porque el Ordenamiento jurídico no dispone de medios instituidos —suficientemente eficaces— para conseguir promover la difícil tarea de reinsertar el delincuente en la malla social.

Así, para que se de continuidad a los proyectos e ideas resocializadoras, es de fundamental importancia que el Estado priorice este tema, destinando todos los recursos necesarios (tanto legales, como materiales y humanos) para su desarrollo<sup>215</sup>, estimulando, principalmente, la creación y la aplicación de medidas alternativas a las penas privativas de libertad. Ello porque si la pena no puede (como es el caso de la de prisión) promover la resocialización del sujeto, tampoco puede servir para desagregar el condenado todavía más de la sociedad, incrementando sus efectos negativos. Sobre este aspecto, debe ponerse de relieve la opinión de Cantarero Bandrés: “Ante la prueba contundente del fracaso de la cárcel como medio de resocialización, debe exigirse por lo menos un límite: que el sujeto no resulte más desocializado de lo que estaba al entrar en ella”<sup>216</sup>.

Algunos autores enmarcan que uno de los factores, que pueden justificar el hundimiento de las ideas exclusivamente resocializadores, reside en la crisis del Estado de bienestar. La ruina del Estado asistencial ha provocado también la decadencia de los planteamientos puramente resocializadores<sup>217</sup>. Esta es,

---

<sup>214</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit., pp. 80/81.

<sup>215</sup> “Continuar y abundar el los esfuerzos resocializadores necesitaría de un importante impulso estatal y social. Pero ambos han quedado, quizás definitivamente postergados, al disminuir los recursos destinados a ello, disminución que es consecuencia de la denominada crisis económica de los países capitalistas. Recuérdese que la decisión de invertir en el desarrollo y perfeccionamiento de la prisión aparece siempre ligada a políticas carcelarias productivas, partiendo de la idea de que el trabajo forzado compensa los gastos. Las condiciones actuales del mercado de trabajo no hacen particularmente interesante la inversión pública en el trabajo carcelario”. CANTARERO BANDRÉS, Rocío. Op. Cit., p. 92.

<sup>216</sup> CANTARERO BANDRÉS, Rocío. Op. Cit., p. 91.

<sup>217</sup> Aduce Bacigalupo: “los tres criterios orientadores de la más moderna concepción de la prevención especial están actualmente sometidos a fuertes discusiones, que provienen tanto del pensamiento más conservador como del más radical. Quienes parten de la

por ejemplo, la opinión de Cantarero Bandrés que aduce que “si la estrategia de la resocialización se correspondía con las tendencias tecnocráticas y eficientistas del Estado de bienestar, es decir, del orden social del capitalismo avanzado, la crisis de ese modelo de Estado ha de implicar la crisis de sus pretensiones resocializadoras en lo penal”<sup>218</sup>.

Hay también otras posturas que indagan acerca de la legitimidad y de la efectiva capacidad del Estado para actuar en la promoción de la reinserción social del delincuente<sup>219</sup>. Sobre este tema, la cuestión central de discusión parece residir en el hecho de que el Estado no puede dictar un modelo de vida para los ciudadanos, sobre todo porque debe tener en cuenta que, en la sociedad, actúan múltiples sistemas culturales, que presentan grandes diferencias en su forma de vivir y de comportarse; por lo tanto, no se puede repentinamente modificar la cultura de un entorno social por la actuación de una pena impuesta, sino por un profundo proceso de reestructuración del contexto social en que están insertos. En muchos casos, también es cierto que

---

corresponsabilidad social en el fenómeno de la delincuencia niegan el derecho de la sociedad a «resocializar» al autor y proponen la «resocialización de la sociedad». Quienes, por el contrario, representan puntos de vista conservadores subrayan el fracaso de la idea de tratamiento y postulan —generalmente con una retórica profundamente individualista— un retorno a las ideas penales clásicas de las teorías absolutas de la pena. De todos modos, es de señalar la frecuencia con que el argumento del fracaso del tratamiento es utilizado también para atacar la idea de resocialización”. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal...* Op. Cit., pp. 35/36.

<sup>218</sup> CANTARERO BANDRÉS, Rocío. Op. Cit., p. 92. Enmarca también Baratta: “En la misma época la crisis del Estado asistencial, que comienza justamente en el momento en que la ideología reeducativa alcanza su punto más alto en el pensamiento penal de todos los países occidentales, disminuye la disponibilidad y los recursos de los gobiernos, necesarios para perseguir la finalidad humanitaria; igualmente se imposibilita una conversión funcional del sistema penal en un sistema de reinserción social de los sujetos condenados. La creciente exigencia de disciplina, unida a un aumento de la población marginada o en posición precaria dentro del mercado de trabajo, la extensión de movimientos de protesta política carentes de canales institucionales y la explosión del fenómeno del terrorismo, acompañan a la comprobación científica del deterioro de la ideología penitenciaria-educativa; en ésta se produce así una profunda crisis en todo el mundo occidental. Posteriormente la ideología penal se reacomoda adoptando una función puramente disuasiva y represiva de la pena, en otras palabras, con una nueva fundamentación neoclásica y retribucionista del sistema penal (M. Pavarini, 1980, 143 ss.; H. J. Otto, 1982)”. BARATTA, Alessandro. Op. Cit., pp.543/544.

<sup>219</sup> Dice López Barja De Quiroga: “En la actualidad, la idea de la resocialización se encuentra en crisis, bien por la falta de confianza en la efectividad real de la propuesta, bien por cuestionar seriamente la legitimidad del estado para resocializar a ninguna persona”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)—otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 448.

la referida desigualdad social es un agente provocador de la criminalidad<sup>220</sup>. De esta manera, cuando se descubre que este es el elemento motivador del delito, el Estado no puede (o por lo menos no debería) devolver al sujeto a la misma realidad social en que antes vivía, tras la ejecución de un penoso (como siempre lo es) tratamiento resocializador (o socializador). Evidentemente la lucha en favor de la resocialización del delincuente es un desafío que trasciende los límites de actuación de la pena y del Derecho penal. Es un tema que reclama la atención de varias ramas del conocimiento y, principalmente, del Estado, para que viabilice las condiciones necesarias, llevando a efecto tal aspiración.

Entre otras críticas que se puede dirigir a los planteamientos preventivo-especiales, la doctrina también destaca que podría provocar en los ciudadanos un sentimiento de impunidad, especialmente, en los casos en que el autor de un delito grave no necesitase, de forma alguna, de ser intimidado ni corregido, tampoco inocuizado. Sobre todo, en aquellos supuestos en que es posible pronosticar que el autor de un determinado delito no volverá, jamás, a practicar posterior conducta ilícita<sup>221</sup>. A título de ilustración podríamos citar un ejemplo usual: el caso de una mujer, que goza de reputación social irreprochable, pero que es víctima de permanente malos tratos por parte de su marido y, por este motivo, decide matar a su violenta pareja, *en el momento en que éste esté durmiendo*. De acuerdo con las informaciones expuestas en este caso, entendemos que la conducta de la mujer, a principio, debe ser rechazada y punida (porque así lo exigen los criterios de prevención general<sup>222</sup>). Sin

---

<sup>220</sup> En esta perspectiva, Cantarero Bandrés considera que “ni se puede pretender que el sujeto asuma un código de valores determinado: el Estado, secularizado desde la Ilustración, no puede decir cuál debe ser el modelo de vida más correcto, para luego imponerlo. Por otra parte, se objeta que sería contradictorio reintegrar a un sujeto en un marco social cuyas desigualdades estructurales han tenido un papel determinante en la generación de la criminalidad: sería volver a colocarlo en circuito criminógenos. Sería contradictorio además, hablar de resocialización de sujetos que nunca estuvieron integrados en la sociedad”. CANTARERO BANDRÉS, Rocío. Op. Cit., pp. 89/90.

<sup>221</sup> MIR PUIG, Santiago. Introducción... Op. Cit. p. 58. En esta misma línea, observando tal problemática, Fragoso también recuerda que “há delinquentes que não carecem de ressocialização alguma, em relação aos quais é possível fazer um seguro prognóstico de não reincidência”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit., p. 345

<sup>222</sup> El hecho de no punir la conducta delictiva de la mujer maltratada, en este caso, podría generar en la consciencia colectiva la comprensión de que el desarrollo de tal tipo de conducta (matar a sus agresores, cuando éstos estén durmiendo, en el caso de violencia de genero) sería jurídicamente aceptable. Sin duda, la aceptación de esta posibilidad promovería la



embargo, si buscásemos analizar tal hecho, bajo exclusivos criterios de prevención especial, tendríamos bastante dificultad para mantener nuestra opinión, puesto que, en el supuesto analizado, se puede perfectamente pronosticar que tal señora no volvería a delinquir en el futuro, tras quitar la vida de su único agresor (el marido). La autora, por lo tanto, parece no necesitar de tratamiento resocializador ni reeducador. Al contrario, de no ser víctima de agresiones habituales por parte de su marido, jamás tal señora —en todo el curso de su vida— vendría a cometer cualquier tipo de delito. Entre tanto, a nuestro juicio, opinamos que si esta acción delictiva no viniera a ser punida, sin duda alguna, se transmitiría a la sociedad la preocupante y equivocada información de que es lícito —a las mujeres maltratadas— desarrollar tal conducta homicida. De modo que se puede afirmar que la prevención especial no puede jamás constituirse en el único y exclusivo fin de la pena.

Sobre esta temática, la doctrina de Figueiredo Dias también apunta que la prevención especial presenta serias dificultades a la vez de analizar los supuestos en que la resocialización se revela innecesaria. Por esta razón, el autor en cita igualmente opina que tal teoría no consigue presentar una solución integral a los problemas alrededor de los fines de la pena<sup>223</sup>. Entre tanto, es oportuno señalar que el citado jurista portugués destaca una importante consideración. Afirma que los casos en que el agente no necesita de resocialización son mucho menos frecuentes de lo que se ha publicado en varias obras. Alega este autor que suele encontrarse en la doctrina, como ejemplo típico de innecesidad de resocialización del sujeto, aquellos casos denominados de delitos de «cuellos blancos». En estos supuestos, generalmente, el delincuente disfruta de considerable *status* social y económico, también goza de respetabilidad y de estabilidad en sus relaciones sociales. Por tanto, algunos consideran que tal sujeto no necesitaría ser socializado (o resocializado). Sin embargo, Figueiredo Dias contradice tal alegación, explicando que el entendimiento del término «socializado» ha sido interpretado de forma deficiente (o equivocada), en total desarmonía con lo que

---

perdida de fuerza del Ordenamiento jurídico y estimularía a que otras personas, víctimas de los repudiables e inaceptables malos tratos domésticos, practicasen el mismo hecho delictivo y exigiesen semejante tratamiento.

<sup>223</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 50

debe ser entendido por «socialización» en materia de fines de la pena. Cuando se comete un crimen económico (v.g. fraude fiscal), el autor de tal conducta revela una falta en su «socialización», en su forma de vida en comunidad, siendo, por tanto, indispensable que la pena actúe de forma preventivo-especial, para evitar que vuelva a repetir, en el futuro, tal conducta<sup>224</sup>.

También es igualmente criticable, en materia de prevención especial, otro aspecto: la consecuencia —que, sobre todo, defiende Von Liszt— de segregar perpetuamente el delincuente irrecuperable. Ello porque la inocuización duradera podría aplicarse incluso a los casos en que la conducta ilícita practicada constituyese mera falta o delito de poca gravedad<sup>225</sup>. Así, la aplicación de una pena de prisión perpetua o por tiempo indeterminado podría ser llevada a cabo, como reacción punitiva estatal, v.g., de *un simple delito de hurto* (o cualquier otro delito). Y para imponer tal exageración de pena sería suficiente entender que se trataba (el autor del delito) de una persona considerada irrecuperable.

Preocupado con tal posibilidad, Fragozo recuerda que la experiencia ha enseñado que los efectos resultantes de la pena indeterminada o perpetua son extremadamente negativos. Además, añade el autor en cita, que parece ilusorio intentar buscar la resocialización y recuperación del sujeto a través de la utilización de las penas privativas de libertad<sup>226</sup>. Si hoy ya se puede

---

<sup>224</sup> En el original, dice Figueiredo Dias: “No entanto, tais casos de desnecessidade de socialização serão muito menos frequentes do que aquilo que uma certa doutrina — aliás difundida — supõe, *maxime*, nos temas de crime económico e, em especial, naqueles que a ciência criminológica chama, na esteira de Sutherland, ‘crimes de colarinho branco’. Ela alega que, ao menos na generalidade dos casos, o ‘colarinho branco’ não se revela carente de socialização, dado precisamente o seu *status* económico-social, a respeitabilidade do seu modo de vida e a estabilidade da sua inserção comunitária. Mas esta alegação deve ser contraditada, por ter na base um deficiente entendimento do que seja a “socialização” que constitui finalidade da pena: também o crime econômico — desvio de subvenções, fraude fiscal, actuações ilícitas sobre o mercado, contrabando, etc. — revela em princípio um defeito de socialização do agente, donde promana para o Estado o dever de pôr à sua disposição os meios de prevenir a reincidência. Sem prejuízo de casos existirem — nomeadamente no que respeita a certos delinquentes *por convicção* (ou, ainda mais claramente, *por decisão de consciência*: infra, 25.º Cap.), *ocasionais* ou puramente *situacionais* — em que será difícil, quando não impossível, divisar fundadamente uma carência de socialização do agente”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., pp. 55/56.

<sup>225</sup> MIR PUIG, Santiago. Introducción... Op. Cit. p. 58.

<sup>226</sup> En su idioma, este autor defiende tal idea de la siguiente forma: “A experiência com a pena indeterminada é negativa. Por outro lado parece ilusório pretender alcançar a recuperação social do delincente através das penas privativas de liberdade”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit., p. 345.

considerar profundamente utópico conseguir la reinserción social del delincuente mediante la aplicación de *las penas privativas de libertad*, mucho más irreal es pretender lograrlo a través de la imposición de una pena privativa de libertad, en su más severa y más decadente modalidad, que es *la pena de prisión perpetua*.

En esta misma línea, apuntan sectores de la doctrina que si se pretende imputar a la pena los fines preventivo-especiales, sin cualquier criterio limitador, ciertamente habría cabida al surgimiento de posturas extremistas, que plantearían la necesidad de imponer un tratamiento a aquellos supuestos en que se pudiese constatar la peligrosidad del sujeto, aunque éste no hubiese cometido algún delito. Estas mismas preocupaciones son reveladas en la obra de Roxin: “incluso se podría considerar un tratamiento (re)socializador, cuando alguien apareciese como sujeto que extraña un grave peligro de criminalidad, sin que se pudiese probar que hubiese cometido ningún delito hasta el momento”<sup>227</sup>. Es decir, bastaría entonces la mera sospecha de que determinado individuo pudiese, a cualquier instante, practicar un delito, *aunque no haya existido la efectiva ejecución de una conducta delictiva*, para que se admitiese la posibilidad de desarrollar un tratamiento previo (en este caso, socializador), con el fin de evitar que este sujeto venga a cometer un delito en el futuro<sup>228</sup>. Como es evidente, tal hecho debe ser observado fuera del ámbito de la aplicación de penas, porque no hay delito consumado o siquiera conducta ilícita desarrollada. En verdad, este tipo de planteamiento, interpretado de modo excesivo y distinto de lo que realmente pretende la prevención especial, debe ser rechazado, porque se intenta prevenir futuros delitos (por la vía penal), anticipándose a la existencia del hecho ilícito y planteando la posibilidad de determinarse una pena, con fundamento exclusivo en una probable peligrosidad criminal del sujeto. Sin duda, la aceptación de esta idea, conforme está expuesta, permitiría instaurar un ambiente de inseguridad jurídica, vulnerando los postulados del Estado social y democrático de Derecho. Así,

---

<sup>227</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 88.

<sup>228</sup> En este sentido, Quintero Olivares destaca que: “(...) El mismo defensismo les llevó a reclamar la necesidad de que la intervención penal no aguardara a la comisión del delito sino que se iniciara tan pronto como se detectaran los síntomas de conducta desviada, cortando el mal de raíz”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo-MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 113.

como se puede observar, la prevención especial es un tema que sólo cabe ser planteado cuando se delimita su campo de actuación. Caso contrario, la libertad del sujeto podrá ser restringida mucho más de lo que es perseguido por el modelo de Estado vigente<sup>229</sup>.

Otro aspecto bastante comentado en relación a la prevención especial es el de la voluntariedad o no de la ejecución de un tratamiento. Lo que indaga la doctrina es si el tratamiento resocializador debe ser impuesto coercitivamente al condenado o le debe ser ofrecido para su aceptación (voluntaria) o rechazo. Las cuestiones alrededor de este tema revelan una importante problemática. Si se considera que el fin de la pena es únicamente preventivo-especial, desestimando las aportaciones preventivo-general (positiva o negativa) y, también, negando las afirmaciones retributivas, entonces, en tal situación, ¿cuál sería la postura del magistrado ante los casos en que el reo no aceptase el tratamiento aplicado? Si se concibe que el sentido de la pena es simplemente la prevención especial, la sanción impuesta por el magistrado perdería su finalidad, toda vez que el condenado rehusase sujetarse a determinado tipo de tratamiento resocializador. Así, desde una óptica puramente preventivo-especial, sería perfectamente posible —incluso atractivo— optar por la imposibilidad del delincuente de esquivar el cumplimiento de las medidas socializadoras, elegidas por el juez, para conseguir alcanzar su resocialización. Por lo tanto, parece que aquellas posturas, que defienden la ejecución inmediata y obligatoria del tratamiento resocializador, se fortalecerían sumamente, si la legislación penal determinase que el fin de la pena fuera, exclusivamente, la reinserción social del condenado.

Incluso, podría parecer incoherente propagar que el único fin de la pena es la prevención-especial y, en el momento de su actuación, dejar en manos

---

<sup>229</sup> *Ibidem supra*. También, MIR PUIG, Santiago. Introducción... Op. Cit. p. 58. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., p. 30. Debe citar también a lo que dicen Muñoz Conde–García Arán: “una idea exagerada de la prevención especial puede hacer del delincuente una especie de «conejillo de Indias», aplicándosele medidas o tratamientos que vayan contra su voluntad o contra su dignidad como persona, como por ejemplo los trabajos forzados o la esterilización o castración, o que pretenden más su «inocuidación», cuando no lisa y llanamente su eliminación o exterminio (*pena de muerte*), o mediatizando la concesión de determinados beneficios, como permisos de salida, libertad condicional, etc.”. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 51.

del condenado la decisión sobre la aceptación o rechazo del tratamiento resocializador ofrecido. Así, la aplicación de un determinado tratamiento no sería, desde este punto de vista, una cuestión de elección del sujeto, sino una imposición necesaria del magistrado puesto que sería el medio más apropiado y oportuno para conseguir la reinserción social del delincuente. Así, se puede aducir que si, en este caso, el reo no viene a aceptar dicho tratamiento, la pena, entonces, siquiera podría intentar alcanzar su fin. Comentando semejante perspectiva, López Barja de Quiroga añade que “la idea resocializadora, aceptable en su perspectiva más simple, se torna peligrosa en cuanto se examina más de cerca su proyección concreta y sus consecuencias. Se trata de una fundamentación que otorga al Estado grandes posibilidades en aras del ideal resocializador, como es la imposición coactiva de unos valores a un grupo social que no los comparte; al tiempo, no resultan nada precisos los límites de la actuación estatal”<sup>230</sup>. No hay duda de que los planteamientos puramente preventivo-especiales, al depender de la interpretación que se confiere, pueden fácilmente entrar en ruta de confrontación con los postulados del Estado social y democrático de Derecho.

A nuestro juicio, entendemos que las críticas dirigidas contra las ideas preventivo-especiales conllevan una importante preocupación: la necesidad de que se establezcan determinados límites a la prevención especial<sup>231</sup>. La verdad es que el fin de la pena no puede residir, exclusivamente, en ella, porque no se puede olvidar que ésta también interfiere, en la sociedad, de forma preventivo-general. Sin embargo, es importante reconocer que la actuación de la pena ha de estar *también* comprometida con el proceso de resocialización del delincuente. Ello porque es un deber del Estado ofrecer —voluntariamente— al condenado todos los medios necesarios para que sea llevada a cabo su resocialización<sup>232</sup>. Y la verdad es que, durante su ejecución, la pena actúa —y

---

<sup>230</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)—otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 453.

<sup>231</sup> Para Mir Puig: “La resocialización sólo puede admitirse si se la somete a estrictos límites que impidan su tendencia expansiva”. MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1994, p.144.

<sup>232</sup> Opina Figueiredo Dias: “(...) E ao que acresce ainda que o Estado tem o dever de auxiliar os membros da comunidade colocados em situação de maior necessidade e carência social, a eles oferecendo — não impondo! — os meios necessários à sua (re)inserção social. De todos estes pontos de vista o pensamento da prevenção individual constitui uma parte componente

debe actuar— sobre la persona del sujeto, incidiendo efectos de reeducación y de reinserción social<sup>233</sup>.

Es interesante considerar que no se puede adoptar, con exclusividad, ningunas de las teorías propuestas. De suerte que, hoy por hoy, puede admitirse que si, por un lado, es inconcebible que la pena sirva tan sólo para retribuir el hecho ilícito, por otro lado, igualmente son insostenibles las tesis puramente preventivo-general o únicamente preventivo-especial<sup>234</sup>. Las posturas que nos parecen más precisas son las teorías relativas que abogan un equilibrio entre la prevención general y la prevención especial. Tan importante es el equilibrio entre una y otra postura que Jakobs considera que “existe al menos la sospecha de que la prevención especial sólo funciona mientras vaya acompañada de efectos secundarios de naturaleza preventivo-general”<sup>235</sup>.

### 3. Teorías Mixtas o eclécticas.

Como resultado de la lucha de las escuelas, surgieron planteamientos eclécticos (o mixtos) que intentaron establecer una relación conciliable entre las

---

irrenunciável das finalidades da pena para a qual se não divisa ainda hoje alternativa”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 54.

<sup>233</sup> López Barja de Quiroga entiende que “los términos resocialización, reeducación y reinserción social son términos perverso, pues con ellos se corre el peligro de una mayor intervención del Estado o de la clase dominante sobre el individuo. Si bien anteriormente el Estado se limitaba a sujetar físicamente a la persona, ahora, con la resocialización, se pretende también una sujeción psíquica para hacerle asumir aquellos valores que la clase dominante asume. En resumidas cuentas, reeducar al delincuente puede ser educarlo en la no transgresión al orden establecido, no por medio, sino porque se le ha enseñado a respetar unos valores específicos y ajenos. Así pues, si en un plano dialéctico pudiera aceptarse este sistema en una sociedad igualitaria, por el contrario, una reeducación obligatoria no es admisible en una sociedad donde existen grandes desigualdades, paro y pobreza. Dado que la mayor parte de los delincuentes son de extracción socialmente pobre, forzarles a sufrir una resocialización no querida por ellos puede llevarnos a una situación injusta y además ineficaz”. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario al título III del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)—otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 448.

<sup>234</sup> Con bastante firmeza, explica Morillas: “todos estos datos críticos, incluida la actual crisis del concepto resocializador a la que más adelante se dedicará un epígrafe, están dirigidos fundamentalmente contra una exclusividad preventivo-especial difícilmente defendible, por lo que no puede oscurecer la importancia de este fin de la pena, necesitado, eso sí, de otros acompañantes que lo hagan compatible con las libertades individuales y con la necesaria seguridad ciudadana”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., p. 31.

<sup>235</sup> JAKOBS, Günther. Ob, Cit. p. 30.

*teorías de la retribución y las teorías relativas* (tanto la prevención general, como la especial)<sup>236</sup>. Así, con la intención de buscar una solución mediadora entre las dos posturas mencionadas, algunos juristas observaron que se podían recoger los rasgos más significativos de cada corriente, ofreciendo así una propuesta mixta entre las vertientes retributivas y relativas<sup>237</sup>. De forma que, según estas teorías, conforme asegura Bacigalupo, la pena será legítima cuando su aplicación es establecida en una medida justa y presenta también un fin de utilidad<sup>238</sup>. Conforme la aclaradora explicación de Jescheck–Weigend, “la disputa entre escuelas trajo consigo una amarga hostilidad literaria hasta los tiempos de la República de Weimar y terminó sólo en 1933, cuando el Estado totalitario con su rápida y autoritaria aplicación del Derecho penal privó de base alguna a ambas direcciones. Sin embargo, ya en el punto álgido de la lucha de escuelas se buscaron puntos de acuerdo para poder satisfacer las necesidades prácticas de la Administración de Justicia penal, siendo el primero en hacerlo *Adolf Merkel* con la relativización de sus aspectos contrarios y resaltando su común denominador”<sup>239</sup>.

Es importantes observar que los partidarios de las teorías eclécticas consideran que *la función del Derecho penal es la de proteger la sociedad*. Este es un punto en que convergen las abundantes posiciones de las teorías mixtas y también es a partir de ahí donde se empieza la construcción de los más diversos tipos de posturas que, las más de las veces, llegan a matices enteramente divergentes<sup>240</sup>. Muñoz Conde–García Arán ponen de relieve una

---

<sup>236</sup> Como bien explica Sáinz Cantero: “Las *teorías unitarias* entienden que el fundamento y esencia de la pena es la retribución, pero afirman que no puede quedarse en eso; ha de cumplir además los fines de prevención general y especial”. SÁINZ CANTERO, José A.. Lecciones de derecho penal... Op. Cit., p. 21.

<sup>237</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., p. 31.

<sup>238</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal...* Op. Cit., p. 22.

<sup>239</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 82. En este sentido, también recuerdan Mapelli Caffarena–Terradillos Basoco que “la lucha de escuelas diera como resultado una dirección ecléctica iniciada por Merkel”. MAPELLI CAFFARENA, Borja–TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª Ed., Madrid, Editorial Civitas, 1996, p. 42. En este sentido, comenta Mir Puig que “la «lucha de escuelas» que tuvo lugar a principios del siglo XX en Alemania dejara paso a una dirección *ecléctica*, iniciada por Merkel, que desde entonces ha venido constituyendo la opinión dominante en aquel país. En el nuestro, ha sido y es éste el planteamiento más generalizado: se entiende que la retribución, la prevención general y la especial son distintos aspectos de un fenómeno complejo como la pena”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 87.

<sup>240</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 88.

verdad manifiesta: “como toda solución de compromiso desemboca en un eclecticismo que, queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie”<sup>241</sup>. Explican los citados autores que tanto la retribución como la prevención son teorías diametralmente opuestas, lo que imposibilita la sumisión de una vertiente a otra<sup>242</sup>. Y, aunque propongan la posibilidad de una coordinación mutua entre las dos perspectivas, aducen que “la retribución mira al pasado, al delito cometido; la prevención, al futuro, a evitar que se vuelva a delinquir. Reconducir ambas visiones de la pena a una unidad es una especie de «cuadratura del círculo» de difícil solución”<sup>243</sup>.

La verdad es que pueden ocurrir ocasiones en las que las teorías legitimantes de la retribución choquen con las de prevención. De forma que, en estos casos, es necesario optar por los planteamientos de una u otra vertiente. Así, cuando ocurren las situaciones en que una de las corrientes debe someterse a la orientación teórica de la otra, viene a la luz el problema y su imposibilidad de conciliación, ya que la esencia de cada una de esas teorías es opuesta e incompatible<sup>244</sup>.

También es extremadamente complicada la tarea de trazar una clasificación precisa que aune las innumerables tendencias eclécticas. Ello porque los rasgos de las vertientes mixtas son de lo más diverso. Un sector de la doctrina, en el que se encuentran Mir Puig, menciona dos grandes direcciones de estas posturas: una conservadora y otra progresista. De un

---

<sup>241</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 49.

<sup>242</sup> Subraya Mapelli Caffarena. “En lo que se conoce comúnmente como individualización judicial o, más correctamente, última fase de la individualización debe jugar un papel relevante los criterios de prevención especial. Una vez valorados los elementos del delito y determinado en función de los mismos en el marco penal, la cuantificación de la pena no puede hacerse en base a los mismos criterios por distintas razones. En primer lugar, porque los criterios relacionados con el injusto y la culpabilidad no pueden situarse al mismo nivel que los preventivo especiales ya que pueden no ser coincidentes. Cuando unos y otros actúan como contrarios, el juez deberá sacrificar unos, en beneficio de los otros. En ese conflicto a falta de mayores precisiones lo único seguro será unas resoluciones fluctuantes y lo más probable es que se consoliden los criterios objetivables frente a los difusos intereses resocializadores del condenado”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. «El insoportable artículo 66 del Código penal», en GARCÍA VALDÉS, Carlos-CUERDA RIEZU, Antonio-MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita-ALCÁCER GUIRAO, Rafael-VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coordinadores). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I, Madrid, Editorial Edisofer, 2008, p. 1162.

<sup>243</sup> *Ibidem supra*.

<sup>244</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal...* Op. Cit. p. 22.



lado, en la visión considerada conservadora<sup>245</sup>, se agrupan las posturas que entienden que la sociedad debe protegerse a través de una pena que retribuya con justicia el hecho delictivo ejecutado. Así, puede notarse que las aportaciones utilitarias ejercen un papel meramente secundario. Es decir, esta corriente planea que el fin utilitario de la pena sólo se manifiesta cuando no se “excede o atenúa la pena justa”<sup>246</sup>.

Desde una perspectiva progresista, otros partidarios de las teorías eclécticas consideran que las legitimantes de utilidad y justicia operan en momentos distintos<sup>247</sup>. De modo que la pena debe promover la protección de la sociedad y se sirve de la retribución para que se fijen los límites de la pena, para que el Estado no reaccione de forma que exceda a lo que realmente merece el sujeto por haber desarrollado una conducta ilícita<sup>248</sup>. A respecto de esta postura, revela Bacigalupo que “la utilidad es el fundamento de la pena y, por lo tanto, sólo es legítima la pena que opere preventivamente. Pero la utilidad está sujeta a un límite: por consiguiente, sólo es legítima mientras no supere el límite de la pena justa”<sup>249</sup>. Ésta posición fue firmemente defendida en la construcción del Proyecto Alternativo alemán que fue elaborado con la participación de destacados juristas que se contraponían al contenido del Proyecto ministerial de 1962<sup>250</sup>.

Sin embargo, algunos autores denuncian el excesivo simplismo de la forma de clasificar las teorías eclécticas, cuando se tiene en cuenta, exclusivamente, como punto de observación la identificación de los planteamientos con posturas más conservadoras o más progresistas. Hay

---

<sup>245</sup> En este hilo, dice Mir Puig: “Ésta constituye una posición «conservadora», representada por el Proyecto ministerial alemán de 1962”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 88.

<sup>246</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal...* Op. Cit. pp. 22/23.

<sup>247</sup> Destaca Mapelli Caffarena: “Injusto y culpabilidad deben presentar una unidad valorativa independiente, de la misma manera que lo deben de hacer las necesidades preventivas”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. «El insostenible artículo 66 del Código penal», en GARCÍA VALDÉS, Carlos–CUERDA RIEZU, Antonio–MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita–ALCÁCER GUIRAO, Rafael–VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coordinadores). Op. Cit., p. 1162.

<sup>248</sup> Además, añade a ello Mir Puig que “a diferencia de la primera posición, ésta permitiría disminuir o incluso prescindir de la pena *por debajo* de lo que exigiría la retribución”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 88.

<sup>249</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal...* Op. Cit. 23.

<sup>250</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 88.

autores que afirma con rotundidad que se debe ofrecer un criterio todavía más amplio de clasificación. En este sentido, como bien señala Morillas Cueva, es “preciso, si se quiere establecer un criterio clasificatorio, que éste sea lo suficientemente amplio para aceptar las diversas posibilidades sin un encorsetamiento excesivamente rígido. De igual manera las críticas, realizadas frecuentemente de una manera general, no deben ir dirigidas contra la abstracción sistemática que supone el concepto de las teorías eclécticas, sino sobre ellas en particular”<sup>251</sup>.

Por tanto, adoptando una forma más amplia que posibilite agrupar mejor las diversas variantes de las teorías mixtas, Morillas Cueva, por ejemplo, las clasifica de acuerdo con la proximidad de sus aportaciones con las teorías retribucionistas o preventivistas<sup>252</sup>. Destaca el autor en cita que las teorías mixtas, en su vertiente construida de modo más cercano a la retribución, han sido aportadas en España, por juristas destacados: Quintano Ripolléz, “Rodríguez Devesa, Rodríguez Mourullo, Casabó Ruiz, Sainz Cantero, Landrove Díaz, Cuello Calón y Barbero Santos. En Alemania, por Welzel, Maurach y Jescheck”<sup>253</sup>. Y de forma más próxima de la prevención menciona, en España, entre varios otros, a Cerezo Mir y, en Alemania, Schmidhäuser y Roxin.

Aunque las diversas aportaciones de los distintos juristas referidos en el párrafo anterior hayan sido consideradas de inmenso valor científico para la literatura jurídica, debe subrayarse que la teoría de la diferenciación, elaborada por Schmidhäuser, y la teoría de la dialéctica de la unión formulada por Roxin requieren una especial referencia.

La primera, la teoría de la diferenciación de Schmidhäuser, conforme explica Mir Puig, “parte de la distinción entre teoría de la pena en general y sentido de pena para los distintos sujetos intervinientes en la vida de la pena. A su vez la teoría de la pena en general comprende dos aspectos: la finalidad (o

---

<sup>251</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., p. 32.

<sup>252</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., pp. 32/33.

<sup>253</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., p. 32. Según Jescheck–Weigend, por ejemplo, consideran que “la teoría unitaria está caracterizada, según ello, por un concepto de pena pluridimensional que se orienta al pensamiento de la retribución aunque sin ceñirse sólo a ella”. JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 81.

función) de la pena y el sentido de la misma”<sup>254</sup>. De forma que Schmidhäuser concibe que la finalidad de la pena (en general) es la prevención, entendiendo que la prevención se debe ajustar a la realidad, es decir, que sea un instrumento que verdaderamente reduzca la práctica delictiva a límites en que la convivencia humana sea posible. Así la pena es una necesidad para que sea posible la convivencia social<sup>255</sup>.

De acuerdo con los planteamientos de esta teoría, la pena tiene un sentido que va dirigido directamente a cada uno de los sujetos e instituciones que integran el proceso de surgimiento, definición y ejecución de la pena<sup>256</sup>. Y son varios los protagonistas que intervienen en las distintas fases: el legislador, los órganos que tienen la competencia de perseguir el delito, el juez, los funcionarios de prisiones y la sociedad. En el primero caso, para el legislador, como apunta Mir Puig, la pena tendría el sentido de proteger a todos los ciudadanos, pero a la hora de establecer la condena tendría en cuenta los criterios de justicia; en el segundo, para los órganos persecutores del hecho ilícito, el sentido de la pena sería el de buscar aclaraciones e informaciones sobre el delito, presentando su autor a los tribunales; en el tercero, el Juez debería imponer una pena justa y, dentro de los límites de justicia, promover la prevención especial; en la cuarta situación, los funcionarios del sistema penitenciario deberían contribuir al máximo para que el penado consiga ser resocializado (prevención especial). Por último, tras el cumplimiento de la pena, cabría a la sociedad reconciliarse con el condenado, aceptándole y facilitando su reintegración social<sup>257</sup>.

A diferencia de Schmidhäuser, Roxin, en su Teoría Dialéctica de la Unión, posiciona el estado sucesivo de manifestación de la pena en tan sólo tres momentos distintos: la conminación, la mediación y la ejecución penal<sup>258</sup>. En la primera fase, en la conminación penal, Roxin estima que, en este

---

<sup>254</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 89.

<sup>255</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 89.

<sup>256</sup> «La vida de la pena», como suelen decir varios juristas.

<sup>257</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit. pp. 89/90.

<sup>258</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., p. 32.

instante, su fin “es de pura prevención general”<sup>259</sup>. Ello porque, esta etapa consiste en la existencia de un precepto legal y, consecuentemente, en una amenaza de pena todavía en abstracto que deberá ser aplicada en los casos en que el sujeto realice un hecho tutelado penalmente. Así, la función que la pena asume, en este momento, es la de proteger los bienes jurídicos y las «prestaciones públicas imprescindibles»<sup>260</sup>. De forma que para ejercer dicha función, comenta Mir Puig, la ley penal tiene de estar orientada hacia la colectividad. Siendo así, debe entenderse que la pena, en este momento, actúa de forma preventiva general<sup>261</sup>. Es importante añadir lo que comenta Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, en su obra *Finalidades da Pena*, que, en el instante de la conminación, según los planteamientos de Roxin, la prevención general va más allá de la mera intimidación o amenaza, pues alcanza también a los ciudadanos que no necesitan ser intimidados, informándoles sobre los contornos de la conducta prohibida, preservando, así, el Ordenamiento jurídico a través del fortalecimiento de la consciencia jurídica de los ciudadanos y del respeto al principio de la legalidad<sup>262</sup>.

La segunda fase consiste en la aplicación de la pena. Plantea la Dialéctica de la Unión que esta etapa complementa la primera, porque perfecciona la prevención general al concretar la amenaza de la ley, definiendo una pena para la situación delictiva concreta. Es decir, al vulnerar una regla de conducta prohibitiva, previamente existente, debe al juez aplicar la pena. Ello porque, si el Estado no viene a imponer una pena tras la consumación de un delito —conforme plantea Feuerbach y reproduce Junqueira— la efectividad de la comunicación de amenaza de pena sería claramente inútil. Sería, pues, incapaz de hacer repercutir en la sociedad el efecto preventivo-general en el momento de la conminación (primera fase de la vida de la pena)<sup>263</sup>.

---

<sup>259</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 97. Aclara Mir Puig que, para Roxin, “la función de la pena es en el momento legislativo la *protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles*, protección que sólo podrá buscarse a través de la *prevención general* de los hechos que atenten contra tales bienes o prestaciones”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 90

<sup>260</sup> Vid, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., p. 34.

<sup>261</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 90.

<sup>262</sup> JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Op. Cit., pp. 104/105

<sup>263</sup> JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Op. Cit., p. 104

Con ocasión de la aplicación de la pena, Roxin propone observar una importante limitación a la prevención general, que es la medida de la culpabilidad del autor. De forma que el respeto a los parámetros de la culpabilidad busca, sobre todo, evitar que la pena sea impuesta en medida superior a los contornos de la culpa del autor. Sobre este aspecto, es clara la postura de Morillas Cueva que explica: “Punto de referencia, en esta línea, es Roxin para el que la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita su magnitud por la medida de la culpabilidad”<sup>264</sup>.

Conviene decir que este elemento limitador (la medida de la culpabilidad) es un componente integrante de la teoría de la retribución. Pero, aún así, Roxin considera que se trata de un elemento decisivo para la formación de las teorías mixtas que asientan sus bases teóricas en la perspectiva preventiva<sup>265</sup>. Ello porque, de acuerdo con lo que defiende Roxin, la pena no puede ser establecida en una medida que supere la extensión exacta de la culpabilidad del autor del hecho delictivo, aunque sea así aconsejable desde la perspectiva de prevención general o especial<sup>266</sup>. Explican algunos autores que la inobservancia de tal regla resulta en la vulneración de la dignidad del hombre. Respecto de este tema es importante destacar las palabras de Roxin sobre la relevancia de la culpabilidad como límite de imposición de la pena. Dice el jurista alemán que “la intervención coercitiva estatal se quiebra en un caso así ante el interés de libertad del procesado, que debe someterse a las exigencias de Estado, pero no al arbitrio de éste, sino sólo en el marco de la culpabilidad del sujeto”<sup>267</sup>.

Sin embargo, si por un lado Roxin considera que la medida de la culpabilidad es elemento esencial, en el momento de observar el tope máximo de la pena; por otro lado, este autor proclama que nada debe impedir que una pena sea aplicada en parámetro inferior a la medida de la culpabilidad, para que siga una orientación preventiva. Es decir, no hay ningún problema que el Juez, en el momento de la aplicación de la pena, atendiendo a una orientación

---

<sup>264</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 101

<sup>265</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 99

<sup>266</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., pp. 99/100.

<sup>267</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 100.

preventiva, asigne la pena en una medida que puede ser considerada como inferior al marco de la culpabilidad del autor del delito<sup>268</sup>.

En la tercera y última etapa, en la ejecución de la pena, la prevención especial debe ser observada de forma prioritaria<sup>269</sup>. Así lo pone de relieve Roxin: “en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial, como también pone de manifiesto el § 2 StVollzG, que sólo menciona la (re)socialización como ‘fin de la ejecución’”<sup>270</sup>.

Realizadas esta brevísima consideración sobre lo que propone Roxin, cabe decir, de forma también resumida, que las teorías mixtas dialécticas intentan, conforme señala Lesch, aunar los rasgos más importantes o «acertados» (como dice el autor en cita) de las distintas teorías de la pena intentando, así, eliminar los fallos de cada uno de los planteamientos teóricos específicos sobre el fin de la pena, para ofrecer una perspectiva más amplia (conciliatoria), que se obtiene mediante la combinación y complementación de los aspectos considerados más «acertados» y convincentes de las posturas retributivas y preventivas<sup>271</sup>.

Si destacamos resumidamente en el párrafo anterior la postura dialéctica, conviene también mencionar otro grupo, dentro del género de las teorías mixtas, denominado de *teorías de la unión adictivas*, que “en Alemania se encuentran representadas especialmente por el Tribunal Constitucional”<sup>272</sup>, conforme lo que afirma Lesch. Para este segmento de la opinión, se mezclan a una sola vez la retribución con base en la medida de la culpabilidad, así como la compensación por el injusto practicado, como también la expiación, la

---

<sup>268</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 101. También, Explicando este aspecto de la teoría dialéctica de la unión, comenta Morillas Cueva que “semejante teoría unificadora preventiva es intensamente seguida dentro de la doctrina penal actual”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 101.

<sup>269</sup> En la postura de Muñoz Conde–García Arán, “durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de libertad, la idea de *prevención especial*, porque lo que en ese estadio debe proseguirse es la reeducación y socialización del delincuente o, por lo menos, su aseguramiento”. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 50.

<sup>270</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 97.

<sup>271</sup> LESCH, Heiko H.. Op. Cit. p. 41.

<sup>272</sup> LESCH, Heiko H.. Op. Cit. p. 41.

prevención general y la resocialización del delincuente<sup>273</sup>. Es decir, los planteamientos de estas teorías posibilitan que el Estado pueda disponer de un inmenso (e incoherente) abanico de posibilidades de aplicar la pena que, en verdad, son incompatibles, lo que torna inconsistente la postura propuesta por esta vertiente de pensamiento.

Muchos autores consideran que el intento de sugerir soluciones mediadoras (eclécticas), como es el caso de las teorías adictivas, puede conducir a la arbitrariedad del Derecho. Ello porque el hecho de considerar que la pena cumple función retributiva, pero también preventiva (general y especial) es, conforme denuncian Zaffaroni–Alagia–Slokar “mucho más autoritaria que cualquiera de las teorías puras, pues suman las objeciones de todas las que pretenden combinar y permiten elegir la peor decisión en cada caso<sup>274</sup>”. Así, según la crítica, tal teoría puede favorecer a la creación de un ambiente de inseguridad jurídica y de arbitrariedad. De manera que, al depender de la forma en que los criterios ofrecidos por tales teorías eclécticas sean manejados, la pena podrá ser aplicada en la medida de lo que conviene al Estado que lo aplique. Es decir, en la práctica, tales teorías permiten al juzgador que confiera a la norma la interpretación que entienda necesaria para que justifique la fijación de la pena según sus intereses. Así, cuando lo entienda conveniente el juez podrá, en determinado momento, fijar una pena, con base en los criterios de retribución; y en otro instante, podrá justificar su aplicación, ante semejante caso, por razones preventivas, sea especial o general, conforme le convenga. De forma que el poder decisorio del Estado se amplía inconmensurablemente, lo que puede provocar un ambiente de inseguridad jurídica: nadie sabrá si la pena que se le será aplicada se impondrá por razones de retribución o de prevención. En esta línea, los citados autores exponen que “semejante equivocidad discursiva conduce a la arbitrariedad, desde que importa proponerles a los operadores judiciales que tomen la decisión que les pluguiera y luego la racionalicen con la teoría de función manifiesta que se adecue mejor a ella. De esta manera es posible imponer en cualquier caso el máximo o el

---

<sup>273</sup> LESCH, Heiko H.. Op. Cit. p. 41.

<sup>274</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl–ALAGIA, Alejandro–SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires, Editorial EDIAR, 2000, p. 68.

mínimo de la escala penal, pues si no es adecuada para la racionalización de la pena que se pretende imponer —y que ya se ha decidido— la culpabilidad de acto, puede apelarse a la de autor o a la peligrosidad, si no es útil la prevención especial puede acudir a la general etc.<sup>275</sup>”.

Al concluir esta corta exposición sobre los distintos aspectos de las posturas mixtas o eclécticas, conviene añadir que, aunque dichas teorías, como recuerda Fragoso, sean dominantes en la doctrina de varios países y estén consolidadas en distintos Ordenamientos jurídicos<sup>276</sup>, aún así, deben ser rechazadas porque son ineficientes<sup>277</sup> y se constituyen a partir de la combinación de criterios contradictorios y inconciliables.

La principal crítica que se dirige —y debe dirigirse— a las teorías mixtas tiene como punto central el relevante cuestionamiento acerca de la incoherencia y de la incompatibilidad presentes en los planteamientos defendidos por estas teorías, porque intentan forzosamente aunar dos concepciones muy distintas. Mejor dicho, evidentemente antagónicas, como son, de una lado, las corrientes ideológicas que apuntan el carácter utilitario de la pena y, de otro, la que indica su carácter retributivo. Así, de acuerdo con lo que dice Lesch, citando incluso algunos de los planteamientos de Hassemer, “las teorías de la unión sólo pueden entenderse como meras propuestas que no pueden ser fundamentadas de una forma convincente”<sup>278</sup>.

Además, es importante añadir que presentan tantos matices que se puede fácilmente percibir las distintas tendencias entre sí. De manera que, en verdad, sería necesario, antes de todo, fijar criterios posibles —amplios, “sin un

---

<sup>275</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl—ALAGIA, Alejandro—SLOKAR, Alejandro. Op. Cit. P.68. En este hilo, Junqueira considera que “o ordenamento será interpretado na conformidade com o que interessar ao poder estatal, que, destarte, não estará preso aos ditames legais (pois pode contorcê-los da forma que lhe convém). JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Op. Cit., p. 115.

<sup>276</sup> “(...) tampoco es atendible el argumento de que, en el supuesto de no acceder a la suspensión de la pena, se frustrarían los fines de prevención y reinserción social del penado, pues no es éste el único fin de la pena, sino también lo son el fin retributivo (...)”. AAP Murcia (Sección 3ª), de 2 julio 2008. [JUR 2008\345568].

<sup>277</sup> Dice Fragoso: “As teorias unitárias combinam as teorias absolutas e as relativas. (...) As concepções unitárias são dominantes na doutrina do direito penal. São, no entanto, por igual, insatisfatórias”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit., p. 345.

<sup>278</sup> LESCH, Heiko H... Op. Cit. p. 42.



encorsetamiento excesivamente rígido”<sup>279</sup>, conforme aclara Morillas Cueva— para que sea posible, como primer paso, clasificar y mejor agrupar las diversas variantes de las posturas mixtas. Es difícil encontrar, dentro de ellas, una homogeneidad, incluso, en los distintos planteamientos de cada una de las clasificaciones que son actualmente propuestas. De manera que el único camino sería encontrando criterios más amplios, como ya lo hemos referido.

Aún así, contemplando los rasgos de los posicionamientos eclécticos, cabe decir que nos parece bastante interesante aquella dirección que defiende que la pena debe orientarse prioritariamente hacia la prevención (general y especial), asignando a la retribución la función de limitar, en su tope máximo, la medida de la pena, evitando, de este modo, que se aplique una pena que atente contra la dignidad del hombre. Sin embargo, aunque se reconozca todo el esfuerzo teórico de los distintos juristas que han contribuido para la estructuración de esta línea de pensamiento, capitaneados sobre todo por la incontestable y densa cultura jurídica de Roxin, nos parece que para alcanzar tal desiderátum es innecesario hacer uso de los criterios retributivos. Por tanto, lleva razón Morillas Cueva cuando explica que se puede llegar a este punto “con la aplicación efectiva de los principios básicos garantistas que han de fundamentar el sistema de penas en el Estado social y democrático de Derecho, e incluso con la propia dialéctica entre prevención general y prevención especial”<sup>280</sup>. Compartimos enteramente tal postura porque, cuando se observa los principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho se torna imposible que la pena sea fijada en una medida que ataque la dignidad humana o que venga a instaurar el terror estatal. Además, la propia relación de enfrentamiento entre las exigencias de prevención general y la prevención especial, conforme ya se ha mencionado, se manifiesta también como un importante instrumento para obstar la aplicación de una pena exagerada.

---

<sup>279</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 99.

<sup>280</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 98.

#### 4. Toma de posición.

Así, desde nuestro punto de vista, nos adherimos a la postura que enfoca el fin de la pena en la prevención general y especial. La naturaleza de las penas es enteramente preventiva<sup>281</sup>. De forma que, la vertiente teórica retributiva debe ser, en su totalidad, rechazada. Resistimos, inclusive, en aceptar, aunque de forma secundaria a la prevención, los planteamientos de las teorías retribucionistas. La pena, conforme la concebimos, debe cumplir su clara y manifiesta misión preventiva tanto en su vertiente general positiva integradora, como en la perspectiva especial. Nos identificamos, por tanto, con la postura planteada, por ejemplo, por Morillas Cueva. Este autor parte de dos premisas básicas, conforme explica: “a) renuncia a toda retribución, no la planteo ni en el supuesto de acompañamiento secundario junto a la prevención; b) los fines a perseguir por las penas serán puramente preventivos, tanto preventivo-general como preventivo-especial”<sup>282</sup>.

Nos parece bastante convincente la manifestación de este sector de la doctrina principalmente porque no existe absolutamente ningún factor impeditivo en la conexión de estas dos especies de teorías relativas. La prevención general y la prevención especial pueden coexistir y enlazarse perfectamente, porque se orientan hacia un mismo propósito, que es la prevención de delitos futuros<sup>283</sup>. De esta manera, tal posicionamiento se ajusta a la función propia del Derecho penal, que es la tutela de los bienes jurídicos<sup>284</sup>.

Además, es necesario destacar que no admitimos los planteamientos mixtos —conjugando aspectos de las corrientes retribucionistas con los postulados prevencionistas— porque creemos, ante todo, que las teorías de la retribución y de la prevención parten de origen muy distinto, lo que dificulta,

---

<sup>281</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 75.

<sup>282</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 103.

<sup>283</sup> Vid, también, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 76.

<sup>284</sup> Considera Figueiredo Dias: “Tal como se viu suceder com o pensamento da prevenção geral, ele revela desde logo uma particular sintonia com a função do direito penal como direito de tutela subsidiária de bens jurídicos; pois não é outra coisa que se pretende senão aquela tutela quando com a pena se visa actuar sobre o delinqüente no sentido da prevenção da reincidência”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 54.

mejor dicho, lo que verdaderamente impide atar armónicamente ambas teorías<sup>285</sup>. Así, se vuelve insostenible, incoherente e inaceptable la defensa de una postura mixta entre retribución y prevención<sup>286</sup>. Ello porque, como se ha dicho en el curso de esta investigación, la retribución se manifiesta en sentido retrospectivo (el crimen realizado) y la prevención en una dirección prospectiva (evitar futuros delitos). Por tanto, la pena, en conformidad con nuestro modesto punto de vista, debe constituirse en un importante instrumento de política criminal que actúa, exclusivamente, con el fin de prevenir futuros delitos y jamás con el propósito de retribuir el mal causado por un delito consumado. Así, la pena deberá cumplir su misión preventiva tanto general como especial.

Entre tanto, es necesario añadir una importante consideración: en lo que concierne a la prevención general, conforme ya hemos revelado durante este estudio, entendemos que los efectos de tal prevención actúan positivamente en la sociedad. Es decir, la pena se dirige a la generalidad de los ciudadanos, promoviendo y reafirmando el juicio de reprobación social de la conducta delictiva. De modo que, la pena fortalece la confianza en el derecho, diseminando efectos de aprendizaje pedagógico-social. Por tanto, aunque creemos que la pena provoca, también, la intimación a la colectividad, este efecto debe ser relegado a un plano secundario, puesto que no se constituye —ni puede constituirse— en un fin autónomo de la pena<sup>287</sup>.

---

<sup>285</sup> Señalan Jescheck–Weigend que la teoría unitaria está impregnada “por el espíritu liberal de la primera mitad del siglo XIX, el RStGB de 1871 enlazó las ideas retribucionistas de Kant y Hegel con la teoría de la prevención general de Feuerbach”. JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 83. Opina Lesch: “En especial, no se resuelven satisfactoriamente las contradicciones entre los fines de la pena preventivos y el principio de culpabilidad: El punto de retrospectivo de la compensación de la culpabilidad y el prospectivo de la prevención se encuentran absolutamente desligados e incompatibles”. LESCH, Heiko H.. Op. Cit. p. 42.

<sup>286</sup> A la ahora de adoptar una postura firme, en favor de alguna orientación doctrinal, como lo que pretendemos hacer, parece ser inevitable destacar el estímulo de las palabras de Ricardo Vital de Almeida: “Na geografia democrática, o bom é que tudo se pode dizer, porém num tudo se deve fazer, e quando parcela se dispõe a fazer, nem todos devem ceder, sem o direito de pensar, discordar, e até rebelar-se, em nome do que se mostra mais justo, ou inteiramente justo, constitucionalmente recepcionado (...)”. VITAL DE ALMEIDA, Ricardo. *O Júri no Brasil - Aspectos constitucionais - soberania e democracia social - `equivocos propositais e verdades contestáveis`*. São Paulo, Editorial EDIJUR, 2005, p. 226.

<sup>287</sup> En este sentido, Figueiredo Dias considera: “A intimidação da generalidade, sendo sem dúvida um efeito a considerar — e seria hipocrisia desconhecê-lo ou ocultá-lo — dentro da moldura de prevenção geral positiva, não constitui todavia por si mesma uma finalidade autónoma da pena, apenas podendo surgir como um efeito lateral (por ventura, em certos ou

No cabe duda de que es imprescindible que se fijen determinados límites a la prevención general. Así, para nosotros, la prevención general positiva debe ser planteada, con apoyo en los sólidos fundamentos de las posturas garantistas (o limitadoras). Ello porque, es indispensable la ingerencia de los principios garantistas del Estado social y democrático de Derecho, en el ámbito de actuación del *ius puniendi*. Por este motivo, ha de invocarse el papel de garantía que ejerce la culpabilidad, como un principio esencial e inherente del citado modelo de Estado, así como también es necesario observar el principio de proporcionalidad, de intervención mínima, de humanidad, etc. Según, Schünemann: “el abandono del Derecho penal retributivo no implica de por sí, en absoluto, el abandono de la noción de culpabilidad”<sup>288</sup>. Y sigue el autor en cita: “la abolición del derecho penal de retribución de la culpabilidad no debe detenerse ante la *medición de la pena*, de modo que en lugar de una pena por la culpabilidad, concebida en el sentido de la teoría del espacio de juego, ha de aparecer una pena preventiva, orientada a la medida de la amenaza del delito para la sociedad y, por tanto, garantizadora del principio de igualdad, en la que la culpabilidad sólo mantiene su significado como principio de limitación de la pena”<sup>289</sup>. Cabe repetir que este principio de culpabilidad es inherente a la propia estructura del Estado social y democrático de Derecho, de modo que puede abandonarse por completo los planteamientos retribucionistas.

Por tanto, sobre la culpabilidad, debe subrayarse que tal principio actúa, en el sistema de penas, como un instrumento limitador de los contornos máximos de la respuesta punitiva, o sea, demarcando su magnitud. Así se evitan los excesos que pueden (o podrían), en determinadas situaciones, ocurrir al proponerse la prevención general, sin establecer cualquier freno a su campo de acción. De modo que es a través de la presencia de dicho principio, que la sanción penal no puede ser establecida en parámetro superior a la medida de lo que realmente merece el condenado<sup>290</sup>. Por tanto, compartimos la

---

em muitos casos desejável) da necessidade de tutela dos bens jurídicos”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 78.

<sup>288</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid, Ed. Tecnos, 1991, p. 178.

<sup>289</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Op. Cit., p. 178.

<sup>290</sup> Es importante observar aclaración de Figueiredo Dias: “Em primeiro lugar, este critério permite que à sua luz se encontre uma pena (não uma pena exacta, mas em todo o caso um

idea de que no se puede fijar una pena, desmesuradamente, de manera que rompa el límite determinado por exigencia del principio de culpabilidad. No obstante, cabe destacar que cuando los fines de prevención demanden que la pena sea impuesta en dimensión inferior a lo que requiere la culpabilidad, creemos que, en estos casos, debe prevalecer la orientación preventiva. Es decir, el magistrado puede e, incluso debe, asignar una condena, *cuando la ley así lo permita*, en una medida inferior a lo que reclama la culpabilidad, *cuando se trate de una exigencia fundada en razones preventivas*. Con este razonamiento, se puede permitir no sólo la disminución de la duración de la pena, sino también su sustitución o suspensión, siempre que haya una fuerte demanda de orden preventiva<sup>291</sup>. Así, se torna relevante la existencia de mecanismos como la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad —centro medular de este estudio— que es una expresión manifiesta de los fines preventivos de la pena.

También nos parecen bastante sensatos los planteamientos de Figueiredo Dias sobre este tema. Considera que la prevención general esboza un marco, que se trata exactamente de una medida en que la pena puede ejercer la función de protección de los bienes jurídico. Sin embargo, la prevención general (positiva garantista) sólo puede ser propuesta como una medida que se establece en abstracto. Es decir, se determina un espacio de actuación preventivo-general de la pena, delimitado tanto por un tope máximo como mínimo. La «medida óptima» de la prevención general, conforme este autor, está ubicada en su límite máximo, pero, por abajo de tal medida, hay una extensión, que se despliega desde esta «medida óptima» hasta un

---

espaço ou uma moldura punitivos) que, em princípio, se revelará também uma pena *justa e adequada à culpa* do delinqüente. Em segundo lugar, já ficou dito que a medida concreta da pena a aplicar a um delinqüente, sendo embora fruto de considerações de prevenção geral positiva, deve ter *limites* inultrapassáveis ditados pela culpa, que se inscrevem na vertente liberal do Estado de Direito e se erguem justamente em nome da inviolável dignidade pessoal. Deste ponto de vista, a doutrina da prevenção geral oferece um entendimento racional e político-criminalmente fundado ao problema dos fins das penas; e também um entendimento susceptível de se fazer frutificar para soluções de muitos e complexos problemas dogmáticos". FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 51.

<sup>291</sup> Sobre este tema, entiende Morillas Cueva que: "La culpabilidad juega un notable papel de garantía: cuando la pena adecuada a la culpabilidad entre en conflicto con los fines preventivos de la pena, el límite superior será invariable, mientras que el límite inferior puede ceder en disminución e incluso en sustitución de la pena si los fines preventivos así lo demandan, con la única limitación de que las causas de disminución o sustitución vengán legalmente establecidas por la ley". MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 103.

determinado punto mínimo. Pues bien, dentro de todo este intervalo, la pena ejerce la defensa de los bienes jurídicos de forma eficiente<sup>292</sup>. Por tanto, la prevención general positiva no determina el *quantum* exacto de la pena a aplicarse, sino que define todo el contorno dentro del cual puede moverse el magistrado<sup>293</sup>.

Considerando los planteamientos insertos en el párrafo anterior, conviene señalar que la prevención especial actúa (y debe actuar) dentro de los contornos diseñados por la prevención general positiva. Y así, las cuestiones atinentes a la prevención especial *pueden interferir* en el momento de la aplicación de la pena y *deben interferir* durante su ejecución. En este último momento, entendemos que se exige la actuación de la prevención especial, principalmente porque, a nuestro entender, se tiene que ofrecer al condenado todos los instrumentos necesarios para la consumación de su (re)inserción social.

Observando la división tripartita de la «vida de la pena», como así menciona la doctrina, *consistente en la conminación legal, en la aplicación y en la ejecución de la pena*, opinamos que ésta debe ser planteada de la siguiente manera: en la primera fase, la de conminación legal, la amenaza de pena<sup>294</sup> ejerce claro efecto preventivo-general, a la vez que la respuesta punitiva viene definida abstractamente en la norma y se dirige a la totalidad de los ciudadanos

---

<sup>292</sup> Resume Figueiredo Dias: “A teoria penal aqui defendida pode assim resumir-se do modo seguinte: (1) Toda a pena serve finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial; (2) A pena concreta é limitada, o seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa; (3) Dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto ótimo (*sic*) de tutela dos bens jurídicos; (4) Dentro desta moldura de prevenção geral de integração a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa, de intimidação ou de segurança individuais”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 81.

<sup>293</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 77.

<sup>294</sup> Sobre este aspecto, la obra de Fragoso enmarca que algunas posturas critican duramente la visión defendida en este y en muchos estudios sobre la vida de la pena. Argumentan algunas corrientes que “o esquema da cominação, imposição e execução da pena sofre o impacto criminológico de extensas pesquisas realizadas sobre o funcionamento do sistema, revelando que ele se baseia em algumas ficções. Assim, não está demonstrada a eficácia daquela suposta coação psicológica no momento da ameaça. Ou seja: não se demonstra que a cominação da pena e o mecanismo da tutela penal efetivamente atuem afastando os homens do delito. Não está demonstrada também que a punição efetivamente imposta a um transgressor tenha qualquer efeito sobre os transgressores em potencial”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit., pp. 347/348.

(sus destinatarios), esperando que éstos se abstengan de practicar las conductas prohibidas por la ley penal. Además, cabe asegurar que, al fijar una norma, el legislador busca reforzar, en la consciencia colectiva, la importancia y el valor que poseen ciertos bienes jurídicos, y así los tutelan para que sea posible la convivencia pacífica en la sociedad<sup>295</sup>. De esta forma, en este primer momento, en la conminación legal, el fundamento y justificación de la pena residen, como apunta Morillas Cueva, “en la necesidad para la convivencia a través de la protección de bienes jurídicos”<sup>296</sup>.

Una vez transgredida la norma, debe, el juez aplicar al autor del hecho ilícito la respuesta punitiva adecuada. Este momento es, por lo tanto, la segunda etapa de la vida de la pena. Al aplicar la pena se concreta la amenaza previamente existente, en abstracto, reafirmando el fin preventivo-general. Además, conviene recalcar que hay situaciones en que la imposición de la pena repercute, en el condenado, determinados efectos que le disuaden de volver a delinquir posteriormente. Es decir, puede causar efectos de prevención especial. Así, el fin de la pena, en esta fase, es lo de prevención general, siendo también posible que la pena actúe de forma preventivo-especial<sup>297</sup>.

También, es importante añadir que, en esta fase, la pena se justifica por su necesidad<sup>298</sup>. No obstante, en lo que se refiere a su fundamento es determinante reconocer que éste reside en la necesidad y también en la culpabilidad, como principio del Estado social y democrático de Derecho. Al hilo de este razonamiento, conviene citar lo que plantea Morillas Cueva: “En la segunda, la de determinación e imposición, la justificación es la misma, pero para su fundamento junto a la necesidad hay que situar la culpabilidad, con el carácter garantista que le he otorgado, los fines son preferentemente preventivo-generales, aunque también pueden advertirse algunos preventivo-

---

<sup>295</sup> Vid, FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit., p. 346.

<sup>296</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 103.

<sup>297</sup> Comenta el destacado jurista brasileño, Frago: “Escopo da pena será aqui mostrar ao criminoso e a todos os criminosos em potencial a efetividade da ameaça, ou seja, aqui também vigoram a *prevenção general e a prevenção especial*. A ameaça penal de nada valeria se não se convertesse em realidade em face do transgressor”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit., pp. 346/347.

<sup>298</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 103

especiales<sup>299</sup>. Es importante destacar que la culpabilidad asume aquí el imprescindible papel de garantía. Es un límite que no se puede jamás traspasar, bajo ningún concepto. Así, se invoca la culpabilidad como un importante elemento que ya compone las bases del Estado social y democrático de Derecho y que sirve, fundamentalmente, para prohibir los excesos, limitando el tope máximo de la pena, lo que viene a preservar, sobre todo, la dignidad personal<sup>300</sup>.

Por fin, en la última etapa, la de ejecución, el fin primero de la pena es la prevención especial y su fundamento y justificación consisten, como en la primera fase, exclusivamente en su necesidad. Debe añadirse que, aunque el fin prioritario de la pena sea la prevención especial, ello no impide la producción de los efectos preventivo-generales que ocurren durante la ejecución de la pena, puesto que, en esta fase, se consolida la eficacia de la conminación legal<sup>301</sup>.

Fragoso, al argumentar que la misión de la pena, en este momento, debe ser la resocialización del sujeto, recuerda que tal pretensión debe respetar la autonomía del reo. Es decir, el proceso de resocialización debe ser ofrecido al delincuente, no pudiendo tratarse de una imposición, aunque fundamentada en la necesidad de evitar que otros delitos sean practicados por este sujeto en el futuro. Por tanto, el condenado ha de tener la libertad de elegir si acepta o rechaza los tratamientos ofrecidos, así como los demás beneficios que le sean presentados con el fin de promover su reinserción en la sociedad.

---

<sup>299</sup> *Ibidem supra*.

<sup>300</sup> En este sentido, también considera Figueiredo Dias: “A função da culpa, deste modo inscrita na vertente *liberal* do Estado de Direito, é, por outras palavras, a de estabelecer o máximo de pena ainda compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa e de garantia do livre desenvolvimento de sua personalidade nos quadros próprios de um Estado de Direito democrático. E a de, por esta via, constituir uma barreira intransponível ao intervencionismo punitivo estatal e um veto incondicional aos apetites abusivos que ele possa suscitar”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. Cit., p. 80.

<sup>301</sup> *Vid*, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 104. Concluye Frago: “O condenado deve ser livre para recusar toda espécie de tratamento, hipótese na qual a pena visa tão-somente neutralizá-lo, pelo tempo de sua duração. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit., p. 347.



***CAPÍTULO SEGUNDO:  
LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD, SEGÚN LA  
LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA Y ALTERNATIVAS A  
LA PENA DE PRISIÓN.***

## ***I. La clasificación de las penas y las penas privativas de libertad según la Legislación penal Española.***

Suele mencionar la doctrina dos formas distintas de clasificar las penas: Una, según su naturaleza; y otra, de acuerdo con su gravedad<sup>302</sup>. La clasificación elaborada de conformidad con la gravedad de la pena presenta una subdivisión tripartita, consistente en la pena grave, menos grave y leve (art. 33 CP)<sup>303</sup>. Sin embargo, hay autores que mencionan una clasificación según su autonomía, que se constituye en penas principales y accesorias.

En este capítulo, lo que parece ser indispensable es verificar la clasificación según la naturaleza de las penas. De acuerdo con ésta, conforme establece el art. 32 del Código penal español<sup>304</sup>, las penas son ordenadas como penas de multa, privativas de otros derechos y privativas de libertad. Esta última es la que interesa a este estudio. Ello porque, el enfoque del presente trabajo se dirige con exclusividad a la suspensión de la ejecución de esta modalidad de pena como sustitutivo legal.

Pero, no resulta excesivo mencionar que la pena de multa implica, como se sabe, es una sanción pecuniaria aplicada en contra del condenado<sup>305</sup> (*vid* art. 50 CP). Actualmente, esta pena es considerada de fundamental

---

<sup>302</sup> De esta forma, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 498. De otra parte, es importante decir hay autores que, además de citar la clasificación según su naturaleza y gravedad, mencionan otra también: según su autonomía. Ésta se subdivide en penas principales y penas accesorias. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Comentario a los artículos 32, 33 y 34 del Código penal. En, COBO DEL ROSAL, Manuel (director)—otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 432

<sup>303</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (coordinador). *Código penal comentado y con jurisprudencia*. 2ª Ed., Madrid, Editorial La Ley, 2007, pp. 156/157.

<sup>304</sup> En este sentido, abaliza LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. Cit. p. 21.

<sup>305</sup> Según importante aclaración de Muñoz Conde—García Arán, “la pena de multa, consistente en el pago de una determinada cantidad de dinero, ha estado presente en la mayoría de sistemas jurídicos desde épocas históricas remotas. El Derecho español medieval la recogía aunque con características distintas a las actuales, como la de destinarse, en parte, a los jueces y rodearse de una considerable arbitrariedad. Pese a lo lejano de sus orígenes, la pena de multa ha conocido épocas de menor relevancia, especialmente a partir del auge de la pena de prisión en el momento en que ésta se consolidó como tal. Sin embargo, el siglo XX conoció un nuevo auge de la pena de multa, de la que se destacan sus ventajas frente a la privación de libertad, incorporándose ampliamente a los sistemas jurídicos contemporáneos y estableciéndose frecuentemente la posibilidad de aplicarla como sustitutivo de la pena de prisión de corta duración”. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., pp. 514.

importancia para el Ordenamiento jurídico, lo que se expresa a través del elevado número de casos en que la multa se aplica. Entre las ventajas de fijarla, debe destacarse que dicha modalidad de pena no promueve la desocialización del sujeto, ya que no le segrega de su medio social y tampoco le expone a los efectos degradantes de la pena de prisión<sup>306</sup>.

También es importante citar que las penas privativas de otros derechos<sup>307</sup>, conforme enumera en art. 39 del Código penal, son: “inhabilitaciones y suspensiones de cargos, profesiones y derechos, privación del derecho a conducir vehículos de motor, privación derecho a tenencia y porte de armas, privación del derecho a residir en determinados lugares, a aproximarse o comunicarse con la víctima y trabajos en beneficio de la comunidad”<sup>308</sup>.

No obstante, después de mencionar dos de las subdivisiones de la clasificación de la pena, según su naturaleza, lo que verdaderamente interesa referirse en esta investigación es su tercera modalidad que, conforme ya se ha advertido, se reporta a la privación de libertad.

El Código penal español, en su art. 35, define expresamente cuales son las penas consideradas privativas de libertad. Según la actual legislación punitiva son tres: *la de prisión, de localización permanente* y también *la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa*. Conviene señalar que la reciente reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003 ha modificado este artículo al suprimir la pena de arresto de fin de semana, sustituyéndola por la pena de localización permanente.

El arresto de fin de semana había sido una innovación instituida por el Código del 95 y fue, hay que destacarlo, bien recibida por un amplio sector de la doctrina. En el momento de su creación, varios juristas aducían, como subraya García Arán, que dicha pena aunaba “el efecto admonitorio de la privación de libertad sin conllevar sus principales inconvenientes como son la

---

<sup>306</sup> Vid, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 514.

<sup>307</sup> Se utiliza la expresión “otros derechos” porque no se inserta, entre estos supuestos, la privación al derecho de estar en libertad.

<sup>308</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 509.

segregación del condenado respecto de su medio social, laboral y familiar”<sup>309</sup>. Sin embargo, aunque un significativo número de juristas haya aplaudido la inserción del arresto de fin de semana en la legislación penal del 95, de otra parte, algunas críticas también ya se formulaban —en el momento de su creación— contra este modelo de pena que se implementaba en el Código. Importante considerar lo que la propia jurista García Arán ponía de manifiesto sobre esta temática: “el CP de 1995 la ha regulado con considerable imprecisión, lo que ha propiciado las tempranas y fundamentadas críticas por parte de quienes deben aplicarla, sin que el desarrollo reglamentario (RD 690/1996, de 26 abril), haya solucionado muchos de los problemas que requerirían —sobre todo, por razones de estabilidad legislativa— un cuerpo normativo de rango”<sup>310</sup>.

La verdad es que el arresto de fin de semana, considerado teóricamente como un eficiente instrumento para realización de los fines de prevención especial, no vino a lograr resultados prácticos satisfactorios durante el periodo en que estuvo disciplinado en el Ordenamiento jurídico español, no correspondiendo a la expectativa de promover la resocialización de los condenados a esta pena<sup>311</sup>. Entre las causas que determinaron el fracaso del arresto, como señala Landrove Díaz, debe apuntarse “la ausencia de los medios personales y materiales necesarios para su correcta ejecución”<sup>312</sup>. De esta manera, durante su vigencia, se constató que el arresto de fin de semana no respondía a los fines preventivo-especiales de la pena ni mucho menos —

---

<sup>309</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación de las penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*. Navarra, Editorial Aranzadi, 1997, p. 47/48.

<sup>310</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación...* Op. Cit., p. 48.

<sup>311</sup> Para Polaino Navarrete, “la historia del arresto de fin de semana es la historia de un fracaso”. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *La reforma penal española de 2003 – práctica jurídica*. Madrid, Editorial Tecnos, 2004, p. 69. Sobre esta temática, también comentan Calderón Cerezo–Choclán Montalvo que “las indudables ventajas que ofrece conceptualmente el arresto de fines de semana desde el punto de vista de la prevención especial, al corregir los efectos desocializadores de la pena corta de prisión continua, en cuanto el penado no es obligado a suspender sus vínculos familiares ni su relación laboral, se contraponen a su posible ineficacia desde un punto de vista preventivo general en la medida que ésta queda condicionada, más que a la propia pena en sí misma considerada, a su forma de cumplimiento o ejecución, cuestión ésta que el precepto comentado remitió a ulterior desarrollo reglamentario, y la práctica ha demostrado su absoluta ineficacia para el cumplimiento de los fines perseguidos”. CALDERÓN CEREZO, Ángel–CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Código penal comentado*, Barcelona, Editorial Deusto, 2004, p. 38.

<sup>312</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. Cit. p. 63.

por su escaso efecto de intimidación colectiva— favorecía a la consecución de los fines de prevención general<sup>313</sup>. Como resultado, el legislador, suprimiendo del Código esta pena, a partir de la reforma de la LO 15/2003, ha modificado esta consecuencia que estaba regulada en diversos preceptos, pasando a sustituir el arresto de fin de semana por otras tres penas, conforme enmarca Landrove Díaz: “por la prisión de corta duración (desde tres meses), el trabajo en beneficio de la comunidad y la localización permanente”<sup>314</sup>.

Así que, actualmente, en España, las penas privativas de libertad son, como ya se ha adelantado, *la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, la localización permanente y la pena de prisión*, que serán tratadas, a modo de resumen, seguidamente.

## **1. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.**

El art. 53 del Código penal impone que en los casos en que el reo no satisfaga la multa impuesta se determinará la privación de su libertad, salvo en los supuestos en que el Tribunal acuerde, con la anuencia del condenado, la pena de prestación de trabajo en beneficio de la sociedad<sup>315</sup>. En las situaciones en que la pena de multa haya sido originada por el acometimiento de una falta se aplicará la pena de localización permanente<sup>316</sup>.

Aunque la doctrina haya abierto un debate para discutir qué naturaleza posee la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, en el art. 35 CP, el legislador español califica —de forma manifiesta— esta respuesta estatal como una modalidad de pena privativa de libertad<sup>317</sup>. Por lo tanto se le

---

<sup>313</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. Cit., p. 70.

<sup>314</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. Cit. p. 63.

<sup>315</sup> Cada día de privación de libertad resultará en una jornada de trabajo. Y de acuerdo con lo que dicha la Legislación penal, dos cuotas de multa diarias corresponderá a un día de privación de libertad.

<sup>316</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. Cit. p. 98.

<sup>317</sup> Según Tamarit Sumalla, “El origen de esta clase de responsabilidad se debe a la influencia civilista y se encuentra, concretamente, como ha señalado Quintero Olivares, en la extensión de la prisión por deudas a la pena de multa efectuada en el Código Penal de 1848”. Vid, TAMARIT SUMALLA, Josep María, en comentarios al art. 53 CP, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director)—MORALES PRATS, Fermín. (Coordinador)—otros. *Comentarios al nuevo código penal*. 3ª Ed., Editorial Aranzadi, Navarra, 2004, p. 392.

aplica (¡y debe aplicarse!) todos los efectos de la pena privativa de libertad, debiendo emplearse las reglas generales de ejecución, suspensión, sustitución, etc., que sirven para las demás modalidades de pena privativa de libertad. A este hilo, aclaradora es la explicación de Muñoz Conde–García Arán que propugnan que “se reconoce finalmente como pena privativa de libertad (art. 35), renunciando a los eufemismos y complicados razonamientos por los que se había tratado de evitar dicha calificación y la consiguiente crítica sobre el carácter desigual de la pena de multa, más gravosa para el insolvente que debe cumplir el arresto por impago”<sup>318</sup>.

Un importante sector de la doctrina ha cuestionado la constitucionalidad de este precepto, argumentando que vulnera el principio de igualdad, pues perjudicaría el segmento de la población que no disfruta de las condiciones materiales suficientes para abonar la multa. Algunas posturas han etiquetado tal regla como “una pena a la pobreza”<sup>319</sup>, puesto que se sustituye la pena de multa por la más severa punición institucionalizada (la pena de prisión) simplemente porque el penado es insolvente. Sin embargo, diferentemente de lo que ocurrió en Italia<sup>320</sup>, conforme a los comentarios de Tamarit Sumalla, la decisión del Tribunal Constitucional español se ha manifestado por la constitucionalidad de esta norma legal, conforme las Sentencias de núm. 19/1988 (RTC 1988, 19) y de núm. 230/1991 (RTC 1991,230)<sup>321</sup>.

Debe añadirse que no se trata de una elección del reo entre pagar la multa o cumplir una pena privativa de libertad. La responsabilidad subsidiaria por impago de multa surge a partir del momento en que se constata la verdadera insolvencia del sujeto. A este respecto, Calderón Cerezo–Choclán Montalvo destacan que el penado “no tiene opción sobre una u otra pena, es

---

<sup>318</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 508.

<sup>319</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. Cit. p. 97.

<sup>320</sup> Destaca Tamarit Sumalla que “la Corte constitucional italiana, que por medio de la Sentencia núm 131/1979 (RTC 1979, 131) declaró la inconstitucionalidad del artículo 136 del Código Penal italiano que permitía la conversión de las penas pecuniarias incumplidas por una pena de privación de libertad”. TAMARIT SUMALLA, Josep María, en Comentarios al art. 53 CP, en QUINTERO OLIVARES, G. (director), MORALES PRATS, F. (coordinador) y otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 393. Ver también, LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. Cit. p. 98.

<sup>321</sup> *Vid.*, TAMARIT SUMALLA, Josep María, en Comentarios al art. 53 CP, en QUINTERO OLIVARES, G. (director), MORALES PRATS, F. (coordinador) y otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 392.

decir la sustitución sólo se da en el supuesto de que la insolvencia del penado haga imposible el cobro de la multa siendo posible una segunda sustitución que vuelva a la ejecución del contenido económico de la sentencia con igual cálculo del monto restante que para la transformación primitiva<sup>322</sup>.

Finalmente, conviene mencionar otros tres aspectos importantes de esta regla: la primera es que, tras el cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria, el condenado se eximirá del pagamiento del valor de la multa, aunque posteriormente venga a mejorar su condición patrimonial<sup>323</sup>. La segunda, es que cuando se trate de multa fijada en valor proporcional, el juez definirá discrecionalmente la responsabilidad subsidiaria, no pudiendo establecer la nueva pena en duración superior a un año<sup>324</sup>. Por último, destaca Landrove Díaz que “la responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años”<sup>325</sup>.

## **2. La Localización Permanente.**

Al suprimir la pena de arresto de fin de semana, el legislador español ha introducido en el Ordenamiento jurídico actual la pena de localización permanente, como una especie de pena privativa de libertad (art. 35), siendo también clasificada como una modalidad de pena leve (art. 33.4.g CP). Está regulada en el art. 37 del Código Penal, exactamente donde antes estaba disciplinado el arresto de fin de semana.

Se trata de una pena leve porque su tiempo duración máximo no puede exceder a los doce días. No obstante, llama la atención el hecho de que el legislador omita el tope mínimo de duración de dicha pena. De modo que, algunos autores estiman que su límite mínimo debe ser fijado en un día, una vez que no aceptan la posibilidad de aplicar la localización definida en horas<sup>326</sup>.

---

<sup>322</sup> CALDERÓN CEREZO, Ángel–CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Op. Cit. p. 108.

<sup>323</sup> DÍAZ ROCA, Rafael. Op. Cit., p. 273.

<sup>324</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. Cit. p. 98.

<sup>325</sup> *Ibidem supra*.

<sup>326</sup> En este sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 452.

A respecto de ello, cabe observar que la doctrina realiza una crítica vehementemente puesto que el silencio del legislador puede resultar en problemas a la hora de aplicación de tal medida. Ante tal omisión, Polaino Navarrete, refiriéndose a tal problema, indaga en qué medida se puede imponer la duración mínima de la misma y también señala lo que dice la disposición transitoria de la LO 15/2003. Así, se manifiesta el autor en cita: “Nada dice la ley sobre el límite mínimo de esta pena: ¿un día completo? ¿medio día? ¿una hora? ¿un segundo? Sólo en la disposición transitoria 4.<sup>a</sup> de la LO 15/2003 se afirma que «en los casos en que la pena que pudiere corresponder por la aplicación de esta ley fuera la de localización permanente, se considerará, para valorar su gravedad comparativa, que cada día de localización permanente equivale a 1 día de prisión”<sup>327</sup>.

Debe añadirse que la pena de localización permanente se caracteriza por *determinar el cumplimiento de la condena en el domicilio del condenado*<sup>328</sup>. Según Suárez-Mira Rodríguez–Judel Prieto–Piñol Rodríguez se configura como “una fórmula de prisión «atenuada» caracterizada por el hecho de su cumplimiento en el domicilio del penado”<sup>329</sup>. Pero, la ley permite al juez (art. 37 CP) la posibilidad de acudir, subsidiariamente, a otro lugar para que se realice su cumplimiento. La doctrina señala que es posible la ejecución de tal pena fuera del domicilio del condenado, pues pueden existir situaciones en que el reo no posee domicilio; o casos en que ésta sea la orientación de orden preventiva especial. Es decir, pueden ocurrir situaciones en que la prevención especial exige que en el cumplimiento de esta pena se proceda, por ejemplo, en un centro médico o establecimiento de asistencia, etc. También es posible que se trate de un penado que no disponga de domicilio propio o familiar,

---

<sup>327</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. Cit., p. 71.

<sup>328</sup> En este sentido, apuntan Landecho Velasco–Molina Blásquez que “la pena de localización permanente tiene el mismo contenido, o al menos muy similar, que el arresto domiciliario del viejo Código Penal, por lo que cabría pensar que la novedad de la pena se refiere, aunque el artículo 37 nada diga sobre ello, a la forma en la que se va a realizar el seguimiento del cumplimiento de la misma”. LANDECHO VELASCO, Carlos María–MOLINA BLÁSQUEZ, Concepción. Op. Cit., pp. 536/537. Conforme apunta la doctrina de Polaino Navarrete, la pena de localización permanente presenta como su antecedente más cercano el arresto domiciliario POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. Cit., p. 71. También, CALDERÓN CERESO, Ángel–CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Ob. Cit, p. 38. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. Cit. p. 63.

<sup>329</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5<sup>a</sup> Ed.. Op. Cit., p. 452.



situación en la que el juez se ve forzado a establecer otro lugar para su ejecución. No obstante, Polaino Navarrete señala que “no hay limitación alguna para que el juez decida, según la conveniencia, el lugar de cumplimiento”<sup>330</sup>. Lo cierto es que, aunque la legislación española no establezca cualquier precepto que aclare lo que debe entenderse por la expresión «otro lugar» que no sea el domicilio del reo, la doctrina pone de manifiesto que es aconsejable que tal ejecución no se realice en el ámbito de la prisión<sup>331</sup>, como forma de evitar — como es el espíritu de esta pena— que el condenado sea expuesto a los efectos negativos de la prisión y, además, que la localización no reviva “el espectro del arresto de fin de semana, y —por ende— de la pena de prisión de corta —cortísima— duración”<sup>332</sup>.

Es más, debe decirse que el Código penal español establece que la localización permanente se ejecutará, en general, continuadamente, pudiendo, sólo de forma excepcional, en las situaciones en que el reo lo solicite y las circunstancias así lo aconsejen, después de oír el Ministerio fiscal, cumplirse «durante los sábados y domingo o de forma no continuada» (art. 37,2 CP). Esta flexibilidad es importante para favorecer, todavía más, a la consecución de los fines de prevención especial. Ello porque, es a través de esta excepción que se puede evitar la posibilidad de que el reo sea apartado de la sociedad o de sus actividades laborales, permitiendo el cumplimiento de la pena, sin afectar la normalidad de su vida<sup>333</sup>.

---

<sup>330</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. Cit., p. 71. Señalan Landecho Velasco–Molina Blásquez al posibilitar la ley que el cumplimiento de la localización puede ocurrir en otro lugar determinado a lugar determinado por el juez, la expresión “«lugar determinado» debe guardar una cierta analogía con el domicilio del penado habría que entender que debe tratarse de un lugar delimitado físicamente y en el que al menos pueda permanecer veinticuatro horas. En este sentido el domicilio sería el domicilio civil del penado y el lugar determinado podría serlo, por ejemplo, el colegio mayor en el que reside el penado por tratarse de un estudiante que se ha desplazado de su domicilio para estudiar”. LANDECHO VELASCO, Carlos María–MOLINA BLÁSQUEZ, Concepción. Op. Cit., p. 536.

<sup>331</sup> En esta vertiente, señalan Suárez-Mira Rodríguez–Judel Prieto–Piñol Rodríguez: “No podrán estar referidos a centros penitenciarios, ni a depósitos de detenidos, por cuanto tal interpretación supondría un despropósito en relación con la idea motivadora de la reforma, pues si ha pretendido acabar con los encierros penitenciarios de fin de semana, la ejecución de la localización en esos centros volvería a colocarnos donde el legislador ha querido que saliéramos”. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel – PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 452.

<sup>332</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. Cit., p. 72.

<sup>333</sup> *Ibidem supra*.

En los casos en que el reo desobedezca la determinación judicial de cumplimiento de la localización permanente, incurrirá en la comisión del delito de quebrantamiento de condena, disciplinado en el art. 468 del Código penal español. Es decir, la localización permanente es efectivamente una pena: pena privativa de libertad. Y no una simple alternativa a la ejecución de una pena de prisión.

También conviene añadir que esta pena está regulada en el ámbito de las faltas. Puesto que se trata de una pena leve<sup>334</sup>. Conforme catalogan Suárez-Mira Rodríguez–Judel Prieto–Piñol Rodríguez: “en su concreta aplicación en el Libro III, esta pena está prevista en los tipos de los arts. 617, 618.1, 620.2.º párr. 3.º, 623, 625, 626, 629, 630, 633, 635 y 637. En ninguno de los supuestos se prevé como pena única, y en todos salvo en el art. 633 en que es conjunta con la pena de multa, aparece como alternativa a ésta”<sup>335</sup>.

Para que se pueda realizar su efectivo cumplimiento, será necesario optar por el camino de la vigilancia electrónica, que, en el caso de la localización permanente, debería procederse especialmente a través del uso de equipamientos transmisores. Los métodos más tradicionales —como, por ejemplo, la designación de un funcionario del estado para fiscalizar su cumplimiento— parecen, en este caso, ser considerados ineficientes e insuficientes para bien desarrollar tal misión, sobre todo si el número de supuestos, en que se aplica este tipo de pena, es elevado. Sobre este aspecto, la postura de Landrove Díaz es crítica. Entiende que “la incorporación de la vigilancia electrónica a la mecánica ejecutiva de la localización permanente exige una serie de medios materiales y personales inexistentes en nuestro sistema”<sup>336</sup>. No obstante, si por un lado debe reconocerse que tal opinión revela una seria preocupación sobre aspectos objetivamente funcionales de esta modalidad de pena, de otro lado, cabe también decir que la tecnología ya dispone de medios suficientes para que se implante y se aplique la localización permanente, con la eficacia que se exige para que se consiga llevar a cabo el

---

<sup>334</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. Cit. p. 63.

<sup>335</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 453.

<sup>336</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. Cit. p. 64.

control del condenado, de la forma más optimizada posible. El estudio desarrollado por Escobar Marulanda, en el año de 1997, apunta que “los monitores electrónicos vienen siendo utilizados en EE.UU., el Reino Unido, Canadá, Suiza y, según Froment (1996), próximamente en los Países Bajos”<sup>337</sup>. Es decir, el uso de estos equipamientos electrónicos no es una novedad para el mundo ni tampoco se trata de un desafío inalcanzable para los medios tecnológicos ya existentes.

Lo que debe tenerse en cuenta —como se nota fácilmente— es que la localización permanente, *conforme su actual configuración legal*, se constituye en una pena recientemente instituida en la Legislación española —así como lo sería también en otros Ordenamientos jurídicos<sup>338</sup>—, porque parece exigir la utilización de monitores electrónicos<sup>339</sup>. Pero, ello no quiere decir, en absoluto, que los medios tecnológicos, ya existentes, no puedan ser suficientemente desarrollados con el fin de permitir que la ejecución de esta pena se proceda de la manera más eficaz posible. Por tanto, basta, tan solo, que haya un impulso estatal en esta dirección.

Los escritos de Escobar Marulanda, que tratan sobre la temática alrededor de los monitores electrónicos, señalan que los tipos de equipamientos más utilizados para realizar la función de control son los brazaletes (o «tele pulseras»).

Existen dos modalidades distintas que son posibles llevar a efecto el proceso de monitoreo del condenado a una pena de arresto domiciliario o,

---

<sup>337</sup> ESCOBAR MARULANDA, G., *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)*. En CID MOLINÉ, José–LAURRAURI PIJOAN, E. (coordinadores). *Penas Alternativas a la prisión*. Barcelona, Editorial Bosch, 1997, p. 204. En este sentido, afirma Fábio Bittencourt da Rosa: “Nos Estados Unidos da América o fracasso da experiência prisional e seu alto custo inspiraram soluções, entre elas a instalação de uma pulseira eletrônica no pulso do condenado nos crimes sem violência e de menor potencial ofensivo, sendo que mais tarde essa supervisão intensiva do apenado passou a ser monitorada através de satélites”. ROSA, Fábio Bittencourt da. *Direito penal, parte geral*. Rio de Janeiro, Editorial Ímpetus, 2003, p. 326.

<sup>338</sup> En Brasil, por ejemplo, no existe en el Ordenamiento jurídico penal vigente la pena de localización permanente.

<sup>339</sup> El monitor electrónico, según lo que destaca Escobar Marulanda, “es considerado un aparato telemétrico que cumple funciones de control. Por lo tanto, se puede llamar monitor electrónico a cualquier sistema electrónico que efectúe un control sobre algo y haga las respectivas advertencias”. ESCOBAR MARULANDA, G., *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)*. En CID MOLINÉ, José–LAURRAURI PIJOAN, E. (coordinadores). Op. Cit., p. 201.

conforme disciplina el Código penal español, la de localización permanente. Estas modalidades son el control pasivo y activo. En el primer caso, a través de la forma pasiva, el control se realiza mediante llamadas telefónicas, efectuadas periódicamente por un ordenador central, debiendo entonces el condenado contestar las llamadas, confirmando la información registrada en su brazalete<sup>340</sup>. En la segunda modalidad, la forma activa, el monitoreo se procede mediante la utilización de un ordenador central, de un transmisor y de un receptor. Así, el brazalete (donde está instalado un transmisor) envía informaciones a un receptor, que deberá estar activado en una línea telefónica, que, por consiguiente, las envía a un ordenador central. En el sistema activo, el control es ejercido dentro de determinada área, a depender del alcance proporcionado por la señal de los aparatos<sup>341</sup>, no necesitando que el condenado esté, a todo el tiempo, pendiente de una llamada del ordenador central (forma pasiva). Según Escobar Marulanda, “el sistema más extendido en la actualidad en EE.UU. es el activo”<sup>342</sup>. Y sigue este autor aduciendo que, según información prestada por un profesional de la IBM, en Canadá, es posible proceder a su monitorización tanto al condenado que se encuentra quieto en una determinada área, como también todos sus movimientos y desplazamientos<sup>343</sup>.

En dicho sentido, es importante señalar que, actualmente, la tendencia parece ser la de abandonar las modalidades de control pasivo y activo y fomentar la utilización del sistema *Global Positioning System* (el GPS). A pesar de esta tecnología ser más costosa, sus resultados son más precisos. El GPS funciona mediante el envío de informaciones via satélite, presentándose, por lo

---

<sup>340</sup> ESCOBAR MARULANDA, G., *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)*. En CID MOLINÉ, José–LAURRAURI PIJOAN, E. (coordinadores). Op. Cit., p. 202.

<sup>341</sup> ESCOBAR MARULANDA, G., *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)*. En CID MOLINÉ, José–LAURRAURI PIJOAN, E. (coordinadores). Op. Cit., p. 202.

<sup>342</sup> ESCOBAR MARULANDA, G., *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)*. En CID MOLINÉ, José–LAURRAURI PIJOAN, E. (coordinadores). Op. Cit., p. 203.

<sup>343</sup> ESCOBAR MARULANDA, G., *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)*. En CID MOLINÉ, José–LAURRAURI PIJOAN, E. (coordinadores). Op. Cit., p. 203.

tanto, como una solución tecnológica más ventajosa, especialmente porque revela la exata localización del penado y reduce el riesgo de equivocarse<sup>344</sup>.

Entre otros puntos de discusión acerca de los monitores electrónicos, llama atención los planteamientos que denuncian que la utilización de este tipo de control afecta a los derechos fundamentales, tales como la dignidad y la intimidad de las personas. Como es evidentemente, la sumisión del hombre a este tipo de control, afecta, sin duda, algún o algunos de sus bienes jurídicos, en este caso, la intimidad<sup>345</sup> y la dignidad. Este tipo de vulneración a derechos fundamentales también ocurre, por ejemplo, cuando se aplica la pena de prisión, que se restringe, entre otros, la libertad del delincuente<sup>346</sup>. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla. El hecho de alegar que hay una reducción en la esfera de los derechos del condenado no debe ser, *de per se*, motivo suficiente para desconsiderar la importancia de los mecanismos de monitoria electrónica. Sin embargo, se constituye en causa bastante para provocar un inevitable debate científico, con el fin de establecer criterios que limiten la aplicación de penas que impliquen en la utilización equipamientos electrónicos de control. Es de fundamental relieve observar y ponderar, en cada caso en concreto, si la disminución del derecho a la intimidad del condenado es necesaria para asegurar la protección y la defensa de lo que es de interés público. En la misma línea, destaca Escobar Marulanda que la

---

<sup>344</sup> FENOLL, Jordi Nieva. «Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal», en *Revista del Poder Judicial*, n° 77, 2004, p. 207.

<sup>345</sup> Para Escobar Marulanda “la afeción a la intimidad se produce desde un doble aspecto. Por un lado que alguien conozca las actividades y sensaciones de una persona para ejercer el control sobre ellas afecta gravemente la intimidad. Y por otro, se afecta por el conocimiento del resto de la sociedad que percibirá los signos externos del control (el brazalete) y lo identificará de esa forma como «el controlado». ESCOBAR MARULANDA, G., *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)*. En CID MOLINÉ, José-LAURRAURI PIJOAN, E. (coordinadores). Op. Cit., p. 220.

<sup>346</sup> Con absoluta razón Escobar Murulanda remata: “Con todo, alguien podría objetarme que le hago exigencias a los monitores electrónicos que no cumplen ni la cárcel misma, que produce semejantes o peores restricciones a los derechos, entre otros, de la dignidad y la intimidad. Y tendría razón, lo que pasa es que considero que la utilización de la cárcel traspasa claramente los límites de lo tolerable, por lo que no sirve de parámetro comparativo y por ello deben buscarse urgentemente alternativas”. ESCOBAR MARULANDA, G., *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)*. En CID MOLINÉ, José-LAURRAURI PIJOAN, E. (coordinadores). Op. Cit., p. 224.

“ponderación de la intromisión y necesidad de la misma en referencia al fin protector son las condiciones exigidas por el alto Tribunal”<sup>347</sup>.

Algunos segmentos de la doctrina dirigen duras críticas a la localización permanente, por considerar que presenta finalidad únicamente retributiva y que puede promover desigualdades, ya que, de acuerdo con el nivel económico del sujeto, la pena será ejecutada de forma más confortable (o benéfica) para unos que para otros<sup>348</sup>.

Desde nuestro modesto punto de vista, creemos que esta pena presenta aspectos positivos. Primero porque, ante la práctica de un hecho considerado mera falta, la consecuencia que se aplica presenta carácter claramente resocializador pues no expone el reo a los efectos degradantes de la prisión. También nos parece que la localización permanente se constituye en un instrumento perfectamente adecuado para promover los fines de prevención especial de la pena. De forma que no conseguimos identificar, en esta pena, el carácter exclusivamente retributivo, como pretende un segmento de la doctrina, inclusive porque tal pena se impone, hoy por hoy, únicamente a los casos considerados menos ofensivos al Ordenamiento jurídico que son las faltas. De suerte que, vislumbramos que la localización como una medio para la consecución de los fines de prevención especial. No obstante, en lo que se refiere a la forma de control de la ejecución, a los medios y a las posibilidades de utilización, de modo eficaz, de los transmisores u otras fórmulas electrónicas, cabe esperar que en la práctica el Estado y el desarrollo tecnológico puedan, verdaderamente, soportar la ejecución de innumerables supuestos, con absoluta eficacia e indiscutible seguridad técnica para que el reo no venga a ser perjudicado por la existencia de fallas en el aparato de control.

En esta vertiente se puede decir que no exactamente como forma de pena o condición. Pero como forma de constante localización, el aparato tecnológico que sirve para el cumplimiento de la referida pena privativa de

---

<sup>347</sup> ESCOBAR MARULANDA, G., *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)*. En CID MOLINÉ, JOSÉ-LAURRAURI PIJOAN, E. (coordinadores). Op. Cit., p. 221.

<sup>348</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. Cit. p. 64.

libertad, podría servir para mantener la constante localización del penado que esté cumpliendo la suspensión de la pena de prisión.

### **3. La pena de prisión.**

#### **3.1. Planteamiento general.**

La pena de prisión es la consecuencia jurídica más gravosa, disciplinada en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos. Esta modalidad de pena afecta a uno de los derechos más importantes del ciudadano que es —como es evidente— su libertad. Un sector de la doctrina suele definir la pena de prisión utilizando tres elementos esenciales: *sustanciales* (pérdida de la libertad ambulatoria); *garantísticos* (obediencia al principio de legalidad, existencia de fallo condenatorio y cumplimiento en establecimiento adecuado); y por último, *dinámicos* (la resocialización del condenado). En esta vertiente, Mapelli Caffarena conceptúa como “la pérdida continuada de la libertad ambulatoria de un condenado mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario durante un tiempo determinado previamente por una sentencia judicial, ejecutada conforme a la legislación vigente de forma que favorezca la resocialización”<sup>349</sup>.

A pesar de que la legislación española, especialmente en su mandato constitucional, determine que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad han de estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social del condenado, lo cierto es que la pena de prisión no cumple tal finalidad preventivo-especial. Sin embargo, desde otra perspectiva, hay que reconocer que la prisión es un instituto absolutamente necesario desde el punto de vista preventivo-general. No obstante, como resultado de este choque entre planteamientos preventivo-especiales y generales, resulta necesario concluir y afirmar que la prisión debe ser “*la ultima ratio de la ultima ratio* que es el

---

<sup>349</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Navarra, Editorial Civitas, 2005, p. 67.

Derecho penal dentro del Ordenamiento jurídico”<sup>350</sup>. Además, es importante enmarcar que la pena de prisión, especialmente la de corta duración, ataca los planteamientos político-criminales que, en Europa, parece asumir, como bien señala Jiménez de Asúa, tres postulados esenciales: “a) la lucha contra las penas cortas de privación de libertad; b) las medidas aseguradoras, y c) el procedimiento educativo empleado para los menores”<sup>351</sup>. Como puede percibirse los planteamientos político-criminales se posicionan expresamente en contra de la ejecución de la pena de prisión de corta duración. Y ello porque tal pena es absolutamente inútil, tanto desde la perspectiva preventivo-general, como preventivo-especial.

De conformidad con este entendimiento, la aplicación de la pena de prisión debe limitarse a los supuestos en que no haya ninguna otra solución alternativa que pueda ser manejada y que pueda proteger a los bienes jurídicos más importantes de la sociedad frente a los ataques de las conductas antisociales tipificadas. En esta perspectiva, aduce Morillas Cueva que el nivel básico de aplicación de la pena de prisión “ha de estar fuertemente limitado a aquellas hipótesis en las que realmente no existen otras vías para proteger a la sociedad de los ataques más intensos a los bienes jurídicos”<sup>352</sup>. De este modo la utilización de la prisión no debe ser excesiva ni alejada de los principios del Estado social y democrático de Derecho, especialmente del principio de legalidad, de culpabilidad, de proporcionalidad y de humanidad de las penas. Ello porque la pena de prisión puede suponer una reacción punitiva bastante

---

<sup>350</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión», en Cuaderno de Derecho Judicial, núm. XXII, Madrid, 2006, p. 28. En este importante artículo, Mapelli Caffarena destaca la «Recomendación REC (2006) 2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (1) (adoptado por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 952ª Reunión de Delegados de Ministros)». El consejo de Europa así recomienda: “(...) Reiterando que **nadie puede ser privado de libertad a menos que dicha privación constituya una medida de último recurso** y que sea conforme a los procedimientos definidos en la ley;” Y sigue: “Señalando que la ejecución de las penas privativas de libertad y el mantenimiento de los detenidos necesita contar con el imperativo del aseguramiento y de la seguridad y de la disciplina y deben, al mismo tiempo, **garantizar condiciones de detención que no atenten contra la dignidad humana** y ofrecer ocupaciones constructivas y **un compromiso permanente con su reinserción a la sociedad**; (...)” MAPELLI CAFFARENA, Borja. Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2006, núm. 08-r1, p. r1:1-r1:44. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-r1.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 08-r1 (2005), 7 mar], p. 2. (Sin negrita ni cursiva en el original)

<sup>351</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La política criminal...* Op. Cit., p., p.74.

<sup>352</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 28.



intensa caso sea planteada de forma ilimitada, pues, como apunta Mayer, tal pena “es susceptible de extenderse hasta el último límite de la vida, es susceptible de intensificarse hasta el último límite del padecimiento”<sup>353</sup>.

Así, hay que limitar la pena de prisión, de conformidad con los principios del Estado social y democrático de Derecho, aplicándola a los supuestos en que verdaderamente no existe otra solución alternativa a ser utilizada. Ello porque, en diversos Ordenamientos jurídicos, la pena de prisión es el instrumento de reacción punitiva más grave, de manera que no se puede banalizar su aplicación, permitiendo su expansionismo descoordinado<sup>354</sup>. Pues, como se sabe, los efectos de la pena de prisión son devastadores, pues corrompe el individuo, no resocializa y le estigmatiza. En este sentido, Dautricourt apostilla que “la prisión corrompe completamente a los que solo estaban medio corrompidos, desocializa a los que se integran en la artificial comunidad carcelaria donde todo se mide al nivel más bajo del conformismo y servilismo, los cuales son llamados «buena conducta»”<sup>355</sup>.

En España, la Ley penal establece la duración mínima de pena de prisión en tres meses y fija la máxima en veinte años (art. 36 CP). Sin embargo, en algunas situaciones excepcionales, la duración de esta pena puede superar el límite máximo de veinte años como, por ejemplo, en los supuestos de concursos de delitos (art. 76 CP) y en determinados ilícitos contra la Constitución, *v.g.*, los que están insertos en el art. 473 CP (Capítulo I, rebelión)

---

<sup>353</sup> MAYER, Max Ernst. *Derecho penal, parte general*. Trad. Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo/Buenos Aires, Editorial IB de F, 2007, p. 562.

<sup>354</sup> En esta línea, explica Morillas Cueva: “cierto es que son muchos los legisladores que, desde una u otra perspectiva, se afanan en la indagación, siempre inconclusa, de alternativas, más o menos válidas, a la desmesurada utilización de la pena de prisión como máxima respuesta punitiva y como concreción del más duro control social – obviamente sin pensar en los países que todavía emplean la pena de muerte como instrumento de reacción, en una concepción deshumanizada y maximalista de la función de un mal entendido Derecho penal –. Pero también lo es que en muchos casos lo hacen sin una verdadera convicción pues siguen apostando, en su realidad penal, a veces con un profundo empecinamiento, por el mantenimiento e incluso aumento de las penas de prisión, en un continuo alarde de expansionismo del propio Derecho punitivo, no sólo en la elaboración de nuevos tipo sino también en el incremento de la duración de las penas privativas de libertad”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 28.

<sup>355</sup> DAUTRICOURT, Joseph Y. «Probación y política correccional», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXIII, Fascículo 1, série 1, nº 3, enero-abril, 1980, p. 39. *Vid.* también, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La política criminal...* Op. Cit., p., p.75.

y 485 CP (Capítulo II, delitos contra la Corona)<sup>356</sup>. Con propiedad, Mapelli aclara que “dentro de la dimensión nominal de la pena, son tres las posibles excepciones a las que se refiere el art. 36 CP, que pueden dar lugar a la imposición de penas de más de veinte años. La primera es debida a que algunos delitos se castigan con penas superiores (p. ej. arts 473.1; 484.1; 572.1 1º; 605.1 CP). La segunda se debe a la mera acumulación de penas en los casos de pluralidad de infracciones (art. 73 CP) y, finalmente, la tercera se encuentra en el art. 70 CP, dentro de las reglas de determinación de la pena, donde se prevé para los supuestos de una sola infracción la prolongación de la prisión hasta los treinta años, si hubiere que elevarla a grados superiores”<sup>357</sup>. Así, en este país, al depender del caso en concreto la pena puede ser aplicada hasta 40 años<sup>358</sup>, “más allá de este tiempo la estancia continuada en prisión se torna en una pena ilegal”<sup>359</sup>.

Siempre con ánimo de comparación, conviene subrayar que en Brasil, la ejecución de la pena de prisión no puede superar los treinta años, por determinación expresa del art. 75 del Código Penal brasileño. Así, aunque el delincuente haya ejecutado varios hechos delictivos, el juzgador debe unificar las penas aplicadas, atendiendo a lo que determina el referido artículo. En Italia, según Mantovani, el tope máximo de la pena de privación de libertad

---

<sup>356</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 506. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. Cit. p. 61. En este sentido, tratando sobre la duración de la pena de prisión en España, dice Mir Puig: “de tres meses a veinte años, como regla general (art. 36, 1 CP), salvo los casos en que puede llegar a veinticinco (art. 140 CP), a treinta años (arts. 485, 572 CP) y, en algunos supuestos de concurso real de delitos, hasta cuarenta años (art. 76 CP, tras su modificación por la LO 7/2003)”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 687.

<sup>357</sup> Y sigue Mapelli: “En propiedad ninguno de los tres supuestos viene a establecer una excepción, aunque otra cosa da a entender el art. 36 CP en la cláusula «salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código». Así las cosas, el límite de los veinte años que explicita el art. 36 CP para la prisión tiene escasa virtualidad. Quizás el legislador ha querido con él establecer una directriz político criminal pensada sobre todo para la parte especial, en virtud de la cuál no podrá castigarse ningún delito con una pena superior a los veinte años, salvo supuestos excepcionalmente graves”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., pp. 89/90.

<sup>358</sup> En Brasil, el tiempo de cumplimiento de la pena de prisión no puede superar a los 30 (treinta) años (art. 75, § 1 CP brasileño).

<sup>359</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 90.

temporal (la *reclusione*) es de veinticuatro años, pudiendo llegar a los treinta en caso de concurso de delitos o de agravantes<sup>360</sup>.

Hay que señalar que en España el tope mínimo de tres meses de la pena de prisión ha sido fijado a partir de la LO 15/2003. Antes de tal reforma, la legislación establecía una duración mínima de la pena de prisión en seis meses. Así, cabe decir que a diferencia de lo que orientan los más serenos planteamientos de política criminal que apuntan la necesidad de supresión de la pena corta de prisión, la mencionada reforma vino a promover el resurgimiento de las penas cortas de prisión en territorio español al rebajar a los tres meses. En la opinión de Polaino Navarrete “la solución no reside, pues, en mantener a toda costa la pena de prisión para los delitos menores y buscar un fundamento preventivo-general que legitime dicha pena, sino precisamente en suprimir la prisión como castigo para los delitos menores, buscando otras alternativas en el amplio abanico de la taxonomía penal”<sup>361</sup>. Sin embargo, a pesar de lo que vienen propagando importantes voces, como bien destaca la referida y sensata afirmación de Polaino Navarrete, aún así, en la actualidad, la pena de prisión puede ser aplicada para los delitos clasificados como menos graves, que son aquellos que presentan una pena de tres meses a cinco años, conforme establece el art. 33 CP. También, a los delitos graves, que son los que presentan duración superior a cinco años, por supuesto, se aplica tal modalidad de pena. De otra parte, la pena de prisión no se aplica en los casos de las penas leves<sup>362</sup>.

La verdad es que en España, así como en otros Ordenamientos jurídicos, se ha verificado que, en el contenido de las reformas más recientes, hay un cierto endurecimiento de la Ley penal y una peligrosa tendencia hacia el expansionismo del Derecho penal. En esta línea, conviene destacar que el propio Código penal de 1995, por si sólo, ha implementado un modelo más

---

<sup>360</sup> En este sentido, afirma Mantovani: La *reclusione* è La privazione della libertà personale temporanea, per un tempo che va da 15 giorni a 24 anni (massimo che può essere elevato fino a 30 anni in caso di concorso di aggravanti o di reati). MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*, Op. Cit., p. 745. Vid también, MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*, Op. Cit., p. 807. Vid, también, FIANDACA, Giovanni–MUSCO, Enzo. *Diritto penale, parte generale*. 5ª ed., Bologna, Editorial Zanichelli, 2007, p. 718.

<sup>361</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. Cit., p. 66.

<sup>362</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. Cit. p. 62.

rígido en algunos de sus dispositivos. De este mismo modo, la LO 11/2003<sup>363</sup> (de 29 de septiembre), la LO 15/2003<sup>364</sup> (de 25 de noviembre), la LO 20/2003<sup>365</sup> (de 23 de diciembre) y la LO 1/2004<sup>366</sup> (de 28 de diciembre) también han pavimentado un tratamiento más duro en diversos aspectos de la Legislación penal, aunque se reconozca que estas reformas también han desarrollado importantes avances. De este modo, es oportuno destacar un importante comentario realizado por Sáinz-Cantero Caparrós: “es que, aun cuando el nuevo texto punitivo responde a muchos de los requerimientos que tanto desde el ámbito doctrinal como desde el jurisprudencial se hacían al Legislador, no es menos cierto que los cambios radicales, los giros copernicanos en un mundo normativo tan rígido como el que corresponde al Derecho Penal, en ocasiones comprometen más de lo que resuelven, generando problemáticas diversas y a veces más profundas de las que pretenden resolver”<sup>367</sup>.

Morillas Cueva puntualiza algunas particularidades de las citadas reformas que demuestran el endurecimiento de la Ley penal. Entre otras, destaca el autor en cita: “(...) d) ampliación considerable de preceptos ya existentes (verbigracia art. 173.2, anterior 153); e) agravación de determinados tipos en atención a la especial situación del sujeto pasivo (por ejemplo, los números 4 y 5 del art. 148 y el párrafo 2.º del número 2 del art. 172); e) incremento de penas o añadido de nuevas (del arresto mayor —de un mes y un día a seis meses— del Código penal precedente a la pena de prisión de seis meses a tres años o, incluso, a cuatro años del vigente para las mismas conductas tipificadas, así, entre otros, art. 169.1 (amenazas condicionales) o art. 249 (estafa); f) ampliación del límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión hasta los cuarenta años y disminución del límite mínimo a los tres

---

<sup>363</sup> Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

<sup>364</sup> Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>365</sup> Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal.

<sup>366</sup> Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

<sup>367</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. *Los delitos de incendio*. Granada, Editorial Comares, 2000, p. 5.

meses; incorporación, como penas accesorias o como prohibiciones, de residir en determinados lugares o acudir a ellos, aproximarse o comunicarse con la víctima o con sus familiares (...)”<sup>368</sup>.

En esta misma vertiente, ha sido igualmente criticada la reforma 7/2003, que ha instaurado un *periodo de seguridad*, ampliando la estancia, efectivamente, en prisión. El referido periodo de seguridad imposibilita que los condenados a pena superior a los cinco años accedan al tercer grado de tratamiento si no cumplieron la mitad de la condena. A la vista de esta reforma, Mapelli considera que “se trata de una disposición de naturaleza penitenciaria cuya presencia aquí sólo sirve para generar problemas de sistematicidad y poner, una vez más de relieve, la escasa consideración que merece la cuestión penitenciaria”<sup>369</sup>.

Los aspectos destacados en los párrafos anteriores reflejan tanto la tendencia expansionista del Derecho penal como el negativo rigor de la Ley penal y la evidente ampliación del uso de las penas privativas de libertad. Conviene decir que el referido endurecimiento es resultado de la conjugación de una serie de factores, como, por ejemplo: el aumento del nivel de violencia; los escasos éxitos de los planteamientos preventivos-especiales<sup>370</sup>; la crisis de la ideología del tratamiento penitenciario; la ineficacia de algunas medidas alternativas; y también —y lo que es lamentable— la alarma social estimulada, sobre todo, por los medios de comunicación<sup>371</sup>, y el oportunismo legislativo<sup>372</sup>.

---

<sup>368</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 34.

<sup>369</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 90

<sup>370</sup> Aduce Morillas Cueva: “(...) no han faltado las valoraciones más o menos radicalizadas. Intensa es la de ZAFFARONI que llega a calificar la situación de fracaso de las ideologías de la resocialización y todo el conjunto de teorías preventivas especiales positivas, que coincide con la crisis del Estado providente, ante lo que resulta que en la realidad la prisión se convierte en un mero local de depósito de seres humanos deteriorados”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 30.

<sup>371</sup> Según Brandariz García: “Los medios de comunicación masiva han ido conformando una determinada gramática de producción de imágenes de la inseguridad y, singularmente, de la inseguridad ante el delito; puede afirmarse, sin temor a incurrir en hipérbolos, que esta gramática ha contribuido sobremanera a priorizar la inseguridad ciudadana en la percepción subjetiva de los riesgos contemporáneos, así como a generar la desproporción entidad objetiva-sensación subjetiva de los peligros. La atención de los medios al delito se relaciona con la facilidad del mismo para ser objeto de presentación espectacular, y con los consiguientes beneficios en un mercado de la comunicación con una notable tensión competitiva (...)”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*. El

Ocurre que Derecho penal no es castigo ni tampoco debe constituirse en un instrumento que responda a todos los problemas y conflictos sociales. Al contrario, el principio de intervención mínima y el carácter subsidiario de la ley punitiva han de ser respetados y observados por el legislador en el momento de proceder a cualquier tipo de reforma en el Código penal. Sáinz-Cantero Caparrós critica el uso excesivo de la intervención penal, poniendo de relieve que “en no pocos casos, la generación de normas penales ineficaces, o puramente simbólicas, por ser innecesarias, o por aparecer como una utilización puramente sancionatoria, como simple brazo armado de otros sectores del Ordenamiento, lo que determina un absoluto confusionismo e incluso el solapamiento entre los diversos sectores jurídicos que convergen a la regulación de un determinado fenómeno”<sup>373</sup>.

Lo cierto es que el uso excesivo e inadecuado del Derecho penal y de las penas privativas de libertad, especialmente de la pena de prisión, provoca problemas todavía más serios como, por poner un ejemplo, el distanciamiento del individuo de la sociedad y, consecuentemente, de las reglas sociales, culturales y, principalmente, de la familia, para ingresarle en la subcultura de la cárcel. De esta forma, la resocialización del penado pasa a segundo plano, estimulándose mucho más la delincuencia secundaria, siendo ésta entendida como el hecho del condenado, tras cometer un delito, volver a ejecutar otros, en general, más graves que el primero.

Todavía sobre lo anterior, es imprescindible aducir que, en general, la pena al ser aplicada debe ser la más humana, la más justa y la más adecuada posible<sup>374</sup>, tanto desde el punto de vista preventivo-general como preventivo-

---

*sistema penal en tiempos de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*. Granada, Editorial Comares, 2007, p. 69/70

<sup>372</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 30/31.

<sup>373</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Barcelona, Editorial Atelier, 2002, p. 26.

<sup>374</sup> Según la «Recomendación REC (2006) 2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (1) (adoptado por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 952ª Reunión de Delegados de Ministros)»: “(...) Habiendo aprobado una serie de normas contenidas en las recomendaciones del Comité de Ministro del Consejo de Europa, que tratan aspectos específicos de la política y la práctica penitenciarias y más concretamente las siguientes: nº R (89) 12 sobre educación en prisión; nº R(93) 6 concerniente a los aspectos penitenciarios y criminológicos de control de las enfermedades transmisibles y, especialmente, el sida y los problemas conexos de salud en prisión, nº R(97) 12 sobre el

especial. Así, la consecuencia jurídica del delito a ser impuesta debe ofender, en el mínimo posible, la libertad. Pues la regla debe ser la libertad y la prisión, conforme bien señala Morillas Cueva, la *ultima ratio de la ultima ratio* que es el Derecho punitivo en el Estado social y democrático de Derecho<sup>375</sup>.

Lo cierto es que suprimidas las penas corporales y la pena de muerte, la prisión pasó a ser, en España, en Brasil y en varios otros países, la consecuencia jurídica más significativa y también la más drástica. No obstante, a pesar de ser bastante importante para desarrollar el fortalecimiento de la conciencia colectiva de la norma penal, de otra parte, la prisión sigue siendo una institución en permanente crisis. La pluma de Mapelli subraya que “no deja de sorprender que tan relevante como la prisión lo sea su propia crisis, hasta el extremo de que no es exagerado afirmar que la crisis de la prisión es tan antigua como ella misma<sup>376</sup>”. Esta afirmación justifica la existencia de institutos alternativos como, por ejemplo, es la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

### 3.2. Breve crítica a la pena de prisión.

La sociedad siempre utilizó el castigo como forma de controlar la conducta de sus semejantes y de preservar la convivencia y la relación armónica de los miembros de un mismo grupo social, asegurando, sobre todo, el respeto a las reglas pactadas<sup>377</sup>. De esta forma, al violar la norma penal se

---

personal a cargo de la aplicación de penas y medidas; nº R (98) 7 relativa a los aspectos éticos y organizativos de la asistencia de la salud en el ambiente penitenciario; nº R (99) 22 relativo a la sobrepoblación de las prisiones y la inflación carcelaria; Rec (2003) 22 concerniente a la libertad condicional y la Rec (2003) 23 concerniente a la gestión por la administración penitenciaria de las condenas a perpetuidad y a otras penas de larga duración; (...). In, MAPELLI CAFFARENA, Borja. Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas... Op. Cit., p. 2.

<sup>375</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 28.

<sup>376</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Navarra, Editorial Civitas, 2005, pp. 67/68.

<sup>377</sup> “La experiencia nos confirma que así sucede en todos los grupos sociales, desde la familia donde se interiorizan los valores básicos en el proceso de socialización, a los Estados y las organizaciones internacionales, pasando por cualquier asociación, corporación o comunidad de carácter intermedio. RUIDIAZ GARCÍA, Carmen. «Instituciones de control. Visiones desde las ciencias sociales», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu–RUIDIAZ GARCÍA, Carmen

deflagra un conflicto entre el delincuente y la sociedad<sup>378</sup>, aplicándose al culpado, una respuesta punitiva que, esencialmente, debe cumplir un papel preventivo.

Primitivamente, la pena fue interpretada y utilizada como un instrumento de venganza. En este sentido, Stratenwerth señala que en la antigüedad “se preguntó si ello no contituye una venganza irracional, una reacción sin sentido, más bien destructora”<sup>379</sup>. Con la evolución social y científica, surgieran otros planteamientos más modernos que pasaron a concebirla como un mecanismo utilitario. En este contexto de transformación de ideas, también se puede notar una importante evolución en el tratamiento conferido a la pena prisión.

Inicialmente la referida pena era comprendida como un instrumento de carácter eminentemente procesal. Con el pasar de los siglos, la prisión se consolidó como una respuesta punitiva que vino a sustituir otras penas consideradas extremadamente tiránicas como es la pena de muerte, los azotes, las deportaciones y las galeras<sup>380</sup>. Aludiendo a esta significativa mudanza realizada en la concepción del sistema penal, que ocurrió más intensamente a partir del siglo XVIII, Ruidiaz García afirma que “el Derecho penal de las monarquías absolutas con el espectáculo de las ejecuciones, los procesos, con la tortura como herramienta de indagación, las cadenas de galeotes y presidiarios que atravesaban los pueblos camino de los destinos donde se cumplían las penas, resumían la arbitrariedad de los poderes a los cuales estaban sometidos los súbditos. Estos ceremoniales de la justicia, que habían formado parte de la vida de los pueblos durante el siglo, comenzaron a

---

(coordinadores). Problemas criminológicos en las sociedades complejas. 1ª ed., Navarra, Editorial Universidad Pública de Navarra, 2000.

<sup>378</sup> Afirma Cid Moliné que: “Las dos filosofías penales más influyentes en el derecho penal accidental –la tradición utilitarista y la tradición retribucionista– comparten la idea que el delito no supone, primariamente, un conflicto entre delincuente y víctima, sino entre delincuente y sociedad en su conjunto”. CID MOLINÉ, José. «Medios alternativos de solución de controversias», en *Anuario de la Facultad de Derecho De La Universidad Autónoma De Madrid*, n. 11, 2008, p. 152.

<sup>379</sup> STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general I*. Trad. Cancio Meliá y Sancinetti. Navarra, Ed. Aranzadi, 2005, p. 24.

<sup>380</sup> RUIDIAZ GARCÍA, Carmen. «Instituciones de control. Visiones desde las ciencias sociales», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu–RUIDIAZ GARCÍA, Carmen (coordinadores). *Problemas criminológicos...* Op. Cit., p. 198.



ser insoportables e incompatibles con la sensibilidad moral y política de los hombres del siglo XVIII”<sup>381</sup>.

Sin embargo, a pesar de la evidente revolución histórica y de la relevante innovación de pensamiento celebrada, en diversos Ordenamientos jurídicos, tras la sustitución progresiva de las penas corporales, infamantes y de muerte, por la pena de prisión, aún así, a lo largo del tiempo, se constató que la pena privativa de libertad también se revelaba como un instrumento de punición indiscutiblemente severo, deshumano e, incluso, en muchos casos, absolutamente inútil. En esta línea, la doctrina de Stratenwerth, al destacar la evolución histórica de la pena, sintetiza sus diversas variaciones: “tanto el sacrificio del infractor del Derecho, marcado por concepciones mágico-sacrales, como el horror de las penas de muerte y corporales medievales, dirigidas a la más cruda de las intimidaciones, o la pena privativa de libertad de la Edad Moderna, orientada a la «corrección»<sup>382</sup>.

La pena de prisión experimentó numerosos modelos diferentes. Crearon diferentes sistemas, como el Pensilvánico (o *Filadélfico*<sup>383</sup>), el de Auburn<sup>384</sup> y el Progresivo. Todos los citados modelos fracasaron en lo que se refiere a la

---

<sup>381</sup> RUIDIAZ GARCÍA, Carmen. «Instituciones de control. Visiones desde las ciencias sociales», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu–RUIDIAZ GARCÍA, Carmen (coordinadores). Problemas criminológicos... Op. Cit., p. 200.

<sup>382</sup> Y sigue Stratenwerth: “Por ello, se puede poner en duda que, desde el punto de vista histórico, siquiera quepa hablar de «la» pena como un solo y mismo fenómeno. De ello no se sigue, sin embargo, que la pena en el momento actual, en nuestro lugar histórico, pueda ser dotada de cualquier sentido. Antes bien, su naturaleza viene codeterminada, precisamente, por la historia de la que ha surgido. Por eso, dicho con un ejemplo extremo, no somos libres de volver al pensamiento de los primeros tiempos de la humanidad, entendiendo la pena como restablecimiento mágico del orden vital perturbado, aunque aún hoy en día haya restos de esa manera de pensar que perviven de modo soterrado”. STRATENWERTH, Günter. Op. Cit., pp. 24/25.

<sup>383</sup> El sistema *Filadélfico* presentaba las siguientes características: “Aislamiento absoluto tanto diurno como nocturno (...). Ausencia de visitas (...). La instrucción religiosa formaba parte importante del sistema (...). La ociosidad era casi absoluta (...)”. RUIDIAZ GARCÍA, Carmen. «Instituciones de control. Visiones desde las ciencias sociales», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu–RUIDIAZ GARCÍA, Carmen (coordinadores). Problemas criminológicos... Op. Cit., p. 206.

<sup>384</sup> Las características principales del sistema de Auburn eran: “Aislamiento celular nocturno (...). Vida asociada durante el día (day association). Dedicada al trabajo en agricultura, talleres o en obras públicas. El trabajo no sólo tenía un interés formativo o terapéutico, se pretendía que fuera productivo y rindiera beneficios (...). Regla de silencio (...)”. RUIDIAZ GARCÍA, Carmen. «Instituciones de control. Visiones desde las ciencias sociales», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu–RUIDIAZ GARCÍA, Carmen (coordinadores). Problemas criminológicos... Op. Cit., p. 206/207.

consecución de los fines preventivo-especiales. Por el contrario, se evidenció en la pena de prisión, durante toda su existencia, un carácter destructivo y provocador de irreparables efectos negativos sobre el penado. La historia así lo demuestra que la prisión no ha conseguido corresponder, hasta estos momentos, a los fines de reinserción social<sup>385</sup> y reeducación del criminal, a pesar de las diferentes reformas implementadas y de los esfuerzos realizados para obtener la tan esperada resocialización del delincuente. De otra parte, es importante subrayar que la prisión ha cumplido (*hasta determinado punto*) con su meta preventivo-general. Y por este motivo, no se puede, todavía, suprimirla del Ordenamiento jurídico vigente.

Constatado lo anterior, surge, naturalmente, en la doctrina serios cuestionamientos acerca de la necesidad de limitar la aplicación de la pena de prisión, porque se trata de una reacción bastante grave, inútil y que somete el delincuente a la degradante subcultura carcelaria. A lo largo de los últimos siglos, las críticas a la pena de prisión han aumentando considerablemente. En los Congresos Internacionales Penitenciarios, realizados entre los años 1872 a 1895, fue intenso el debate acerca de la necesidad de encontrar alternativas a la pena de prisión. En el II Congreso Internacional de Criminología (París, 1955) la tesis del efecto criminógeno de la pena de prisión fue tema ampliamente discutido lo que estimuló la convicción de que tal pena era un instituto en crisis. En esta oportunidad, ya se consideraba que la prisión no servía para frenar la violencia. Al contrario, la estimulaba puesto que se constituya en un mecanismo que favorecía a la realización de atrocidades<sup>386</sup>.

Por lo tanto, ha de encontrarse caminos alternativos que posibiliten, progresivamente, la sustitución de la pena de prisión, sea ya en el momento de su aplicación o en la fase de su ejecución. En este sentido, es de fundamental importancia destacar lo que propugnó Sainz Cantero: “la verdadera reforma

---

<sup>385</sup> Mapelli Caffarena destaca que “(...) La reinserción social nos sitúa frente a un condenado más real, más concreto; ante un sujeto con muchas carencias, algunas de las cuales tienen su origen en su propia condición de recluso. El sistema penitenciario no puede pretender, ni es tampoco su misión hacer buenos a los hombres, pero si puede, en cambio, tratar de conocer cuales son aquellas carencias y ofrecerle al condenado unos recursos y unos servicios de los que se pueda valer para superarlos (...)”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas... Op. Cit., p. 4.

<sup>386</sup> OLIVESKI BURTET, Patrícia. «Sistema penal brasileiro e as alternativas à prisão», en *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, ano 3, núm. 5, Porto Alegre, 2002.

‘penitenciaria’ sería suprimir la pena de privación de libertad. Esta debe ser la meta a alcanzar. Hoy por hoy, sin embargo, la supresión es imposible<sup>387</sup>. Pues como se ha destacado, la prisión es todavía una consecuencia jurídica que responde, en muchos supuestos, a las necesidades de prevención general. Es cierto que actualmente no se vislumbran alternativas a la pena de prisión de larga duración. Éste es un tema extremadamente serio, problemático, delicado y, en actualidad, de difícil solución<sup>388</sup>. No obstante, Sainz Cantero señala que “se puede iniciar el camino que conduce a esa meta, y ese camino es el de la sustitución progresiva de la pena de privación de libertad”<sup>389</sup>, iniciándose tal proceso a partir de las penas privativas de libertad de corta duración.

Dicho esto, cabe insistir que la pena de prisión, de un lado, es imprescindible para la producción del efecto preventivo-general y, consecuentemente, para la manutención del sistema jurídico-penal vigente y, de otro, es también la causa de innumerables perjuicios para el Estado y para la persona condenada. Por esta razón, varios juristas han investigado y estudiado en busca de encontrar soluciones alternativas a la pena prisión, pero no han logrado todavía el éxito esperado. Subraya Morillas Cueva que “es paradójico que las reiteradas demandas a los substitutivos penales se oscurecen una y otra vez con la prepotencia de una pena que, por necesaria, no cede prácticamente terreno”<sup>390</sup>.

La verdad es que el legislador debe acercarse con cautela a la hora de establecer la pena de prisión, como consecuencia de determinado delito, para no ofender los postulados garantistas del Estado social y democrático de Derecho, especialmente lo que preconiza el principio de humanidad, de intervención mínima y de fragmentariedad del Derecho penal. Del mismo modo el juzgador debe ser cauteloso a la hora de aplicar pena de prisión a un

---

<sup>387</sup> SAINZ CANTERO, José A.. «La sustitución de la pena de privación de libertad», en *Estudios Penales II, La reforma penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1978, p. 220. Vid. SUÁREZ LÓPEZ, José María. *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código penal español*. Granada, Ed. Comares, 2000, pp. 194/195.

<sup>388</sup> Vid., MORILLAS CUEVA, Lorenzo. En AAVV. «Sobre las difíciles alternativas a las penas de prisión», en *La implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil*, La Habana, 2006, p. 216.

<sup>389</sup> SAINZ CANTERO, José A.. «La sustitución de la pena...», Op. Cit., p. 220. También, MORILLAS CUEVA, Lorenzo. En AAVV. «Sobre las difíciles alternativas...». Op. Cit., p. 211

<sup>390</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., pp. 39/40.

supuesto específico, puesto que la prisión debe constituirse siempre en la última medida a ser adoptada. El Estado social y democrático de Derecho no permite aplicar sanción que desprece la dignidad humana<sup>391</sup> ni tampoco que exceda el límite de la culpabilidad del condenado. A la vista de este argumento, puede decirse que no interesa al Derecho penal la pena de prisión impuesta en una dimensión considerada de larga ni de ínfima duración. Conforme señalan Muñoz Conde–García Arán, de un lado “razones de prevención general obligan a mantener la pena de prisión en el sistema actual y, por otro, la necesidad de evitar la desocialización del condenado empuja a limitarla, de la combinación de ambos criterios resulta un planteamiento que tiende a reducir las dimensiones de la pena de prisión tanto por su máximo como por su mínimo, esto es, a prescindir de las penas de prisión excesivamente largas y también de las excesivamente cortas”<sup>392</sup>.

Las penas de prisión extremadamente largas alejan al penado de la sociedad sin lograr su recuperación social y tampoco responde, a partir de determinada medida, a su finalidad preventivo-general, especialmente en aquellas hipótesis en que el sujeto está decidido a cometer un determinado delito. Por otro lado, las penas cortas de prisión no pueden cumplir eficazmente los fines atribuidos a la pena, por su escasa duración. Así, conviene afirmar que la pena de prisión puede efectivamente lesionar el principio de humanidad<sup>393</sup>. En este sentido Muñoz Conde–García Arán explican que “en realidad, tanto las penas de prisión cortas como las largas se evitan por razones humanitarias y basadas en la concepción del Derecho penal como *ultima ratio*: las penas excesivamente largas, porque suponen en la práctica la separación definitiva del individuo respecto al cuerpo social y las excesivamente cortas, porque la escasa gravedad de las conductas a las que

---

<sup>391</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo, Editorial Saraiva, 2006, p.39. Como bien apunta Mapelli Caffaren: “(...) La prisión no puede añadir mas castigo al condenado que la privación de su libertad ambulatoria (...)”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas... Op. Cit., p. 4

<sup>392</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 504.

<sup>393</sup> Vid. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas...* Op. Cit., p.39.

deberían imponerse aconseja acudir a mecanismos sancionadores menos duros y estigmatizantes que la prisión”<sup>394</sup>.

Como se anticipó, en los comentarios realizados en el apartado anterior, se nota que, en actualidad, hay una banalización de la pena de prisión y un descoordinado expansionismo del Derecho penal. Tal hecho viene a alarmar a todos, particularmente a los juristas, porque es bastante preocupante y sorprendente el progresivo aumento del número de normas penales y el incremento de la utilización de la prisión. Este expansionismo se enfrenta al principio de la intervención mínima del Estado que busca exactamente limitar el poder incriminador del Estado. Este principio orienta que la tipificación de una conducta sólo se legitima cuando es el único medio para ejercer la protección de un determinado bien jurídico. Así, no se recomienda la creación de un tipo penal cuando otros medios de control social pueden tutelar el bien jurídico<sup>395</sup>.

Como ejemplo del expansionismo del Derecho penal se puede mencionar algunas conductas que han sido tipificadas, a pesar de ya ser punidas por otras ramas del Derecho. García Arán subraya que “los ejemplos que pueden citarse son numerosos, pero como expresión significativa pueden citarse los que se encuentran en la confluencia entre los delitos contra los derechos de los trabajadores y los ilícitos administrativos contenidos en la legislación laboral”<sup>396</sup>. Y sigue la autora en cita: “el problema es que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (art. 47.16), a la que se remite el Código el Código Penal, define como infracción administrativa todo incumplimiento que cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores”<sup>397</sup>. También se observa la penalización de “algunos delitos contra la intimidad o antiguas infracciones de la legislación mercantil sobre sociedad anónimas que

---

<sup>394</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Op. Cit.*, p. 505.

<sup>395</sup> Sobre esta afirmación, dice Bitencourt que este principio veda que el poder punitivo del Estado aplique sanciones que ofendan la dignidad humana o que lesionen la constitución físico-psíquica de los ciudadanos condenados. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas...* *Op. Cit.*, p.35.

<sup>396</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. «Despenalización y privatización: ¿tenencias contrárias?», en *Revista de Derecho Penal*, n. 14, 2004, p. 99.

<sup>397</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. «Despenalización y privatización...», *Op. Cit.*, p.99.

se incluyen entre los nuevos delitos societarios”<sup>398</sup> etc... En estas hipótesis hay una clara duplicidad de normas sancionadoras (penales y extrapenales), respecto de un mismo delito y, en algunas situaciones, no existe una clara delimitación entre los criterios de utilización de una u otra vía, pudiéndose hablar en inseguridad jurídica e, incluso, en una potencial desformalización del carácter de intervención del Derecho penal.

Una de las consecuencias más catastróficas del expansionismo del Derecho penal y de la banalización de la pena prisión es la superpoblación carcelaria. Este tema ocupa el centro de preocupación de juristas de distintos países y de investigadores de diferentes ramas del conocimiento.

Por poner un ejemplo, los datos del Ministerio de Justicia brasileño apuntaba, ya en el mes de septiembre del año de **1980**, la necesidad del Estado llevar a cabo una política impactante en dirección a la solución de los problemas carcelarios, en especial la superpoblación de su sistema penitenciario. En el citado año ya se apuntaba la necesidad de discutir e implementar urgentemente un nuevo modelo de prisión o, por lo menos, una nueva forma de ejecutar la pena de prisión. En el referido año, diversas penitenciarias exhibían números que mostraban concretamente señales de exagerada población carcelaria. Para bien explicitar la grave situación de tal sistema, conviene destacar algunos datos referente a tal año: la Casa de Detención de São Paulo (capital) que poseía capacidad para 2.200 presos, presentaba población de 6.584 penados; el Instituto Penal Esmeraldino Bandeira (Bangu) que poseía capacidad para 750 reclusos, presentaba población de 1.260 presos; el Instituto Presidio Helio Gomes, localizado en Rio de Janeiro, que poseía capacidad para 400 presos, presentaba población de 880 reclusos; y el Instituto Presidio Evaristo de Moraes, también localizado en Rio de Janeiro, que poseía capacidad para 750 presos, presentaba una población de 1.234 reclusos<sup>399</sup>.

---

<sup>398</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. «Despenalización y privatización...», *Op. Cit.*, p.99.

<sup>399</sup> Estos datos pueden ser encontrados en la obra del jurista brasileño René Ariel Dotti, que añade las siguientes informaciones sobre la situación penitenciaria brasileña en el año de 1980: “Maceió, Establecimiento Prisional São Leonardo (capacidad para 200 presos y población de 321); Cadena Publica de Campo Grande (capacidad para 100 presos y población de 142); Penitenciaria Agrícola de Neves, Mina Gerais (capacidad para 500 presos y población de 733); Prisión Provisoria de Curitiba (capacidad para 350 presos y población de 850);

En los años subsecuentes, la legislación brasileña pasó por diversas modificaciones y reformas, criándose nuevas leyes e introduciendo, entre otros aspectos, elementos normativos que permitiesen atenuar la grave realidad de su sistema penitenciario. A título de ejemplo, es importante verificar que posteriormente se instituyeron las siguientes normas: en julio de **1984**, la parte general del Código penal brasileño fue modificada (la Ley n. 7.209 de 11 de 1984); en el año de **1988** fue promulgada la vigente Constitución Federal Brasileña; En **1995**, fue aprobada la Ley 9.099 de 26 de septiembre de **1995**, que crió el juicio especializado para los delitos de menor potencial ofensivo, posibilitando —entre otros aspectos— la suspensión del seguimiento del proceso si el acusado aceptase cumplir determinadas condiciones; En 25 de noviembre de **1998**, fue creada la ley 9.714, que estimuló y amplió la aplicación de las penas alternativas, permitiendo que el juzgador sustituya la pena privativa de libertad *aplicada hasta 4 años*, por una medida alternativa; y en julio de **2001**, entró en vigor la Ley 10.259 que dio mayor extensión al ámbito de competencia del referido juicio especializado.

Sin embargo, a pesar de todo el esfuerzo legislativo, del aumento de la aplicación de las penas alternativas, de la construcción de innumerables penitenciarias y de la inversión de significativos recursos financieros aplicados con la finalidad de modificar tal realidad, aún así, se verificó un vertiginoso y preocupante crecimiento de la población carcelaria y un aterrador déficit en el número de plazas para presos. En **2005**, conforme los datos del Ministerio de Justicia de Brasil, el número de ciudadanos presos, en todo el país, consistía en **308.304** personas; no obstante, las instituciones penitenciarias sólo poseían capacidad para **179.489** presos, por lo tanto, el déficit era de **128.815**<sup>400</sup> plazas. En el citado año de **2005**, el sistema penitenciario brasileño presentaba una alarmante tasa de **182,0** presos por cada cien mil habitantes y un excedente en

---

Penitenciaria Central del Estado de Paraná (capacidad para 600 presos y población de 825); Penitenciaria Prof. Barreto Campelo, Itamaracá (capacidad para 400 presos y población de 441); Instituto Penal Milton Dias Moreira, Rio de Janeiro (capacidad para 400 presos y población de 454); Instituto Penal Cândido Mendes, Angra dos Reis (capacidad para 400 presos y población de 529) (...)". DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Editorial Forense, 2004, pp. 352/353.

<sup>400</sup> Fuente: Ministerio de Justicia de Brasil. *Vid.* También: LEMGRUBER, Julita. En AAVV. «La implementación de penas alternativas: algunas reflexiones», en *La implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil*, La Habana, 2006, pp.83/84.

su población carcelaria de casi **130.000** personas. Sobre esta problemática, Julita Lemgruber, directora del Centro de Estudios sobre Seguridad Ciudadana (CESEC) de la Universidad Cândido Mendes de Rio de Janeiro, alerta que “la situación en algunas unidades carcelarias, principalmente en cárceles de delegaciones policiales, es absolutamente deshumana y cruel”<sup>401</sup>.

Es curioso verificar que, aunque el legislador haya fortalecido el ámbito de la aplicación de las penas alternativas, especialmente en los años de 1995, 1998 y 2001, no se ha logrado reducir la población carcelaria a niveles razonables, de forma que no se puede hablar de dignidad humana, cuando el tema es el sistema penitenciario brasileño. Basta observar los datos del Ministerio de Justicia de **Brasil** que apuntan un espantoso incremento de la población carcelaria y el déficit de plazas para reclusos en aquél país. En el año de **1995**, la población carcelaria era de **148.760** presos (**95,5** por cien mil habitantes); pero las instituciones penitenciarias sólo disponían de **68.597** plazas; por lo tanto, el déficit en el referido año era de **80.163** plazas. En **1997**, la población era de **170.602** ciudadanos presos (**108,4** por cien mil habitantes); la capacidad era para **74.592** presos; y el déficit consistía en **96.010** plazas. En **1999**, la cantidad de presos era de **194.074** (**127,7** por cien mil habitantes); sólo existían **107.049** plazas; de forma que el déficit era de **87.025** plazas. En **2001**, la población carcelaria era de **223.220** personas (**133,6** por cien mil habitantes); no obstante, el sistema penitenciario sólo disponía de **158.561** plazas; de este modo, el déficit era de **64.659** plazas. Y en **2003**, *Brasil tenía una población carcelaria de 240.107 presos (137,5 por cien mil habitantes); sin embargo, poseía capacidad para, tan sólo, 181.865 presos; de esta forma, el déficit era de 58.242 plazas.* Observados los datos anteriores, se puede verificar que en diez años hubo un incremento en **100%** (cien por ciento) en el número de condenados a pena de prisión, a pesar de todo el esfuerzo del Estado,

---

<sup>401</sup> LEMGRUBER, Julita. Op. Cit. P. 85. Em España, Maqueda Abreu señala que “Las consignas de la tolerancia cero no pasan por criminalizar el abuso policial: ni las detenciones arbitrarias ni los malos tratos. En los últimos años, los informes de las asociaciones de derechos humanos y del Defensor del pueblo denuncian un aumento alarmante de torturas y tratos degradantes a detenidos. MAQUEDA ABREU, María Luisa. «La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales», en GARCÍA VALDÉS, Carlos—CUERDA RIEZU, Antonio—MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita—ALCÁCER GUIRAO, Rafael—VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coordinadores). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I, Madrid, Editorial Edisofer, 2008, p. 460.



especialmente, en su vertiente legislativa de crear y fortalecer las alternativas a la prisión. Así, entre los años de **1995 a 2005**, la población carcelaria pasó de **150.000** presos (**95,5** por cien mil habitantes) a aproximadamente **300.000** presos (**182,0** por cien mil habitantes)<sup>402</sup> en Brasil. Es por razones como estas Dautricourt señala que “para tan pobres resultados, la prisión cuesta cara. No abusar del encarcelamiento permite hacer las prisiones no sólo más seguras sino también más humanas”<sup>403</sup>. En esta perspectiva, ha de enfatizarse que más recomendable sería optar por una política-criminal cada vez más alejada de la pena de prisión, pues así podría posiblemente lograrse mejores resultados si, como afirma Cid Moliné, “el dinero invertido en la construcción de prisiones se dedicara a programas de prevención de la delincuencia y de reinserción de las personas encarceladas”<sup>404</sup>.

Como es evidente, el crecimiento del número de personas ingresadas en la cárcel es resultante, también en Brasil, del expansionismo del Derecho penal, del endurecimiento de las respuestas punitivas, del cambio del modelo punitivo rehabilitador hacia un modelo predominantemente represor y, entre otras cosas, del uso electoral del sistema punitivo<sup>405</sup>, unido a la amplia difusión que los medios de comunicación han dado a los temas relacionados a la

---

<sup>402</sup> Vid. también, LEMGRUBER, Julita. Op. Cit. P. 84. D'URSO, Luiz Flávio Borges. «Penas alternativas», en *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 18, 2003, p. 42.

<sup>403</sup> DAUTRICOURT, Joseph Y. Op. Cit., p. 39. Además, señala Mapelli Caffarena: “La necesidad de dar cabida dentro de ellos a más personas de las que caben realmente en el edificio obliga a reducir por debajo de lo permitido los índices de habitabilidad. En primer lugar, deben de respetarse unas condiciones físicas de ventilación, luz y volumetría en aquellos espacios en donde esta previsto que los internos residan. Se echa en falta en este texto una recomendación sobre las dimensiones que debe tener una celda y sobre los metros cuadrados por interno en las zonas comunes. Es una grave equivocación considerar que ambos aspectos son secundarios en relación con otros derechos. Bien al contrario, los privados de libertad hacen un uso muy intenso del espacio de que disponen y prueba de ellos es la frecuencia con la que se describen episodios de mareos y vértigos provocados por periodos largos de internamiento sin que la persona pueda disfrutar de un espacio abierto. Las vistas al exterior no están revistas en ocasiones alegando injustificadas razones de seguridad y aseguramiento”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas... Op. Cit., p. 9/10.

<sup>404</sup> In, CID MOLINÉ, José. «Medios alternativos (...)». Op. Cit., p. 154.

<sup>405</sup> “El uso electoral del sistema penal para hacer frente a la crisis de legitimidad de los gobiernos nacionales es el responsable fundamental del crecimiento del número de personas que se envían a la cárcel. Este populismo punitivo también afecta a las penas no privativas de libertad”. LARRAURI, Elena. «Nuevas tendencias en las penas alternativas», en la *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 53, Ed. RT, 2005, p.66.

delincuencia<sup>406</sup>, sin olvidar otros factores de orden social que influyeron (e influyen) determinantemente en el incremento de las conductas criminales. Todos estos elementos surgieron paralelamente a la creación de las innovaciones legales a respecto de las alternativas a la prisión.

Remitiéndose a los planteamientos de Bottoms acerca del *populismo punitivo*, Larrauri destaca que tal *populismo* ha afectado el desarrollo de las propuestas despenalizadoras y a las penas alternativas, pues, en varios casos, los gobernantes parecen guiados “por tres asunciones: que mayores penas pueden reducir el delito; que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y que hay unas ganancias electorales producto de este uso”<sup>407</sup>. De este modo, la prisión pasó a ser también utilizada, lamentablemente, como un importante instrumento de uso electoral, frente a la natural intolerancia y al creciente clima punitivo entre los ciudadanos.

La preocupación acerca de la alta tasa de encarcelamiento, de la hipertrofia de la legislación penal y de la inflación de la pena de prisión no es un problema de exclusividad de los países en vía de desarrollo. En los países más desarrollados también se encuentran con tal realidad, quizás un poco más amena, pero igualmente inquietante. Al tratar sobre la situación penitenciaria española, Morillas Cueva concluye que “hay un uso desmedido de la pena de prisión y no se logra conseguir los efectos más óptimos de las reguladas alternativas a la pena de prisión, empecinado nuestro sistema en seguir las pautas más tradicionales de reacción penal sustentadas básicamente en el encarcelamiento<sup>408</sup>”. Exactamente por esta razón, el autor en cita alerta sobre la necesidad de proceder a una urgente reflexión científica, política y social sobre este tema. Morillas Cueva denuncia la “excesiva tasa de población

---

<sup>406</sup> En la misma vertiente, aduce Morillas Cueva: “A todo ello posiblemente haya que unir el creciente protagonismo que en los medios de comunicación han tomado los temas relacionados con la delincuencia que en muchas ocasiones traslada una intensa sensación de miedo y de inseguridad que hacen poco fiables los mecanismos no carcelarios de reacción penal y generan una peligrosa desconfianza de los ciudadanos en el sistema legal, más intensa en la aplicación de las alternativas a la pena de prisión”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 65.

<sup>407</sup> LARRAURI, Elena. «Nuevas tendencias ...», Op. Cit., p. 67. También, LARRAURI, Elena. «Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión», en BACIGALUPO, Silvina-CANCIO MELIÁ (coords.). Derecho penal y política transnacional, Barcelona, Editorial Atelier, 2005, p. 284.

<sup>408</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 64.

penitenciaria, a nivel interno y comparado, a pesar de los mecanismos alternativos”<sup>409</sup>. Y justifica que en el año de **2004**, la población penitenciaria en **España** era de **140.3** presos por cien mil habitantes y aduce que tal tasa se encuentra “por detrás de los países más significativos de Europa —**Italia, 96,9; Alemania, 96,5; Francia, 90,5; Suecia, 81,7; Dinamarca, 69,7; Finlandia, 66,0**—”<sup>410</sup>.

Particularmente en España, se nota un evidente incremento en los números de la población carcelaria<sup>411</sup>. En el año **1996**, este país, poseía **44.312** reclusos (**112** presos por cien mil habitantes). En **1997**, eran **43.452** presos (**109** reclusos por cien mil habitantes). En **1998**, **44.747** presos (**112** reclusos por cien mil habitantes). En **1999**, **45.406** presos (**113** reclusos por cien mil habitantes)<sup>412</sup>. En **2000**, **45.309** reclusos (**114** presos por cien mil habitantes). En **2001**, **46.594** (**117** reclusos por cien mil habitantes). En **2002**, **50.537** (**126,2** por cien mil habitantes). En **2003**, este número pasó para **54.491** presos (es decir, **135,8** reclusos por cien mil habitantes). En **2004**, eran **58.655** presos (**140.3** reclusos por cien mil habitantes)<sup>413</sup>. En **2005**, **60.707** (**138** presos por cien mil habitantes). En **2006**, eran **63.248** presos (o sea, **141** presos por cien mil habitantes)<sup>414</sup>.

---

<sup>409</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 63. Ruidiaz García destaca el perfil social del recluso español en el año de 1999: varón - “el 90 % de la población reclusa, 10 % de mujeres”; (...) el grupo de edad más frecuente era “el comprendido entre 26 y 30 años”; (...) “El 10,1 % son analfabetos totales, el 19,07 % analfabetos funcionales”; (...) “el 49,6% se encontraba trabajando en el momento de ingresar en prisión”; (...) “el 84,2 % de la población reclusa convivía con su pareja o con otros familiares en el momento de su ingreso en prisión”. RUIDIAZ GARCÍA, Carmen. «Instituciones de control. Visiones desde las ciencias sociales», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu–RUIDIAZ GARCÍA, Carmen (coordinadores). Problemas criminológicos... Op. Cit., p. 222.

<sup>410</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 63.

<sup>411</sup> Ruidiaz García también destaca algunos datos publicados por el INE y por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias acerca de la evolución de la población penitenciaria de España. Así: En el año de **1966** eran **10.765 reclusos**; en **1971**, eran **11.598**; en **1976**, eran **9.937**; en **1981**, eran **21.185**; en **1986**, eran **25.428**; en **1991**, eran **37.559**. RUIDIAZ GARCÍA, Carmen. «Instituciones de control. Visiones desde las ciencias sociales», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu–RUIDIAZ GARCÍA, Carmen (coordinadores). Problemas criminológicos... Op. Cit., p. 209. (destacamos nosotros)

<sup>412</sup> Fuente: CID MOLINÉ, José. «El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: diagnóstico y remedios», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, artículo 2, n. 6, 2008, p. 3.

<sup>413</sup> Fuente: MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 63

<sup>414</sup> Fuente: CID MOLINÉ, José. «El incremento de la población reclusa...» ... Op. Cit., p. 3

Estos datos presentados por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias deben ser analizados con profunda preocupación. Basta percibir que en el año **2003** el número de la población carcelaria de España coincide con lo de la trágica realidad brasileña, si *comparado* los datos de la población reclusa los dos países referentes a cada *cien mil habitantes*. *Es de verificarse que, en 2003, España poseía 135,8 reclusos por cien mil habitantes; en el mismo año, Brasil contaba con 137,5 presos por cien mil habitantes*. Como es evidente, las condiciones estructurales de las penitenciarias brasileñas y su número global de reclusos no coinciden, de forma alguna, con la realidad española. Pero, lo que es la cifra de la población, mensurada *por cada cien mil habitantes*, en el citado año, fue bastante semejante y igualmente alarmante. En los años posteriores tanto España como Brasil aumentaron tal porcentaje, siendo el incremento mucho más desfavorable para éste último, que es un país, en vía de desarrollo, con un histórico de graves e inquietantes problemas sociales.

Sin embargo, conviene profundizar un poco más acerca del número atinente a la población reclusa de España. Sobre este tema es imprescindible subrayar que el importante Grupo de Estudio de Política Criminal (GEPC)<sup>415</sup> identificó algunas razones que promovieron el incremento en la tasa de reclusos en España. En síntesis, según este grupo de estudiosos, las causas son las siguientes: “el incremento de penas por parte del nuevo Código penal (1995), la insuficiente utilización de las nuevas penas alternativas previstas por este código y la aplicación minoritaria los mecanismos de reeducación y reinserción social por la legislación penal y penitenciaria”<sup>416</sup>. Cid Moliné añade, también, como factor decisivo para la elevación de la tasa de encarcelamiento las reformas realizadas en 2003 y 2004, porque las referidas reformas

---

<sup>415</sup> “En 2003-2004 el Grupo de Estudios de Política Criminal elaboró un proyecto de reforma del sistema de penas y de su ejecución. La propuesta de este grupo de orientación progresiva – integrado por profesores/as de derecho penal y jueces/zas– partía de un diagnóstico negativo del sistema punitivo en España, al que se culpaba del incremento de la tasa de encarcelamiento a partir de la implementación del Código Penal de 1995”. CID MOLINÉ, José. «El incremento de la población reclusa...» ... Op. Cit., p.1.

<sup>416</sup> CID MOLINÉ, José. «El incremento de la población reclusa...» ... Op. Cit., p.2.

promovieron el endurecimiento de las penas referentes a los delitos provocados por la violencia en el ámbito doméstico<sup>417</sup>.

La cuestión, en España, acerca del incremento del número de encarcelados parece ser paradójica. Pues, conforme comenta Cid Moliné, en su relevante artículo, la elevación del número de reclusos en este país no ha sido causada propiamente por un aumento en la cantidad de entradas de personas en prisión sino por otros factores. Los datos analizados en su estudio revelan que, contrariamente a lo que aparenta, la cifra de personas ingresadas en prisión se ha reducido de manera significativa en los últimos años. Afirma Cid Moliné que “se produce una situación, que podría parecer paradójica, consistente en que, tomando como base 1996, la cifra de entradas en prisión se ha reducido de manera significativa (un 20% menos de entradas de media en el período 2000-2005) y sin embargo es justamente en estos años cuando se produce la tendencia ascendiente en el número de personas encarceladas”<sup>418</sup>.

De acuerdo con los referidos planteamientos, hay que poner de relieve las siguientes informaciones: en el año **1996**, la cifra total de ingresos en prisión representó **52.655** entradas condenados y de presos preventivos. En el **1997**, este número aumentó para **55.742**. Sin embargo, es bastante curioso observar que, en los años posteriores, el número de entradas en prisión decayó hasta que, sorprendentemente, en el año **2005**, llegó a la cifra de tan sólo **39.774** entradas. En **2006**, fueron **44.222** entradas en la cárcel de condenados y de presos preventivos<sup>419</sup>.

Según el referido estudio, esta importante reducción de la entrada en prisión se debe a la suma de un conjunto de factores, conforme apunta el citado Grupo de Estudio de Política Criminal (GEPC). Los elementos que han contribuido a lograr este resultado han sido: una cierta disminución de la cantidad de condenas penales<sup>420</sup>; una sutil reducción del número de condenas

---

<sup>417</sup> CID MOLINÉ, José. «El incremento de la población reclusa...» ... Op. Cit., p.2.

<sup>418</sup> CID MOLINÉ, José. «El incremento de la población reclusa...» ... Op. Cit., p.4.

<sup>419</sup> Fuente: CID MOLINÉ, José. «El incremento de la población reclusa...» ... Op. Cit., p.4.

<sup>420</sup> “una parte de la reducción de entradas en prisión se debe a que, en los primeros años de aplicación de CP 1995 (1996-1998) el número de personas condenadas se sitúa de media en

a pena privativa de libertad<sup>421</sup>; una mayor restricción del manejo de la prisión preventiva (en el periodo 1990-1995 ocurrieron de media 58.694 entradas en prisión preventiva; en 1996-2006, este número disminuyó para 30.212 entradas<sup>422</sup>); y, principalmente, la utilización más intensa de la suspensión y sustitución. Cid Moliné apostilla que “la combinación de dos factores —menor uso de la prisión preventiva y marco normativo más favorable a la suspensión— lo que explica que a partir de que se ejecutan las penas por delitos cometidos tras la entrada en vigor del CP 1995 se produzca un crecimiento muy significativo en el uso de la suspensión de la pena”<sup>423</sup>. Así, a través de la ampliación de la utilización de la suspensión de la pena y de la reducción del uso de la prisión preventiva, España ha podido alcanzar una significativa reducción en el número de entradas en prisión, aunque la tasa de encarcelamiento sea considerada todavía alta frente a otros países de la Unión Europea.

Lo cierto es que los ingresos en prisión no han sido exactamente lo que ha causado el aumento de la cantidad de personas encarceladas. Pues, como se ha dicho anteriormente, las causas de este incremento son otras, como por ejemplo: *la abolición de la rendición de penas por el trabajo; la elevación del marco de las penas para determinados delitos; las reformas de 2003 y 2004; y la escasa aplicación de los medios de reinserción social, como es, por ejemplo, la libertad condicional*<sup>424</sup>.

Como es sabido, el Código penal del 95 eliminó la reducción de penas por el trabajo, lo que llevó a una apliación del tiempo de cumplimiento de la pena privativa de libertad, constituyéndose en un elemento decisivo en el aumento del tiempo medio de estancia en la prisión<sup>425</sup>. Además, otro factor,

---

107.000 mientras que en los años siguientes (1999-2002) se reduce de media a 99.000”. CID MOLINÉ, José. «El incremento de la población reclusa...» ... Op. Cit., p.8.

<sup>421</sup> Apostilla Cido Moliné: “más bien se advierte una cierta estabilidad en el porcentaje de condenas a esta clase de penas durante todo el periodo analizado”. CID MOLINÉ, José. «El incremento de la población reclusa...» ... Op. Cit., p. 9.

<sup>422</sup> CID MOLINÉ, José. «El incremento de la población reclusa...» ... Op. Cit., p.13.

<sup>423</sup> CID MOLINÉ, José. «El incremento de la población reclusa...» ... Op. Cit., p.14.

<sup>424</sup> CID MOLINÉ, José. «El incremento de la población reclusa...» ... Op. Cit., p. 2.

<sup>425</sup> Según Cid Moliné: “parece correcto el diagnóstico del GEPC en el sentido de que ha sido el endurecimiento de las penas producido por el CP 1995— en el doble sentido de penas nominalmente más elevadas para determinados delitos y de eliminación de la rendición de

que igualmente ha sido responsable de este incremento, ha sido la elevación del marco de algunas penas. Puede observarse que la pena mínima referente a algunos delitos ha aumentado. A título de ilustración cabe destacar, por ejemplo, que el delito de hurto que en el Código penal de 1973 presentaba pena mínima de 1 mes pasó a los 6 meses tras la vigencia del Código de 1995. Otro ejemplo que se puede señalar se refiere a la pena mínima impuesta al delito de robo con fuerza, puesto que lo que era de 6 meses, en el Código penal de 73, pasó para 1 año en el Código del 95. Del mismo modo, la pena mínima del tráfico de drogas pasó de 28 meses para 36 meses tras la vigencia del Código del 95<sup>426</sup>... De tal forma, Cid Moliné apostilla que “como consecuencia a este nuevo marco penológico, el tiempo medio de estancia en prisión se ha casi duplicado desde la vigencia del nuevo Código penal, pasado de 9.7 meses en 1996 a 16.7 meses en 2004 (Consejo de Europa, Space, 2005, 13.1)”<sup>427</sup>.

Otro elemento que también contribuyó para la elevación de la tasa de encarcelamiento fue las reformas de 2003 y 2004, especialmente provocado por el endurecimiento de las penas relacionadas a la violencia doméstica. En relación con esta temática, ha de considerarse que en 1996, 3.561 personas fueron condenadas por violencia doméstica. En, 2000, fueron 4.445 condenados. En 2003, 7.379 condenados. A partir de la vigencia de las citadas reformas, este número aumentó de forma impresionante: en 2004, fueron 21.011 personas condenadas; y en 2005, 25.653 condenados<sup>428</sup>.

Por último, cabe considerar otro elemento: la reducción del uso de la libertad condicional. Tal reducción ha sido también responsable por la elevación de la tasa de encarcelamiento en España. Ello porque, en el año 1996, 33.724 personas fueron condenadas y 8.684 libertades condicionales fueron concedidas. De otra parte, en el 2006, alrededor de 48.668 personas

---

penas por el trabajo – el principal responsable de que se haya producido este importante incremento de la población reclusa entre 1996 y 2006”. CID MOLINÉ, José. «El incremento de la población reclusa...» ... Op. Cit., p.6.

<sup>426</sup> v. tabla 3 en, CID MOLINÉ, José. «El incremento de la población reclusa...» ... Op. Cit., p.6.

<sup>427</sup> CID MOLINÉ, José. «El incremento de la población reclusa...» ... Op. Cit., p.6.

<sup>428</sup> Datos del INE, Estadísticas judiciales, en CID MOLINÉ, José. «El incremento de la población reclusa...» ... Op. Cit., p.23.

fueron condenadas y sólo 5.703 libertades condicionales fueron autorizadas<sup>429</sup>. Estos datos revelan una significativa reducción en la aplicación de este instituto, que se explica por dos razones: la primera, por la creación de un requisito temporal más exigente; y la segunda, por la prevalencia de una política más acentuada de restricción del uso de la libertad condicional<sup>430</sup>. Sobre esto, Cid Moliné entiende que “la realidad con la que nos encontramos en España es que sólo una minoría de personas, en torno a 1/4 de la población reclusa condenada, se beneficia de los principales instrumentos de reinserción establecidos por la legislación penitenciaria, mientras que aproximadamente 3/4 partes de las personas condenadas extinguen su pena sin que exista un regreso escalonado a la comunidad”<sup>431</sup>.

De otra parte, es importante verificar que en otras localidades cómo en los países escandinavos, que han desarrollado y bien aplicado medidas alternativas, han logrado importante reducción de su población carcelaria<sup>432</sup>. Semejante ejemplo ocurre en **Japón**<sup>433</sup>, donde la utilización de políticas alternativas a la prisión parece presentar resultados positivos. Según Carvalho Filho, en este país, la tasa de encarcelamiento, en el año de **1994**, era de **37,0** presos por cien mil habitantes, bastante comfortable si comparada a la que presentaban, en el mismo año, otros países importantes como, por ejemplo, los **Estados Unidos (554** reclusos por cien mil habitantes), **Nueva Zelanda**

---

<sup>429</sup> Explica Cid Moliné: “La concesión de libertades condicional sufre un gran retroceso desde de entrada en vigor del Nuevo Código penal, sintetizado en la idea que en 2006 se conceden, en proporción al número de personas condenadas, menos de la mitad de libertades condicionales de las que se concedían en 1996. CID MOLINÉ, José. «El incremento de la población reclusa...» ... Op. Cit., p. 17.

<sup>430</sup> “A partir de la entrada en vigor del CP 1995 se ira reduciendo el porcentaje de personas a las que se puede conceder la libertad condicional. Ello se debe a que las personas condenadas de acuerdo al nuevo Código penal deberán extinguir, de manera efectiva, 3/4 de condena (o por lo menos 2/3) para cumplir con el requisito temporal de la libertad condicional”. CID MOLINÉ, José. «El incremento de la población reclusa...» ... Op. Cit., p. 19.

<sup>431</sup> CID MOLINÉ, José. «El incremento de la población reclusa...» ... Op. Cit., p. 21/22.

<sup>432</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 63.

<sup>433</sup> Ruidíaz García subraya que hay países que “no tienen la prisión como norma. Japón, por ejemplo, con 115 millones de habitantes, tiene solamente 40.000 personas en prisión y EE.UU. con 240 millones, un poco más del doble, tiene un millón de personas en prisión”. RUIDIAZ GARCÍA, Carmen. «Instituciones de control. Visiones desde las ciencias sociales», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu–RUIDIAZ GARCÍA, Carmen (coordinadores). Problemas criminológicos... Op. Cit., p. 226.



(126 presos por cien mil habitantes), **Canadá (118 por cien mil habitantes)**, **Australia (94 por cien mil habitantes)**<sup>434</sup>...

Observado lo anterior, ha de reconocerse que la pena privativa de libertad es una institución en constante crisis. Especialmente porque es una pena costosa para la colectividad, no evita que el delincuente vuelva a cometer delito y, además, en muchos supuestos, deja secuelas tan graves y ultrajantes en la persona del condenado que se puede hablar de ofensa a los Derechos humanos. En este sentido, advierte Cid Moliné que “la investigación empírica tampoco confirma, en general, que las personas que cumplen pena de prisión delincan menos que las personas que son castigadas con penas alternativas y, en cambio, existen algunas investigaciones que sostienen que, al contrario, la prisión tiene un efecto criminógeno”<sup>435</sup>.

En diversos momentos, la historia muestra que la pena de prisión fue utilizada como un instrumento abusivo, excesivo e, incluso, inhumano. Con el pasar de los años, la estructura carcelaria de varios países siguió siendo ofensiva a la dignidad humana: sea por no cumplir su finalidad resocializadora; sea por constatar que algunas prisiones carecen de condiciones mínimas de salubridades; sea por someter el penado a tratamiento degradante; sea por estigmatizar el condenado. La entrada y la permanencia del individuo en prisión suponen ser la causa de la destrucción de la personalidad del interno, de su autoestima e incluso de su propia identidad, factores que colaboran para dificultar el proceso de readaptación social. En esta línea Ruidiaz García, al comentar sobre los efectos negativos causados en disfavor del penado por la pena de prisión, destaca, entre otro: el “proceso de desculturización que incapacita al sujeto para adaptarse después a la sociedad; mutilación del “yo” por la separación del desempeño de los roles sociales del pasado, así como la pérdida del control interno de la conducta, la ausencia de posesiones y los actos verbales de sumisión; fuerte disminución del repertorio conductual; violación de muchos límites de la intimidad personal, al producirse un contacto interpersonal forzoso y disminuir la posibilidad de un trato elegido libremente;

---

<sup>434</sup> CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *A prisão*. São Paulo, Editorial Pubfolha, 2002, p. 30.

<sup>435</sup> CID MOLINÉ, José. «Medios alternativos (...)». Op. Cit., p. 154.

privación casi absoluta de relaciones heterosexuales; aislamiento físico, afectivo y social, entre otros aspectos”<sup>436</sup>.

De acuerdo con el art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos humanos<sup>437</sup>, por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, *nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*. El conjunto de valores consagrados en la referida Declaración, conforme aduce Flávio Gomes, apunta que la prisión constituye, en la actualidad, “la síntesis más emblemática de las puniciones torturantes, deshumanas, degradantes y crueles”<sup>438</sup>. De este modo hay que despertar una conciencia colectiva de humanidad para, así, intentar cambiar la realidad carcelaria, creando mecanismos punitivos capaces de cumplir la finalidad preventiva de la pena y también de asegurar la vigencia de los Derechos Humanos. Conviene decir que además de la declaración de los Derechos Humanos y de otros instrumentos jurídico-formales, es necesario también buscar la efectividad de estos derechos en el cotidiano de los ciudadanos. Por esto, apostilla Mantovani que “son por tanto dos las condiciones esenciales para que los derechos humanos sean una efectiva realidad: su reconocimiento jurídico-formal y la garantía de efectividad de su goce, necesitando los derechos humanos no sólo su ‘proclamación’, sino también su concreto ‘disfrute’<sup>439</sup>.

Sobre este tema, debe afirmarse rotundamente que, desde nuestro punto de vista, los Derechos Humanos no poseen frontera ni patria; independen de declaración, tratados, constitución o ley, porque son derechos naturales básicos y imprescindibles a la humanidad, puesto que lo que se refiere es, antes de todo, a la dignidad humana como un fundamento indispensable de los derechos inherentes e igualmente reconocidos a todos los

---

<sup>436</sup> RUIDIAZ GARCÍA, Carmen. «Instituciones de control. Visiones desde las ciencias sociales», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu–RUIDIAZ GARCÍA, Carmen (coordinadores). *Problemas criminológicos...* Op. Cit., p. 212.

<sup>437</sup> Vid. También: DOTTI, René Ariel. *Declaração universal dos direitos do homem e notas da legislação brasileira*. 1ª ed., Ciritiba, J.M Editorial, 1998, p. 16.

<sup>438</sup> GOMES, Luiz Flávio. «Declaração de 1948 e penas alternativas», en *Juízes para a Democracia*, n. 15, 1998, p. 4.

<sup>439</sup> MANTOVANI, Ferrando. «La proclamación de los derechos humanos y la ineffectividad de los derechos humanos». Trad., Peris Riera, Jaime M. (inédito), conferencia realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, en 9 de abril de 2006, p.3.

seres humanos<sup>440</sup>. Por lo tanto, el Estado, al aplicar una pena, debe preservar la dignidad del hombre y repudiar todo lo que venga a “contrariar las exigencias éticas y jurídicas de los derechos humanos”<sup>441</sup>. Éste es sin duda el gran desafío del mundo moderno<sup>442</sup>, en lo cual se incluye la necesidad de crear soluciones alternativas que reduzcan el campo de aplicación de la pena privativa de libertad a los supuestos que se estimen absolutamente necesarios<sup>443</sup>.

Es importante destacar que, en líneas diametralmente opuestas, relevantes autores critican los planteamientos atinentes a las alternativas a la pena de prisión. De un lado, los abolicionistas consideran que la intervención del sistema penal es contraproducente y se desarrolla a partir de una visión equivocada de los conflictos, así que la pena de prisión, como una reacción institucionalizada, debería ser completamente extirpada. Según Cervini, “los abolicionistas se oponen radicalmente a la expropiación del conflicto por el Estado y creen que las respuestas que provengan del derecho penal serán ineficaces en la medida en que se pretende a través de prohibiciones generales y homogéneas resolver un problema que sólo puede ser calificado y resuelto caso a caso, según la visión que adquiera en la conciencia de la víctima y del victimario”<sup>444</sup>.

A partir del enfoque destacado en párrafo anterior, algunas voces argumentan que la creación de medidas alternativas, diferentemente de lo que se ha apuntado, aumenta, todavía más, el poder punitivo del Estado, porque amplía su base de control. Así, las alternativas no sirven para sustituir la cárcel sino para complementarla. Sobre esta temática, Raúl Cervini destaca los

---

<sup>440</sup> COMPARATO, Fábio Konder. «A declaração universal dos direitos humanos 1948», en *Juízes para a Democracia*, n. 15, 1998, p. 9.

<sup>441</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. «humanismo jurídico», en *Juízes para a Democracia*, n. 15, 1998, p.1.

<sup>442</sup> D'URSO, Luiz Flávio Borges. «Penas alternativas» ... Op. Cit., p. 42.

<sup>443</sup> En este sentido, RUIDIAZ GARCÍA afirma que “a fin de evitar los efectos perversos de la pena de reclusión, hay que imposibilitar el acceso a la cárcel al mayor número de personas (tendencia a la despenalización), un planteamiento general se sitúa a las medidas alternativas a la pena de prisión en ejes centrales de reflexión y debate”. RUIDIAZ GARCÍA, Carmen. «Instituciones de control. Visiones desde las ciencias sociales», en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu–RUIDIAZ GARCÍA, Carmen (coordinadores). *Problemas criminológicos...* Op. Cit., p. 226.

<sup>444</sup> CERVINI, Raúl. «Las alternativas a la cárcel y el abolicionismo bajo la perspectiva del tercer milenio», en *Revista de derecho penal y procesal penal*, fasc. 1, Buenos Aires, 2006, p. 5.

planteamientos de Cohen, que considera que “estas formulaciones permitían someter a un mayor número de gente a las redes penales del Estado, pues cuanto más benevolente aparecían mayor era su potencial de aplicación”<sup>445</sup>. Cervini asevera que “la aparición y difusión de estos tres libros —Foucault (1984), Scull (1984) y Cohen (1985)— marcaron el momento más bajo de paradigma de las alternativas”<sup>446</sup>.

Desde otra perspectiva, otros autores critican la denominada política de rehabilitación, aduciendo que ésta se olvida de la víctima y se aplica a delincuentes de escasa peligrosidad, no consiguiendo alcanzar de forma optimizada el objetivo descarcerador. Estos teóricos van más allá de los ideales alternativos y defienden la creación de una Justicia Restauradora<sup>447</sup>, en la que se da un mayor protagonismo a la víctima en la solución del conflicto.

Para que la Justicia Restauradora desempeñe bien sus funciones, tres elementos son necesarios: *un procedimiento propio; que el condenado reconozca los hechos delictivos; y que acepte participar de este modelo de Justicia*. Así, el rito consiste básicamente en una conferencia en la que participa el agresor, el ofendido, sus familiares y los agentes del Estado, que, conjuntamente, intentan restaurar el conflicto a través del diálogo, analizando todo el hecho delictivo. Explica Cid Moliné que “se podrá organizar una conferencia, con la participación del/a delincuente y su familia y de la víctima y su familia, además del/a agente encargado/a del caso y otras posibles personas de servicio de rehabilitación”<sup>448</sup>. Y sigue detallando el autor en cita que la referida conferencia “tendrá como misión que exista un diálogo respetuoso y que se llegue a un objetivo restaurador”<sup>449</sup>. De este modo se busca lograr, además de la rehabilitación del sujeto y de la prevención del

---

<sup>445</sup> CERVINI, Raúl. «Las alternativas a la cárcel...», Op. Cit., p. 4.

<sup>446</sup> CERVINI, Raúl. «Las alternativas a la cárcel...», Op. Cit., p. 4.

<sup>447</sup> De acuerdo con Cid Moliné: “la justicia restauradora, cuyas experiencias actuales inician en los años 80 del siglo pasado, comprende diversos tipos de participación comunitaria en la justicia, ente las cuales destacan la mediación víctima-delincuente, que tiene también un importante papel en la justicia de menores española, y las denominadas conferencias familiares, iniciadas en Australia y en Nueva Zelanda en el ámbito de la justicia juvenil y que también se han extendido, aunque con menor intensidad, a la jurisdicción de adultos de diversos países”. CID MOLINÉ, José. «Medios alternativos (...)». Op. Cit., p. 161.

<sup>448</sup> CID MOLINÉ, José. «Medios alternativos (...)». Op. Cit., p. 162.

<sup>449</sup> CID MOLINÉ, José. «Medios alternativos (...)». Op. Cit., p. 162.

delito, también la satisfacción de la víctima<sup>450</sup>. Según sus defensores este modelo de Justicia posibilita lograr un mayor consenso social, puesto que alcanzaría la rehabilitación del delincuente (sin someterle a los efectos degradantes de la prisión) y, aún, la satisfacción de la víctima.

Los defensores de la Justicia Restauradora apuntan que tal Justicia debe disponer de mecanismos como el perdón, la reparación y el trabajo en beneficio de la comunidad. De otro lado, consideran tal modelo incompatible con la aplicación de la pena de prisión. Ello porque, la Justicia Restauradora no puede aplicar medida más gravosa que la Justicia Penal y, además, sus decisiones deben ser siempre sometidas al control y ratificación de los Tribunales<sup>451</sup>. Por lo tanto, no siendo posible solucionar el conflicto a través de la Justicia restauradora, el problema se traslada a la Justicia Penal. Cid Moliné destaca los argumentos de Braithwaite, que plantea la conveniencia de que la Justicia restauradora “debe integrarse con las experiencias de alternativas rehabilitadoras de la prisión para conseguir aumentar la efectividad de ambos sistemas”<sup>452</sup>.

Los detractores de la Justicia Restauradora, con razón, aducen que este modelo de justicia se olvida de la dimensión social<sup>453</sup> que asume la consecución del hecho ilícito y que determinados bienes jurídicos son absolutamente indisponibles.

Partiendo desde distinto punto de vista, otra corriente doctrinaria asevera que la proliferación de las alternativas a la cárcel, es resultante de la necesidad que ha tenido el Estado de disminuir los gastos públicos y no propiamente porque la prisión ha fracasado. Así, Cervini destaca que algunos han indagado si la creación de alternativas es resultado de la “honesta convicción del fracaso de la cárcel (y de su sustento operativo: la llamada

---

<sup>450</sup> Añade Cid Moliné: “Desde el punto de vista de la restauración de la víctima, la conferencia debe servir para que ésta pueda sentirse reparada por el delito realizado, algo que podrá conseguirse a través de la conducta del/a delincuente de asumir responsabilidad por el hecho, de expresar arrepentimiento, de plantear sus disculpas y de ofrecer ayuda a la víctima y a la comunidad para reparar la ofensa realizada”. CID MOLINÉ, José. «Medios alternativos (...)». Op. Cit., p. 162.

<sup>451</sup> CID MOLINÉ, José. «Medios alternativos (...)». Op. Cit., pp. 162/163.

<sup>452</sup> CID MOLINÉ, José. «Medios alternativos (...)». Op. Cit., p. 163.

<sup>453</sup> CID MOLINÉ, José. «Medios alternativos (...)». Op. Cit., p. 163.

‘ideología del tratamiento resocializador’) o si, por el contrario, respondían a las necesidades propia del Estado (retracción del gasto público)”<sup>454</sup>. A nuestro juicio, tanto la imposibilidad de lograr la socialización a través de la prisión como su elevado coste son elementos que se suman para bien demostrar que es patente la crisis en la que está inmerso el sistema carcelario.

Destacadas algunas críticas, conforme los párrafos anteriores, cabe insistir que el sistema punitivo necesita libertarse de la dependencia de la pena de prisión<sup>455</sup>. Hay que buscar penas autónomas que puedan ser impuestas, cada vez más, sin estar necesariamente vinculada a una pena de prisión. Hay que fortalecer y estimular la aplicación de las penas alternativas. Ha de articularse, como apunta Larrauri, “un sistema de penas alternativas razonables sin perder de vista en que tipos de destinatarios se está pensando”<sup>456</sup>. Porque defender las alternativas es asumir sobre todo un compromiso con los principios garantistas, humanitarios y, también, con finalidad preventiva de la pena.

Para ello se necesita una pronta reacción legislativa en el sentido de crear y reforzar las alternativas a la prisión; también, del poder judicial, llevando a cabo la aplicación de las medidas más adecuadas<sup>457</sup> frente a la consecución de un delito; y del Estado, creando institutos rehabilitadores. Parece tener razón Larrauri al afirmar que “razones legislativas, inercia judicial y falta de compromiso político son hoy aun a mi juicio los motivos por los cuales demasiada gente sigue sufriendo la pena de prisión”<sup>458</sup>. A este hilo, Morillas Cueva destaca que las cuestiones alrededor de las alternativas se sintetizan en una palabra: compromiso<sup>459</sup>. Así, el autor en cita, con acierto y profunda

---

<sup>454</sup> CERVINI, Raúl. «Las alternativas a la cárcel...», Op. Cit., p. 3.

<sup>455</sup> Aduce Morillas Cueva: “la primera y principal conclusión que hay que sacar de todo lo expuesto ha sido ya reiteradamente planteada: el uso excesivo de la pena de prisión en la realidad práctica del Derecho penal en España. La segunda, asimismo señalada: la poca operatividad de las alternativas penales”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 42.

<sup>456</sup> LARRAURI, Elena. «Nuevas tendencias ...», Op. Cit., p. 83/84.

<sup>457</sup> Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 67.

<sup>458</sup> LARRAURI, Elena. «Nuevas tendencias ...», Op. Cit., p. 83/84.

<sup>459</sup> Y desarrolla Morillas Cueva: “Compromiso político para defender políticas sociales de actuación sobre la criminalidad distintas de la prisión; legislativo para completar un cuadro de alternativas verdaderamente equilibrado con opciones reales y adecuadamente estructuradas

muestra de sensibilidad, afirma que “para aceptar la necesaria realidad de un sistema sancionatorio penal en el que todavía la privación de libertad juega un determinado papel pero convenientemente reducido a los supuestos más graves, más intensos y en los que no pueda pensarse en otras posibilidades; de todos para conseguir la seriedad preventiva y la credibilidad del sistema penal en un Estado social y democrático de Derecho respetuoso con los principios garantistas y humanitarios que su propia estructura demanda”<sup>460</sup>.

Por lo tanto, entendemos que debe reservarse la prisión exclusivamente a las hipótesis en que no exista otra respuesta estatal frente a la consecución de un delito, porque es patente el efecto negativo que causa al individuo no cumpliendo su finalidad preventivo-especial. De esta manera, la prisión ha de ser planteada como la última consecuencia a ser aplicada.

También nos adherimos al argumento de que ha de prevalecer la aplicación de las alternativas, puesto que estas están indiscutiblemente comprometidas con la prevención especial del condenado. Este es el camino más aconsejable a seguir, porque no se puede olvidar que al fin y al cabo el delincuente volverá a convivir en la sociedad. Así, la pena debe también servir como un instrumento de recuperación del criminal, siempre respetuoso a los principios humanitarios y a los postulados del Estado social y democrático de Derecho. Por lo tanto, desde nuestro punto de vista, la imposición de la pena de prisión debe restringirse a los casos estimados imprescindibles, cuando no haya otro modo de satisfacer las necesidades preventivo-generales.

## ***II. Las alternativas a la pena de prisión.***

Como se ha dicho en los apartados anteriores, es cierto que la prisión no es el mecanismo más adecuado y aconsejable para lograr los fines preventivo-

---

que limiten la privación de libertad; judicial para potenciar la realidad práctica de dichas medidas alternativas y aplicarlas con determinantes criterios de igualdad y justicia; presupuestario para conseguir medios e infraestructuras imprescindibles para una eficaz implantación; mediático para lograr una sensibilización ciudadana que realce las virtudes de las otras formas de reacción penal”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 67.

<sup>460</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 67.

especiales atribuidos a la pena. Al contrario, esta pena ha fracasado en tal misión. Por ello, los penalistas han investigado y debatido sobre la necesidad de instituirse modelos alternativos a la cárcel más eficaces. Es verdad que en el ámbito doctrinal algunos autores proponen “planteamientos revisionistas del propio Derecho penal y de su función en un Estado moderno”<sup>461</sup>.

Respecto al fondo de la temática acerca de las alternativas, puede decirse que la doctrina ha abordado este asunto, partiendo desde posiciones distintas. Algunos plantean los sustitutos a la pena de prisión desde un punto de vista más restrictivo; otros, más amplio<sup>462</sup>.

Desde una concepción más restrictiva, destacados juristas suelen contemplar las alternativas estrictamente en “la trilogía de sustitutivos: suspensión, sustitución y libertad condicional”<sup>463</sup>. En esta línea, puede destacarse, entre otros, Muñoz Conde, García Arán<sup>464</sup>, Cobo del Rosal y Vives Antón<sup>465</sup>.

A partir de una visión más amplia, otros autores conciben las alternativas más allá de los sustitutivos legales. En esta vertiente, se mueven importantes penalistas como, por ejemplo, Roxin, Sáinz Cantero y Morillas Cueva. Este último concibe las alternativas a partir de tres perspectivas: en la primera, el propio catálogo de pena, al instituir respuestas punitivas autónomas, diferentes de la privación de libertad se constituyen en una alternativa; en la segunda, este autor destaca los mecanismos alternativos fijados, en general, en varios tipos penales, que posibilitan al juzgador elegir entre la privación de libertad u otra solución alternativa; En la tercera, señala las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad (suspensión, sustitución y libertad condicional). Estima Morillas Cueva que “son tres fundamentalmente las formas en que se pueden presentar las hipótesis a cubrir. Por un lado, las del propio catálogo de

---

<sup>461</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 66.

<sup>462</sup> “Según su común denominador lo que se ha de buscar son opciones de política y prevención social que estructuren fórmulas alternativas para la evitación de la criminalidad y para la reducción cada vez más, hasta llegar a la utopía de su eliminación, del Derecho penal y en coherencia de sus consecuencias jurídicas”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 43.

<sup>463</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 43.

<sup>464</sup> CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 25.

<sup>465</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel–VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 849.



penas, que en realidad no están concebidas o, al menos, descritas como sustitutivos, pero que sí es cierto que evitan, en los pocos casos que son utilizadas sin las de privación de libertad, que se apliquen éstas —la prevaricación regulada en el art. 404 del Código penal español está castigada con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años—. Por otro, en íntima relación con lo anterior, los instrumentos alternativos a dichas penas señalados de una manera general en los diversos tipos —el art. 153 para los casos de violencia doméstica que fija la pena de prisión de seis meses (tres para el número dos) a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días (como alternativa específica). Por último, las que se encuentran agrupadas bajo un epígrafe específico de formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad —suspensión, sustitución, libertad condicional (arts. 80-90)”<sup>466</sup>.

En esta investigación, nos inclinamos en la línea de la concepción más amplia, porque entendemos que las alternativas no se limitan a los sustitutivos legales. Al contrario, la lucha en favor de las alternativas a la pena de prisión va más allá de los sustitutivos. El esfuerzo para evitar la privación de la libertad puede efectivamente revelarse desde diferentes formas, ya sea a través de la institución (en el catálogo de pena) de respuestas punitivas distintas de la pena prisión; sea al permitir que el juez elija la pena más adecuada<sup>467</sup> —a partir de las necesidades de prevención—, valorando si, en el caso concreto, cuál es la pena que mejor cumple su finalidad si es la prisión u otra que no segregue el penado de la sociedad; o, por supuesto, a través de los sustitutivos legales que

---

<sup>466</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 44. En la opinión de Villacampa Estiarte–Torres Rosell–Luque Reina: “la suspensión de la ejecución y la sustitución de las penas privativas de libertad integran, juntamente con la libertad condicional, lo que el propio Código penal denomina –al rubricar el Cap. III, del Tít. III, del Libro I– las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad. A pesar de la regulación conjunta, ambos expedientes se diferencian de la libertad condicional en que efectivamente suponen una alternativa a la ejecución de la pena privativa de libertad, porque la evitan. A diferencia de éstas, la libertad condicional constituye una figura jurídica que se aplica una vez iniciada la ejecución de la pena, en concreto de la prisión”. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina–TORRES ROSELL, Núria–LUQUE REINA, M. Eulàlia. *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2006, pp. 20/21.

<sup>467</sup> Se nota un incremento de las alternativas al ver que el legislador ha concedido al Juez la oportunidad de elegir entre la aplicación de la pena de prisión u otra que no sea privativa de libertad, en varios tipos penales.

sin duda son la expresión máxima de la búsqueda por soluciones que eviten el encarcelamiento.

De esta manera, para matizar bien nuestro estudio, coincidimos con los planteamientos de Morillas Cueva, ya que optamos en abordar las alternativas, a partir de una visión amplia, sistematizándolas de la siguiente forma: las alternativas en general (que comprende la primera e la segunda hipótesis *supra* mencionadas); y las alternativas específicas (los sustitutivos legales a la pena de prisión).

## **1. Alternativas en general**

Es importante verificar que algunas penas, por su propia naturaleza, constituyen verdaderas alternativas al encarcelamiento, puesto que, a pesar de tratarse de penas autónomas y de estar fijadas en muchos tipos penales como penas principales, su ejecución no provoca el ingreso del individuo en la cárcel. Tales penas pueden ser consideradas, por lo tanto, como alternativas en general a la pena de prisión.

Las referidas alternativas pueden ser clasificadas en dos vertientes: de un lado, están las consecuencias jurídicas asignadas en el catálogo de pena, que no provocan el encarcelamiento; y, de otro, las penas expresamente establecidas en determinados tipos penales como alternativas a la pena de prisión, dependiendo exclusivamente de la valoración del juez. En este supuesto el tipo prevé la posibilidad del juzgador elegir entre la aplicación de la pena de prisión u otra no privativa de libertad.

Sobre el último supuesto, cabe decir que en diversos tipos penales el legislador ha concedido al juez la posibilidad de optar entre la aplicación de la pena de prisión u otra distinta. Puede verificarse que varios son los dispositivos que prevén esta posibilidad, pudiendo el juzgador elegir, alternativamente, otra pena, como la de trabajos en beneficio de la comunidad o la pena de multa, en detrimento de la pena de prisión.

Es importante observar que el legislador ha establecido, en diferentes tipos penales (como por ejemplo en los arts. 153.1, 171.4, 171.5, 172.2 CP), la

posibilidad del juez de aplicar la pena de prisión o alternativamente la de trabajo en beneficio de la comunidad. Así, para recalcar tal posibilidad, es necesario poner de relieve lo que dicta el art. 153.1 CP. Este precepto determina expresamente que «será castigado **con la pena de prisión** de seis meses a un año **o de trabajos en beneficios de la comunidad** de treinta y uno a ochenta días (...)». Como se nota, la pena de trabajo en beneficio de la comunidad se presenta aquí como una evidente alternativa a la pena de prisión, al depender de las exigencias preventivas que deben ser valoradas por el juzgador.

En otros dispositivos, el legislador también ha permitido realizar semejante valoración acerca de la conveniencia de imponer la pena de prisión o la pena de multa. A título de ejemplo, ha de destacarse, entre otros, los arts. 145.2, 146, 147.2, 154<sup>468</sup>, 158, 171.1, 172.1, 181.1, 183.1, 184, 185, 186, 189.2, 189.5, 189.7, 206, 225, 226, 227, 282, 284, 289, 291, 294, 295, 314, 320.1, 322, 329, 332, 333, 334, 336, 386 (en este caso, «el que habiendo recibido de buena fe moneda falsa»), 389 (En este caso, «El adquirente de buena fe»), 414.1, 416, 463.1 y 3, 494, 502.3, 521 bis, 524, 526, 558, 561 del Código penal. Por todos, señalamos lo que dicta el art. 145.2: «La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada **con la pena de prisión** de seis meses a un año **o multa** de seis a veinticuatro meses». Pues bien, cabe al juzgador aquilatar cuál es la consecuencia jurídica más aconsejable en cada supuesto, según los fines asignados a la pena.

Del mismo modo, el Código penal español, en algunos de sus artículos, permite al juzgador valorar sobre la posibilidad de imponer exclusivamente la pena de prisión o, de otro lado, imponer la pena de multa conjuntamente con la de trabajo en beneficio de la comunidad. En esta hipótesis, como se puede ver, se impone la aplicación de las dos penas, la de trabajo en beneficio de la comunidad y la pena de multa, caso el Juez entienda ser dispensable la aplicación de la pena de prisión. En este sentido ha de explicitar que los arts.

---

<sup>468</sup> Dicta este dispositivo que «quienes riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas, **serán castigados** por su participación en la riña **con la pena de prisión** de tres meses a un año **o multa** de seis a 24 meses».

379.1, 384 y 385 son claros ejemplos respecto de la posibilidad legal de imponer al condenado **la pena de prisión o las de multa y de trabajo en beneficio de la comunidad**. En este sentido, dicta el art. 385 CP: «Será castigado con la **pena de prisión** de seis meses a dos años **o a las de multa** de doce a veinticuatro meses **y trabajos en beneficio de la comunidad** de diez a cuarenta días, el que originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas: (...)».

De otro modo, también consideramos tratarse de alternativas a la pena de prisión, desde una perspectiva generalista, las consecuencias jurídicas, fijadas en el propio catálogo de pena, distintas de la pena de prisión. Es evidente que el legislador, al establecer en el tipo penal una respuesta distinta a la prisión, está estableciendo mecanismos autónomos, pero que no dejan de constituirse también en patentes alternativas legales a la pena de prisión.

Es decir, otras penas, por su naturaleza, pueden servir de instrumentos que limiten la aplicación de la pena de prisión. Tanto es así que en diferentes dispositivos el legislador ha instituido, como pena principal, respuestas punitivas que no promueven el encarcelamiento del ciudadano. Por poner algunos ejemplos, conviene destacar que el trabajo en beneficio de la comunidad asume la condición de ser la pena principal en el art. 244 CP, junto con la multa de manera alternativa. Ya en los arts. 618.2 y 632<sup>469</sup> el legislador ha autorizado que se valore entre la posibilidad de aplicar la pena de trabajo en beneficio de la comunidad o la pena de multa. En semejantes coordinadas, los arts. 620.2º (párrafo 2) y el art. 626 permiten al Juez optar entre la localización permanente o el trabajo en beneficio de la colectividad. En esta misma línea preventivo-especial, los arts. 617, 618, 623, 625, 629, 630, 635, 636 (párrafo 3, in fine<sup>470</sup>) autorizan al juzgado elegir la localización permanente o la multa. Y el art. 633 determina la aplicación de las dos penas a la vez, tanto la localización permanente como la multa. Todos estos artículos reflejan un cierto avance de

---

<sup>469</sup> Art. 632.1 CP: «El que corte, tale, queme, arranque, recolecte alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, sin grave perjuicio para el medio ambiente, será castigado con **la pena de multa** de 10 a 30 días **o trabajos en beneficio de la comunidad** de 10 a 20 días».

<sup>470</sup> «El que usare pública e indebidamente uniforme, traje, insignia o condecoración oficiales, o se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posea, será castigado con la pena de localización permanente de dos a 10 días o multa de 10 a 30 días».

las penas alternativas y de la necesidad de buscar respuestas que eviten el aprisionamiento del condenado.

Además, sobre esta temática, debe ponerse de relieve que ha de considerarse la pena de multa como un importante instrumento que ha contribuido a llevar a efecto los planteamientos preventivo-especiales, evitando sobre todo la aplicación y los efectos nocivos causados por la pena de prisión. Dice esto especialmente porque, observando la Ley penal, diversos dispositivos presentan la referida pena como la respuesta principal establecida en varios dispositivos. Como por ejemplo, los arts. 163.4, 195.1, 206, 209, 231.1, 236, 245, 246, 247, 253, 254, 255, 256, 263, 267, 286.3, 293, 324, 397, 399, 403, 406, 414.2, 424, 426, 455.1, 456.2º y 3º, 457, 465.2, 470.3, 490.3 (in fine), 491, 496, 497.2, 504, 522, 523 (in fine), 525, 543, 597, 619, 620, 621, 622, 624, 627, 628, 631, 634, 636 (párrafo 1) establecen la multa como su consecuencia principal. Por ello, importantes autores consideran la multa como la pena del futuro, sobre todo porque no presenta los inconvenientes de la pena de prisión y puede perfectamente interferir positivamente en el comportamiento futuro del condenado. En este sentido, Quintero Olivares apostilla que “de la pena de multa se ha dicho que es «la pena del futuro», en especial a partir del progresivo deterioro de las penas privativas de libertad. La multa, parece, no tiene aquellos inconvenientes de la cárcel a los que nos referíamos antes y, en cambio, si es correctamente ejecutada, se dice, puede servir para reorientar el comportamiento del condenado”<sup>471</sup>.

Otras penas, como las penas privativas de derechos, por su naturaleza, asumen (y pueden asumir todavía más) la condición de natural alternativas a la prisión. Se considera penas privativas de derecho: “inhabilitación absoluta, inhabilitaciones especiales, suspensión de empleo o cargo público, privación del derecho a la tenencia y porte de armas, privación del derecho a conducir vehículos a automotor y ciclomotores, privación del derecho a la tenencia y porte de armas, privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos”<sup>472</sup>. Además, cabe también añadir las penas privativas de

---

<sup>471</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 664.

<sup>472</sup> Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 48. En la opinión de Varona Gómez: “una valoración más positiva merece la reforma de las penas privativas de

derechos que han sido introducidas por la LO 14/91999: la “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”<sup>473</sup>.

Es importante considerar que las penas privativas de derechos están instituidas en diferentes dispositivos del Código penal español. Además, puede verificarse que la mayoría de las veces tal pena se encuentra conjugada con la pena de multa. A este hilo, ha de explicitarse como ejemplos manifiestos de la real posibilidad de aplicarse conjuntamente la multa y la inhabilitación, los arts. 159.2, 335.1, 335.2, 360, 410.1, 411, 412.3, 415, 417.1, 418, 421, 439, 440, 442, 446 (2º y 3º), 466.1, 467, 509, 534, 535, 536 (párrafo 2), 537, 539, 540, 541, 559 CP. Y como ejemplo de la posibilidad de imponerse la pena de multa conjugada con la suspensión de empleo o cargo público, los artículos 391, 405, 409, 412.1, 412.2, 425.1, 433, 437, 441, 460 CP.

Además, conviene destacar que el legislador también ha fijado la pena privativa de derecho como pena principal. En el art. 536 CP (párrafo 1), la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público es la única consecuencia jurídica a ser aplicada. Dicta tal artículo que «la autoridad, funcionario público o agente de éstos que, mediando causa por delito, interceptare las telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años». Sin adentrar en las críticas atinentes al aludido dispositivo, cabe señalar que tal artículo confirma los razonamientos que plantean la necesidad de ampliar el ámbito de aplicación de las privativas de derechos, en detrimento de la pena de prisión, especialmente en los delitos de escasa gravedad.

---

derecho encamionadas a luchar contra la violencia doméstica. No obstante, no puede olvidarse que el principal problema que plantean estas medidas es su control eficaz”. VARONA GÓMEZ, Daniel. La reforma de las penas no privativas de libertad (LO 15/2003): ¿Un paso adelante en el sistema de penas alternativas a la prisión? Revista Española de Investigación Criminológica. 2004. N.º 2. Disponible en internet: [www.criminologia.net/contenidos/revistaContenido/2/AC0404.pdf](http://www.criminologia.net/contenidos/revistaContenido/2/AC0404.pdf). ISSN 1696-9219 [REIC AC-04-04].

<sup>473</sup> Vid. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 48.

Sin duda, las penas privativas de derecho son consecuencias jurídicas extremadamente favorables a la prevención especial. Exactamente por ello, debe utilizarse tal pena todavía más y expandir su campo de actuación, equilibrando, de este modo, los objetivos preventivos generales y especiales, evitando así la utilización indiscriminada de la pena de prisión. Por esto se puede afirmar que el Código penal español del 95 y sus reformas posteriores han ofrecido una serie de penas que han representado auténticas alternativas al encarcelamiento.

Especial atención merece la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. Está llamada a ser una de las herramientas más importantes frente al desafío de reducir la aplicación de la pena de prisión. Ello porque responde tanto a los fines preventivo-generales, como especiales. Por lo tanto, se trata de una pena que evita el desarraigo social del penado, aproximándole, por el contrario, cada vez más de la sociedad, a través del trabajo. La ejecución del trabajo en beneficio de la comunidad, por su naturaleza, ya introduce el sujeto en la colectividad, lo que es un aspecto determinante para alcanzar la reeducación y resocialización del delincuente.

Discutiendo sobre el origen de esta pena, Aránguez Sánchez acentúa que su precedente directo, conforme la actual configuración, se encuentra en el Ordenamiento jurídico del Reino Unido. Afirma el autor en cita que a través “de la *Criminal Justice Act* de 1972 se regularan los *Community Service*. En el Derecho británico, los trabajos en beneficio de la comunidad, cumplidos bajo el régimen de *Probation*, se han convertido en el sustituto más habitual de las penas privativas de libertad de corta duración”<sup>474</sup>.

En Derecho comparado esta pena tiene comprobados buenos resultados, lo que representa una expresa confirmación de que el trabajo en beneficio de la comunidad es una pena útil y eficiente, tanto para promover la excarcelación, como para la reinserción social del sujeto. Sin embargo, para alcanzar tal éxito es necesario plantear tal penal pena, esencialmente bajo dos condiciones: el consentimiento del penado (la voluntariedad) y la gratuidad de la prestación.

---

<sup>474</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. «La pena de trabajo en beneficio de la comunidad», en *Cuadernos Jurídicos*, núm. 70, Madrid, 2000, pp. 7/8.

En España, el trabajo en beneficio de la comunidad está regulado en el art. 49 CP y dicta expresamente que «no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas». Además, limita el tiempo de su cumplimiento, garantizando que su duración diaria «no podrá exceder de ocho horas». Como se puede observar, la ley penal habla en actividades de utilidad pública. Sin embargo, compartimos la idea de que además del interés público esta actividad debe viabilizar la reeducación social del sujeto. En este sentido, Aránguez Sánchez pone de manifiesto que “las actividades de utilidad pública que desarrolle el penado no sólo deben tener interés social, sino también valor educativo”<sup>475</sup>.

Además, es relevante destacar que la referida Ley penal establece importantes condicionantes en relación a la ejecución de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad como por ejemplo, el hecho de que esta pena no atente contra la dignidad de penado y que haya un control de su desarrollo por el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Sobre este aspecto, cabe observar que el Legislador ha buscado destacar de forma expresa el respeto que debe tener a la Constitución española, especialmente a sus artículos 10 y 15 que consagra la dignidad humana y la imposibilidad de se aplicar penas inhumanas o degradantes, así como la imposición de trabajo forzado. Con acierto Aránguez Sánchez explica que esta pena por su propia esencia resulta incompatible con la violación del principio de la dignidad humana y concluye: “se trata de un trabajo en interés de la comunidad, propuesto por la Administración penitenciaria o en casos excepcionales por el propio reo, aceptado por el penado, y que está impuesto y supervisado por un órgano jurisdiccional”<sup>476</sup>.

Sin embargo, en el contexto punitivo español, este instituto no ha logrado el éxito esperado y su aplicación ha sido considerada desoladora, sobre todo cuando se observa el número de penas definitivas impuestas a los infractores. Esto se debe, de acuerdo con la opinión de Cid Moliné, a dos

---

<sup>475</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. «La pena de trabajo (...)», Op. Cit., p. 21.

<sup>476</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. «La pena de trabajo (...)», Op. Cit., p. 21.



motivos esenciales: una regulación legislativa deficiente y la existencia de “carencias judiciales”<sup>477</sup>. Según el autor en cita, el trabajo en beneficio de la comunidad, no estaba prevista “como pena principal de ningún delito ni falta”<sup>478</sup>, hasta la reforma de la Ley Organiza 11/2003<sup>479</sup>. Por lo tanto, aunque la reforma de 2003 haya incrementado la posibilidad de utilizarse de esta pena, es todavía necesario encontrar una forma que permita expandir el uso de esta pena a otros supuestos. Para esto, cabe discutir sobre la posibilidad de instituir el trabajo en beneficio de la comunidad como respuesta a determinadas conductas consideradas de baja y, incluso, de media gravedad. No es objeto de este trabajo ahondar en este debate.

De otra parte, también considera que el fracaso de las alternativas también se debe al hecho de ser una opción poco utilizada por el juez.

Desde nuestro punto de vista consideramos la necesidad de fortalecerla. Puesto que en muchas situaciones puede ser la mejor solución aplicada, al depender del caso en concreto. Debe ser una opción frente a todos los delitos de poca gravedad y depender de la valoración del juez también como solución a los delitos de gravedad intermedia. Desde otro punto de análisis, la pena de

---

<sup>477</sup> CID MOLINÉ, José. «Penas no privativas de libertad en la ley orgánica 15/2003 (especial mención a: trabajos en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 12, 2004, p. 217.

<sup>478</sup> CID MOLINÉ, José. «Penas no privativas de libertad en la ley orgánica 15/2003 (...)», Op. Cit., p. 217.

<sup>479</sup> A modo de cita, Cid Moliné destaca: “En concreto, los casos en que el Trabajo en beneficio de la comunidad aparece como pena opcional son los siguientes: a) delito de malos tratos en el ámbito doméstico (artículo 153 CP): pena opcional entre prisión de 3 meses a 1 año, o trabajo en beneficio de la comunidad, de 31 a 80 días; b) delito de hurto de uso de vehículo de motor (art. 244 CP): pena opcional entre multa, de 6 a 12 meses, o trabajo en beneficio de la comunidad, de 31 a 90 días; c) delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (artículo 379 CP): pena opcional entre prisión, de 3 a 6 meses, o multa, de 6 a 12 meses, permitiendo al juez que, en caso de optar por la multa, imponga además trabajo en beneficio por la comunidad, de 31 a 90 días; d) delito de quebrantamiento de la pena de prohibición de aproximarse de la víctima impuesta en delitos relativos a la violencia doméstica (artículo 468.2 CP): pena opcional de prisión, de 3 meses a 1 año, o trabajo en beneficio de la comunidad, de 90 a 180 días; e) falta de incumplimiento de obligaciones familiares en supuestos de separación y otros (artículo 618.2 CP): pena opcional entre multa, de 10 días a 2 meses, o trabajo en beneficio de la comunidad de 1 a 30 días; f) falta de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas en el ámbito doméstico (artículo 620 CP): pena opcional de localización permanente, de 4 a 8 días, o trabajo en beneficio de la comunidad, de 5 a 10 días; g) falta de deslucimiento de bienes (artículo 626 CP): pena opcional entre localización permanente, de 2 a 6 días, o trabajo en beneficio de la comunidad, de 3 a 9 días; h) falta contra la flora (632.1 CP): pena opcional entre multa, de 10 a 30 días, o trabajo en beneficio de la comunidad, de 10 a 20 días; i) falta de maltrato de animales (artículo 632.2 CP): pena opcional entre multa, de 20 a 60 días, o trabajo en beneficio de la comunidad, de 20 a 30 días. CID MOLINÉ, José. «Penas no privativas de libertad en la ley orgánica 15/2003 (...)», Op. Cit., p. 220.

trabajo en beneficio de la comunidad puede jugar un papel muy importante a la hora de aplicar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Debería ser una condición imprescindible a ser suministrada durante el periodo de prueba.

## **2. Alternativas Específicas**

Entendemos que los sustitutivos legales son alternativas específicas a las penas privativas de libertad, particularmente de la prisión, puesto que se manifiestan con el espíritu de evitar o atenuar las graves y negativas secuelas provocadas por ejecución de esta modalidad la pena<sup>480</sup>, tal como la ley penal española ha creado tales institutos jurídicos. Así, el legislador ha instituido la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (art. 80 a 87 CP), la sustitución (art. 88 y 89 CP) y la libertad condicional (art. 90 a 93 CP) como auténticos sustitutivos legales a la privación de libertad.

Para bien estructurar esta investigación, conviene proceder a una necesaria explicación: en este apartado, expondremos, a modo de resumen, algunas características apenas de la sustitución de la pena de prisión y de la libertad condicional. En el capítulo siguiente desarrollaremos el tema nuclear de nuestro trabajo: la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

### **2.1 Breves Comentarios sobre la Sustitución de la Pena de Prisión.**

La sustitución, como un instrumento alternativo a la privación de la libertad, puede ser examinada desde dos perspectivas: la sustitución obligatoria y la sustitución facultativa. La obligatoria es la que esta prevista en el art. 71.2 CP que determina la obligatoriedad de sustituir la pena de prisión inferior a tres meses. Por lo tanto, en esto supuesto, debe el Juez o Tribunal, forzosamente, sustituir la pena de prisión por trabajos en beneficio de la

---

<sup>480</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Op. Cit. p. 71.

comunidad o multa. En tal perspectiva, Téllez Aguilera explica que “el Juez o Tribunal se ve obligado por Ley a sustituirla, aplicando para ello las reglas previstas en el art. 88”<sup>481</sup>.

Algunos autores plantean que la sustitución de la pena de prisión, aplicable a los extranjeros no residentes legalmente en España, también debe ser ubicada entre las hipótesis de sustitución obligatoria, puesto que el régimen general regulado en el art. 89 CP impone la expulsión del extranjero del territorio español como regla. En esta línea, Suárez-Mira Rodríguez–Judel Prieto–Piñol Rodríguez apostillan que “también pueden considerarse obligatorias las sustituciones de penas impuestas a extranjeros no residentes, previstas en el art. 89, pues aunque excepcionalmente el Tribunal sentenciador podría no aplicarlas, su régimen común impone la expulsión del territorio nacional”<sup>482</sup>.

De otra parte, la facultativa se refiere a la regulada en el art. 88 del Código penal, que permite al Juez o Tribunal valorar, en el caso en concreto, la conveniencia en conceder o no la sustitución de la pena de prisión. Para ello, cabe al juzgador concretar si la personalidad, la conducta del penado, la naturaleza del hecho y el esfuerzo para reparar los perjuicios causado por el evento lesivo son aconsejables a la sustitución.

Dicho esto, es importante considerar que, en este apartado, vamos a detenernos, exclusivamente y a modo de resumen, en la sustitución, conforme está prevista en los artículos 88 y 89 del Código Penal español.

Inicialmente conviene subrayar que el Código penal de 1995 ha innovado, con relación al Código anterior, al instituir la sustitución de la pena de prisión, en los artículos 88 y 89 CP, bajo el epígrafe «de la sustitución de las penas privativas de libertad».

---

<sup>481</sup> TÉLLEZ AGUILERA, Abel. «Las alternativas a la prisión en el derecho español: una visión panorámica con ideas para matar a la mala hierba de la inseguridad jurídica», en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Madrid, 2005, p. 18.

<sup>482</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 490.

Aunque éste epígrafe se refiera (de forma general) a las penas privativas de libertad, importante sector de la doctrina afirma que, hoy por hoy, carece de sentido utilizar tal expresión, puesto que la sustitución se aplica exclusivamente a la pena de prisión. Ello porque la reforma operada por la LO 15/2003 suprimió el arresto de fin de semana, de modo que el instituto de la sustitución sólo alcanza la pena de prisión. En esta línea, Mapelli explica que “la referencia al nombre genérico de penas privativas de libertad y su utilización en plural carece de sentido tras de la reforma 15/03, que sólo contempla la prisión como pena susceptible de ser sustituida”<sup>483</sup>.

Este novedoso instituto se ha presentado como un mecanismo alternativo a la ejecución de la pena de prisión de corta duración, «cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales». Es relevante aseverar que el principal beneficio que este instituto promueve es la sustitución de una pena corta de prisión por una pena no privativa de libertad<sup>484</sup>, evitando los efectos negativos causados por el encarcelamiento. Por lo tanto, a través de la sustitución se ejecuta efectivamente una pena, pero, una pena más aconsejable desde el punto de vista político criminal y preventivo-especial<sup>485</sup>. Según Mapelli “las sustituciones del art. 88 CP tienen en común la búsqueda de alternativas a las penas cortas de prisión mediante el reemplazo de la pena inicialmente prevista

---

<sup>483</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 122. En esta vertiente plantea Cervelló Donderis: “Desde la aprobación del CP de 1995 se podían sustituir la prisión y el arresto fin de semana, sin embargo la desaparición de esta última sólo permite en la actualidad la sustitución de la pena de prisión, que podrá ser sustituida por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad”. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho penitenciario*. 2ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 308. Muñoz Conde–García Arán: “La sustitución de la pena está prevista para la prisión y se regula en los arts, 88 y ss.”. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 565.

<sup>484</sup> “Lo característico de esta figura es que, de todas formas, se producirá la ejecución de una pena”. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 489.

<sup>485</sup> “La reforma operada por la LO 15/2003 ha suprimido la posibilidad de que la pena que se subroga por la primitiva sea pena privativa de libertad (caso de los arrestos de fin de semana)”. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 489.

para el delito cometido —pena sustituida— por otra, distinta —pena sustitutiva—, no prevista”<sup>486</sup>.

Así, la pena de prisión puede ser sustituida por la pena de multa o por el trabajo en beneficio de la comunidad, al depender de cada situación que se presente, conforme los regímenes establecidos en el art. 88 CP, o, aún, por la expulsión del extranjero del territorio español, si se tratar de supuesto regulado por el art. 89 CP (las diversas hipótesis serán explicitadas más adelante).

Resulta oportuno resaltar que antes de la Ley Orgánica 15/2003 era posible sustituir la pena de prisión por el arresto de fin de semana. Esta pena asumía anteriormente un importante protagonismo a la hora de aplicar este instituto. Sin embargo, como es sabido, el arresto de fin de semana fue suprimido del Código penal español. Así, a partir de la reforma producida por la Ley Organiza 15/2003, la pena de trabajo en beneficio de la comunidad asumió mayor relieve. Conforme aclara Cardenal Montraveta, “la LO 15/2003 eliminó con carácter general la pena de arresto de fin de semana, y modificó el art. 88 en el sentido de que las penas sustitutivas pasaban a ser las de multa y/o trabajos en beneficio de la comunidad”<sup>487</sup>.

Adentrando más específicamente en las reglas relativas a la sustitución, es importante señalar que el art. 88 ha establecido algunas formalidades que deben ser cumplidas a la hora de conceder este beneficio. Antes de todo, es menester subrayar que el art. 88.3 veda expresamente la posibilidad de sustituir penas que ya sean sustitutivas de la pena de prisión. Dicta el referido artículo que «en ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de

---

<sup>486</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 122. Según Cardenal Montraveta: “se trata esencialmente de permitir renunciar a su ejecución mediante la sustitución por una pena distinta, cuando ello resulte suficiente para satisfacer la función del Derecho penal, siempre que no se trate de reos habituales”. CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. «Alternativas a la pena de prisión. Especial consideración de la suspensión de la ejecución y la sustitución», en MIR PUIG, Santiago (Dir.)—CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.)—GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.). *Nuevas tendencias en política criminal*. Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, p. 43.

<sup>487</sup> CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. Op. Cit., p. 43. Antes de la Reforma 15/2003, Larrauri explicaba que: “en este caso podría señalarse que toda a regulación (artículo 88) es novedosa. En síntesis la sustitución de la pena consiste en: a) Posibilidad de sustituir la pena de prisión por arresto de fin de semana y multa (art. 88.1). b) Posibilidad de sustituir la pena de prisión por arresto de fin de semana por multa o trabajo en beneficio de la comunidad (art. 88.2)”. LARRAURI, Elena. «suspensión y sustitución de la pena en el nuevo código penal español», en la *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 7/8, 1999, p. 492/493.

otras»<sup>488</sup>. La Ley penal también impone otras reglas igualmente relevante al conceder la sustitución. La primera, se refiere a la realización de una *audiencia entre las partes*; y la segunda al *momento de concesión de este beneficio*.

En lo que concierne al referido *momento de conceder la sustitución*, la Ley penal ha permitido asignar la sustitución de la pena de prisión en dos momentos distintos: en la propia *sentencia condenatoria*; o, de lo contrario, en *auto motivado*. Así, no está obligado el juzgador a conceder la sustitución en el exacto instante del fallo condenatorio, pudiendo, por lo tanto, aplicarla, en ocasión posterior. Varios juristas consideran importante esta facultad sobre todo porque sirve para frenar la posibilidad de manejar automáticamente este instituto y permite al juzgador “recabar una información más amplia y rigurosa sobre la personalidad del condenado, sin que por ello, se retrase el fallo condenatorio”<sup>489</sup>. No obstante, el Código determina que la sustitución debe ser llevada a cabo, en todo caso, antes de dar inicio a la ejecución de la pena de prisión<sup>490</sup>, puesto que éste es el marco legal, fijado con carácter preclusivo, es decir, a partir del cual no se puede más hablar en sustitución.

En atención a lo anterior, es relevante añadir que la doctrina no es unánime al reportarse acerca del momento exacto en que se inicia la ejecución de la pena de prisión. Para algunos autores, tal momento se configura cuando efectivamente el órgano judicial produce el mandamiento de prisión. Para otros, el referido momento debe ser interpretado de forma material, es decir, se da a partir de la efectiva entrada del reo en prisión. A este hilo, Téllez Aguilera, al destacar la divergencia sobre esta temática, opina que el inicio de la ejecución de la pena de prisión coincide con el instante en que el condenado ingresa en el Centro penitenciario: “dicho momento, entienden algunos autores, se concreta con la libranza por el órgano sentenciador del correspondiente mandamiento de prisión, criterio que particularmente no comparto pues la pena de prisión inicia su cumplimiento con el ingreso en el Centro penitenciario, siendo ese primer día en que computará como tal en la liquidación (fecha de

---

<sup>488</sup> Vid también, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 565.

<sup>489</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 122.

<sup>490</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 565.

inicio de cumplimiento)”.<sup>491</sup> Nos alineamos completamente con esta opinión. Desde nuestro punto de vista, este planteamiento parece mejor reflejar el espíritu preventivo del legislador, puesto que permite al juez realizar de forma más consistente y menos precipitada el análisis de las circunstancias personales del condenado. De este modo, tal valoración debe ser llevada a efecto hasta el momento del efectivo de ingreso del penado en la cárcel.

Otro aspecto importante de la sustitución es que el art. 88.1 CP prevé la posibilidad de imponer al condenado «la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida»<sup>492</sup>. Es innecesario decir que el art. 83 regula las obligaciones impuestas, durante el plazo de prueba, de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Estas reglas de comportamiento consisten, conforme destaca Téllez Aguilera en “prohibición de acudir a determinados lugares, orden de alejamiento de la víctima, familiares u otras personas, prohibición de ausentarse del lugar de residencia, comparecencias obligatorias, participación en programas o el cumplimiento de otros deberes que se estimen convenientes para la rehabilitación social del penado”<sup>493</sup>.

A título de comparación, conviene destacar que el Ordenamiento jurídico brasileño también contempla reglas parecidas. En su art. 43, establece un

---

<sup>491</sup> TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Op. Cit., p. 18. En esta línea, Lascuraín Sánchez–Mendoza Buergo–Rodríguez Mourullo destacan el Auto de la Audiencia Provincial de Gerona: “(...) una primera conclusión hemos de dejar sentada, cual es que la ejecución de la pena no coincide materialmente con la apertura procesal de la ejecutoria, puesto que al producirse ésta desde el momento que la sentencia deviene firme, bien por falta de recurso bien por la resolución del Tribunal, se haría imposible el dictado del auto posterior a la sentencia; así las cosas el momento del inicio de la ejecución ha de ser interpretado como la ejecución material de la pena, es decir, desde el momento en que el condenado ingresa en el Centro Penitenciario, pues sólo las penas de prisión pueden ser sustituidas por lo gravoso de la pérdida de la libertad; por ello ha de parecernos indiferente que el Juez o Tribunal haya requerido al condenado para que ingrese voluntariamente, o que se hayan dictado las correspondientes órdenes de busca y captura, o que el Centro Penitenciario haya elaborado el plan de ejecución, siempre y cuando la coacción física del encierro que supone el ingreso no haya llegado a tener lugar (AAP Gerona – 3ª–, 231/2000, de 25.5; f. D. 2)”. LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio–MENDOZA BUERGO, Blanca–RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (coordinador). *Código penal*. Madrid, Editorial Thomson Civitas. 2004, p. 704.

<sup>492</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 491.

<sup>493</sup> TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Op. Cit., p. 19.

catalogo de penas restrictivas de derechos consistente en la prestación pecuniaria; la pérdida de bienes e valores; la prestación en beneficio de la comunidad; la interdicción temporaria de derechos; y la limitación de fin de semana. Es relevante añadir que, conforme expresamente dicta el art. 44 CP brasileño, estas penas son autónomas y sustituye automáticamente la pena de prisión que no supere a los cuatro años de privación de libertad, desde que el delito no haya sido cometido mediante empleo de violencia o grave amenaza y que el reo no sea reincidente. Del mismo modo, la sustitución también alcanza los delitos imprudentes. En todo caso, aunque este instituto sea considerado un derecho subjetivo del reo, el Juez o Tribunal debe valorar si la culpabilidad, los antecedentes, la conducta social, la personalidad del condenado, los motivos y circunstancias aconsejan a que se proceda la sustitución de tal pena. Además, la ley prohíbe la concesión de este beneficio al condenado que haya cometido anteriormente un delito doloso.

Concluido lo anterior, hay, por supuesto, que volver a analizar la sustitución en España. En este país otra cuestión bastante controvertida es la de revocación de este instituto. El art. 88.2 CP ha establecido el incumplimiento de la pena sustituida como el supuesto de revocación de dicho beneficio. Determina el referido artículo que «en el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente». Así, como bien asevera Cardenal Montraveta, la sustitución es un mecanismo alternativo a la pena de prisión, que se aplica “sin renunciar la amenaza e imposición inicial de esta pena privativa de libertad”<sup>494</sup>.

Así, para que haya remisión definitiva de la pena es imprescindible que el condenado cumpla integralmente la pena sustitutiva. Por tanto, la pena de prisión —aunque sustituida— sigue jugando un papel importante, porque pasa a ser un elemento amenazador, que viene a estimular al condenado a cumplir la nueva pena aplicada, favoreciendo los fines de prevención especial. Por esta razón algunos autores conciben la ejecución de la pena sustitutiva como un periodo de prueba. A este hilo, considera Mapelli que “nos sugiere que el

---

<sup>494</sup> CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. Op. Cit., p. 43.



legislador entiende el tiempo de cumplimiento de la pena sustitutiva como período de prueba”<sup>495</sup>.

Sin embargo, parece necesario poner de relieve que el art. 88.2 ha establecido —por lo menos expresamente— el incumplimiento de la pena sustitutiva como la única causa de revocación del beneficio de la sustitución de la pena de prisión. De esta forma, algunos juristas advierten, como lo afirma Cardenal Montraveta, que en la actual redacción ni siquiera ha quedado “claro si es posible revocar la sustitución en el caso de que se haya impuesto e incumplido alguna de las obligaciones o deberes en el art. 83, CP”<sup>496</sup>. En parecida línea, Téllez Aguilera realiza también crítica: “hay que subrayar la problemática que presenta la actual redacción, en el sentido de que lo que parece que da lugar a ejecutarse la pena sustituida es el incumplimiento estrictamente de la pena sustitutiva y, por tanto, no la de las condiciones adicionales que pueden acompañar a ésta que, de seguirse una interpretación gramatical, no produciría consecuencia alguna”<sup>497</sup>.

Sobre la referida problemática acerca de la posibilidad de revocar la sustitución, motivado específicamente por el incumplimiento de las reglas de conducta, cabe decir que las opiniones son de lo más variado<sup>498</sup>. De un lado, un sector de la doctrina sostiene que el incumplimiento de las condiciones establecidas, por sí sólo, no autoriza la revocación del beneficio, sino el efectivo incumplimiento de la pena sustitutiva. En esta perspectiva, Suárez-Mira Rodríguez–Judel Prieto–Piñol Rodríguez destacan que la “circular de la FGE 1/2005, se inclina por no aplicar la consecuencia de la revocación en los casos

---

<sup>495</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 123. Según Cardenal Montraveta: el mecanismo de la sustitución previsto en el art. 88, CP, permite revocar la renuncia a la pena de prisión, como también cabe esta posibilidad en el caso de la suspensión, y está igualmente prevista la posibilidad de revocar la clasificación del interno que permite cumplir la pena fuera del establecimiento penitenciario. CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. Op. Cit., p. 44.

<sup>496</sup> CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. Op. Cit., p. 44.

<sup>497</sup> TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Op. Cit., p. 20.

<sup>498</sup> Suárez-Mira Rodríguez–Judel Prieto–Piñol Rodríguez sintetizan: “En relación con el incumplimiento de las reglas impuestas se manifiestan dos criterios: el de quienes estiman que la remisión supone también aplicar los criterios del art. 84 CP, y el de aquellos que entienden que el silencio únicamente permite sostener que sólo se podrá sustituir la regla impuesta por otra”. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 492.

de incumplimiento de las reglas de conducta”<sup>499</sup>. En parecidas líneas Muñoz Conde–García Arán, con razón, apostillan que tal “omisión no puede ser suplida por vía interpretativa estableciendo consecuencias sancionadoras no previstas en ley, ni tampoco aplicarse en este caso el quebrantamiento de condena porque tales obligaciones no son penas ni medidas de seguridad, lo que confirma su carácter predominantemente tutelar y de control añadido”<sup>500</sup>.

De otro lado, hay autores que entienden que debe examinarse antes de revocar la sustitución qué clase de obligación (o regla de conducta) le ha sido impuesta e incumplida. Así, al depender de cuál sea la condición puede carecer de motivo aplicar tal consecuencia. En la opinión de Cardenal Montraveta “depende de cuál sea la naturaleza que se asigna a tales obligaciones o deberes, y de las consecuencias que se extraigan del hecho de que, cuando tales obligaciones o deberes se hayan impuesto como penas en la sentencia, no cabe considerarlas como penas sustitutivas cuyo incumplimiento revoca la sustitución”<sup>501</sup>.

Desde otro punto de vista, otros autores plantean que en la hipótesis de incumplimiento de las condiciones impuestas, durante la ejecución de la pena sustitutiva, debe aplicarse la regla del art. 84.2 CP. Es decir, abogan que han de llevarse a cabo las mismas consecuencias del incumplimiento de las reglas de conductas asignadas por ocasión de la suspensión de la pena privativa de libertad. En esta vertiente, Téllez Aguilera apunta que “cierto sector doctrinal (Manzanares) propone aplicar, por criterios de interpretación sistemáticos y teleológicos, las previsiones del art. 84.2 dispuestas, como sabemos, para el incumplimiento de las condiciones en los supuestos de suspensión”<sup>502</sup>.

Partiendo desde una perspectiva diferente, otros autores son todavía más contundentes al afirmar que la remisión definitiva depende tanto del cumplimiento de la pena sustitutiva como de las obligaciones impuestas. En esta vertiente, Mapelli apostilla que “la remisión definitiva depende del

---

<sup>499</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 492.

<sup>500</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 567.

<sup>501</sup> CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. Op. Cit., p. 44.

<sup>502</sup> TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Op. Cit., p. 20.

cumplimiento de la nueva pena y de las eventuales obligaciones que el juez decide imponer de acuerdo con el art. 83 CP<sup>503</sup>.

Expuestas en los párrafos anteriores algunas de los más significativos planteamientos, conviene decir que, desde nuestro punto de vista, la postura que propugna que el incumplimiento de la regla de conducta no puede, por sí solo, revocar el beneficio de la sustitución, nos parece la más adecuada. Ello porque la Ley ha establecido expresamente cuál es la condición preceptiva que promueve la revocación de este instituto: el incumplimiento de la pena sustitutiva. De esta forma, los planteamientos que defienden la posibilidad de revocar la sustitución, bajo el argumento de haber el penado incumplido alguna las reglas de conducta aplicada, a nuestro sentir, parecen no encontrar guarida. Los artículos referentes a la sustitución no respaldan expresamente esta tesis.

De esta manera, entendemos que parece ser una medida extremadamente represiva revocar la sustitución simplemente porque el condenado —*que cumple regularmente la pena sustitutiva*— haya dejado de observar alguna regla de conducta. En lo que concierne a las situaciones de incumplimiento reiterado de las referidas reglas de comportamiento, la Ley debería establecer otro tipo de reacción que no coincidiese con la revocación de este instituto. A respecto de esta hipótesis, cabe plantear la posibilidad de crear un mecanismo legal que permitiese una ampliación excepcional del plazo de cumplimiento de la pena sustitutiva, cuando el penado incumpliera reiteradamente las reglas de conductas aplicadas, pero que cumpliera puntualmente la pena sustitutiva. Evidentemente que este tema merece ser discutido y madurado, pero en otra ocasión, ya que no es el objeto de este estudio.

No obstante, es todavía oportuno señalar que de forma diferente a la suspensión, que se caracteriza, actualmente, por establecer reglas de conducta durante un periodo de prueba, la sustitución impone una pena autónoma. Pena que es, por supuesto, sustitutiva a la pena de prisión. De forma que las reglas de conducta aquí asumen una condición secundaria. Por ello, a nuestro

---

<sup>503</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 123

entender, no hay cómo tratar la ejecución de reglas de conducta con el mismo rigor que se debe atribuir al cumplimiento de la pena sustitutiva.

Otro tema que merece ser destacado es el quebrantamiento de condena. Sobre tal cuestión, es importante destacar que en el caso de incumplimiento de la pena sustitutiva, la consecuencia debe ser, en todo caso, el regreso a la situación inicial, debiendo ejecutarse la pena de prisión. Innumerables penalistas debaten acerca de la posibilidad de aplicarse, además de la consecuencia mencionada, también el delito de quebrantamiento de condena. Hoy por hoy parece ser pacífico el entendimiento de que ha de aplicarse la regla del art. 88.2, que determina la ejecución de la pena de prisión, en detrimento del delito de quebrantamiento. Téllez Aguilera subraya que “lo que está fuera de toda duda es que, producido el incumplimiento, se aplica el mecanismo específico del art. 88.2, mecanismo preferente y excluyente de la deducción del testimonio por quebrantamiento de condena”<sup>504</sup>. De acuerdo con lo que ha publicado el autor en cita, “en realidad, como se ha afirmado (Lascuráin Sánchez) aquí no se produce el quebrantamiento de una pena sino que incumple una forma de la misma (la de la sustituta) produciéndose, entonces, a cumplirse en la forma originaria (pena de prisión)”<sup>505</sup>. Y concluye el citado jurista: “A ello habría que añadir, *a fortiori*, el hecho de que en la redacción dada al precepto por la LO 15/2003 haya desaparecido la mención expresa a quebrantamiento (decía el antiguo 88.3: «En el supuesto de quebrantamiento o incumplimiento en todo o en parte...»)<sup>506</sup>.

---

<sup>504</sup> TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Op. Cit., p. 20. Muñoz Conde–García Arán explican de forma bastante aclaradora: “el delito de quebrantamiento y el incumplimiento de la pena sustitutiva son situaciones diferenciadas en el Código penal. El primero supone la ineficacia de una resolución judicial con intención de sustraerse definitivamente al cumplimiento de la pena que sólo puede responderse con una condena por delito contra la Administración de Justicia (art. 468), mientras que el segundo es, en realidad, el incumplimiento de una condición implícita –la de cumplir la pena sustitutiva– que determina el regreso a la situación de partida, es decir, la pena sustituida. Las reglas del concurso de normas impiden aplicar *ambas consecuencias* a un único supuesto, lo que permite excluir la pena por quebrantamiento en los supuestos que ahora tratamos”. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 566.

<sup>505</sup> TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Op. Cit., p. 20. Importante ver: MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 123. Y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., pp. 491/492.

<sup>506</sup> TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Op. Cit., p. 20.

La sustitución es un tema que recibe diversas críticas y elogios, sobre todo porque evita la ejecución de la pena de prisión de corta duración y favorece a la prevención especial. Sin embargo, no es objetivo de este estudio analizar todas las cuestiones alrededor de esta institución, sino explicar, sucintamente, como está regulada en el Código penal español para, en el capítulo siguiente, estudiar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y ponerla en relación específicamente con la propia sustitución.

Sin embargo, es imprescindible verificar los diferentes regímenes establecidos en la legislación española. Como se puede percibir, el art. 88 reglamenta tres situaciones distintas: un *régimen general* para las penas de prisión que no superan a un año; un *régimen excepcional* para las hipótesis en que la pena no supera a los dos años; y un *régimen especial* para las situaciones en que el sujeto haya sido condenado por delitos atinentes a la violencia de género<sup>507</sup>. De otra parte, el art. 89 CP prevé un régimen especial para los penados extranjeros.

### **2.1.1. Régimen General.**

En el párrafo 1º del art. 88 CP, el legislador ha establecido un régimen común para la sustitución de la pena de prisión. El régimen general autoriza la sustitución de la pena de prisión no superior a un año de privación de libertad<sup>508</sup> por la pena de trabajo en beneficio de la colectividad o la pena de multa. La decisión sobre la concesión de la sustitución como también acerca de la pena sustitutiva es realizada de forma discrecional por el Juez o Tribunal, que debe valorar si «las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado

---

<sup>507</sup> Vid. CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 567. TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Op. Cit., pp. 19/20. Vid. MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 125/127.

<sup>508</sup> Dicen Muñoz Conde–García Arán: “El supuesto normal se produce en el caso de las penas de prisión inferiores a un año, que pueden ser sustituidas por multa o trabajo en beneficio de la comunidad” CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 565. Aduce Téllez Aguilera que “El párrafo 1.º Del art. 88.1 prevé que pena de prisión no superior a un año (por tanto, la pena de un año es sustituible con este régimen)”. TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Op. Cit., p. 18.

así lo aconsejen». De cualquier modo, no se puede conceder la sustitución a reo habitual.

El Código penal ha silenciado la posibilidad de computarse, en el marco penológico de un año, la suma de las penas acumuladas. “A diferencia de la suspensión, aquí no dice el legislador si el año se ha de computar sobre la totalidad de las penas impuestas o si cabe que cada una de ellas, siendo inferior al año, pueda ser sustituida”<sup>509</sup>, explican Suárez-Mira Rodríguez–Judel Prieto–Piñol Rodríguez, al constatar tal omisión legal. Lo cierto es que el silencio del legislador ha producido en la doctrina posturas bastante divergentes.

Una vertiente doctrinal defiende que la regla referida al cómputo de un año debe aplicarse a la hipótesis en que existan varias penas impuestas. De este modo, es indiferente si se trata de una pena o varias penas asignadas. Para esta corriente es igualmente indiferente si tales penas fueran imputadas en una única sentencia o en varias. Esta es la postura adoptada, por ejemplo, por Téllez Aguilera que defiende contundentemente que “debe entenderse, por aplicación analógica de la regla prevista en el art. 81.2.ª (...) que puede abarcar a la suma de varias penas impuestas en la misma o distintas sentencias”<sup>510</sup>.

Desde una perspectiva extremadamente opuesta, destacado segmento de la doctrina considera que la sustitución debe aplicarse a cada una de las penas aplicadas. Esta corriente entiende que no se puede plantear la acumulación de penas ante el efectivo silencio de la Ley penal. Por lo tanto, algunos juristas, como por ejemplo Llorca Ortega, aseveran que el cómputo debe procederse separadamente<sup>511</sup>. Los defensores de esta corriente refutan vehementemente la posibilidad de acudir a la interpretación analógica, para de este modo aplicar las reglas referentes a la suspensión, suprimiendo la

---

<sup>509</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 490. Muñoz Conde–García Arán alertan que “mientras en el caso de la suspensión el Código penal deja claro que el cómputo de la pena a suspender debe sumar todas las penas impuestas en la sentencia (art. 81,2ª), nada se dice en el caso de la sustitución de la pena de prisión”. CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 566.

<sup>510</sup> TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Op. Cit., p. 19.

<sup>511</sup> “Lorca Ortega se inclina por la computación separada, ante ese silencio legal”. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 490.

omisión del legislador. Estos autores consideran que la interpretación analógica sólo puede ser llevada a cabo para favorecer el reo y nunca para perjudicarlo. Así, en esta hipótesis la referida interpretación viene a perjudicar al condenado. Por este motivo, García Arán es contundente al afirmar que “la ley no impone la acumulación de las penas a estos efectos —como se hace en la suspensión— , no pueden imponerse requisitos limitadores y perjudiciales para el reo que no estén expresamente previstos”<sup>512</sup>. De forma que la citada penalista concluye que “cabe la sustitución independiente de penas inferiores a un año, aunque sigue siendo una facultad del tribunal, que puede dejar de utilizarla si las penas acumuladas superan considerablemente el año de duración”<sup>513</sup>.

Partiendo desde otro punto de vista, destacados juristas consideran que es posible la acumulación de las penas —en el referido marco de un año— desde que sean impuestas en un mismo procedimiento. En esta línea se mueve Mapelli, quien estima que la Ley autoriza a “ser una o varias penas sumadas, que no superen el año, pero tendrán que ser penas impuestas en un mismo procedimiento ya que, como requisito general, rige que no haya comenzado el cumplimiento de la misma”<sup>514</sup>. Desde su punto de vista, Mapelli entiende posible sumar las penas, teniendo en cuenta que el legislador ha introducido esta regla con relación a la suspensión. Sin embargo, a pesar de adoptar tal postura, este penalista subraya, de forma bastante serena, “que las sumas perjudican al reo y se está acudiendo a una interpretación analógica sólo permitida para favorecerle”<sup>515</sup>.

Concluido los someros comentarios, destacados en los párrafos anteriores, pasemos al análisis de la conversión de la pena de prisión. El art. 88.1 CP disciplina que la conversión debe ser de siguiente modo: «cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo». Explica Mapelli que “la duración de la jornada puede variar según la naturaleza del trabajo,

---

<sup>512</sup> CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 567.

<sup>513</sup> CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 567. Vid MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 125.

<sup>514</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 125.

<sup>515</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 125.

desde las cuatro a ocho horas diarias sin que ello afecte a los módulos de conversión a pesar del cambio sustancial que representa”<sup>516</sup>. Además, como se ha dicho anteriormente, es importante recordar que el juez puede imponer las reglas de comportamiento establecida en el art. 83 CP, conjuntamente con la pena sustitutiva, por una duración que no exceda el tiempo de cumplimiento fijado para la pena sustitutiva.

### **2.1.2. Régimen Excepcional.**

El régimen excepcional concede al Juzgador la oportunidad de sustituir la pena de prisión que no exceda a los dos años. Este régimen se singulariza, primordialmente, por dos características esenciales: la primera, como ya se ha destacado, se refiere a la ampliación del límite de la pena a ser remplazada, que, en este supuesto, se extiende a los dos años de privación de libertad; y la segunda, se trata de la posibilidad de imponer la pena de multa o la multa acompañada obligatoriamente de la de trabajo en beneficio de la comunidad. Como se puede percibir, en el régimen excepcional, la pena de trabajo en beneficio de la comunidad debe estar necesariamente asociada a la pena de multa<sup>517</sup>.

El régimen excepcional también veda la posibilidad de sustituir la pena de prisión cuando se trate de reo habitual.

A añadir que la concesión de este beneficio se lleva a cabo «cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social». Téllez Aguilera, en importante consideración sobre este instituto, pone de manifiesto que tal exigencia es más rigurosa que la regla fijada en el régimen general, puesto que este régimen simplemente menciona que se puede sustituir la pena

---

<sup>516</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 125.

<sup>517</sup> “(...) ya no se puede sustituir la prisión sólo por trabajos comunitarios sino que si se opta por éstos (en lugar de por pena de multa a secas) los trabajos deben de, necesariamente, ser acompañados de imposición de multa. Por tanto, frete sólo a los trabajos comunitarios del régimen anterior ahora son trabajos más multa”. TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Op. Cit., p. 19.



«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». Observa el susodicho autor que en el régimen excepcional lo que se realiza es una prognosis acerca del carácter contraproducente de la prisión y no un pronóstico de las circunstancias del hecho y de la personalidad del condenado. Subraya que “se pasa de una prognosis favorable del sujeto (régimen general) a una prognosis desfavorable de la prisión (no sustituir) y sólo excepcionalmente se prevé tal sustitución cuando se entienda que el ingreso en prisión es contraproducente desde el punto de vista preventivo general y especial”<sup>518</sup>.

La doctrina mayoritaria entiende que igual que el régimen general, en el excepcional, el juzgador puede fijar las reglas de conducta, establecida en el art. 83 CP, aunque no haya una disposición expresa. A respecto de esta afirmación Suárez-Mira Rodríguez–Judel Prieto–Piñol Rodríguez resaltan que “la Circular de la FGE 1/2005, de 31 de marzo, estima que también en estos supuestos es procedente su imposición”<sup>519</sup>.

Al crear esta modalidad, el legislador ha fijado que «la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa». Es curioso ver que los módulos de conversión del régimen general sólo se aplican con relación a la pena de multa, no quedando claro como se procede la conversión de la pena de prisión para la pena de trabajo en beneficio de la comunidad<sup>520</sup>. Otra vez, la oscuridad de la Ley ha permitido el surgimiento de planteamientos diferentes. Se puede verificar que, de un lado, algunos juristas opinan que “se ha de entender que un día de prisión ha de ser sustituido no por

---

<sup>518</sup> TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Op. Cit., p. 19.

<sup>519</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 492.

<sup>520</sup> Comenta Téllez Aguilera: “Y en cuanto a los módulos de conversión, tras la reforma efectuada por LO 15/2003, se observa un endurecimiento patente, pues mientras que en la redacción anterior se hacía una remisión al régimen general, «la sustitución se llevará a cabo con los mismo requisitos y en los mismo términos y módulos previstos en el párrafo anterior», ahora se añade la coletilla «en el párrafo anterior *para la pena de multa*», por lo que se ha de entender que un día de prisión ha de ser sustituido no por una sino por dos jornadas de trabajo”. TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Op. Cit., p. 19.

una sino por dos jornadas de trabajo<sup>521</sup>. De otro lado, otros autores afirman que “esta pena sustitutiva conjunta no alcanza los módulos de conversión del trabajo en beneficio de la comunidad del primer párrafo, lo que permite pensar que el Juez podrá utilizar otros inferiores<sup>522</sup>. Para otros, “tratándose de las mismas penas, no hay ninguna razón que justifique cambiar los módulos de conversión según que estemos ante la sustitución común o excepcional<sup>523</sup>”.

### **2.1.3. Régimen Especial.**

El régimen especial corresponde a los supuestos en que el beneficiario haya sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género. En este supuesto, el juzgador sólo podrá sustituir la prisión por la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, estando expresamente vedada la posibilidad de sustituir por la pena de multa<sup>524</sup>. Esta regla especial, prevista en el art. 88.1 CP, también impone la sujeción del condenado «a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª, del apartado 1 del artículo 83 de este Código».

### **2.1.4. Régimen Aplicable a los extranjeros.**

La legislación española dedica el art. 89 CP a las hipótesis relacionadas a delito cometido por *extranjero no residente legalmente en España*. El citado artículo recoge un doble régimen: un supuesto referente a la concesión de la sustitución a la pena de *prisión inferior a seis años* y otro a la *superior a seis años*<sup>525</sup>.

---

<sup>521</sup> TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Op. Cit., p. 19.

<sup>522</sup> CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. Op. Cit., pp. 308/309.

<sup>523</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 125.

<sup>524</sup> CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. Op. Cit., pp. 309

<sup>525</sup> TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Op. Cit., p. 21.

En lo que concierne a la primera, la prisión deberá ser necesariamente sustituida por la *expulsión del extranjero del territorio español*. Tras la reforma patrocinada por la Ley 11/2003 la expulsión del extranjero ha pasado a ser una consecuencia, en regla, obligatoria. En esta línea, Muñoz Conde–García Arán destacan que esta reforma “ha convertido en obligatorio lo que antes era facultativo, de modo que con la anterior regulación podía valorarse si, desde el punto de vista de las posibilidades de reinserción social, resultaba más aconsejable el regreso al país de origen”<sup>526</sup>.

Así sólo de forma excepcional, el extranjero puede cumplir su condena en territorio español. Para ello, el Juez debe apreciar, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la naturaleza del delito, para decidir si se «justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España». La valoración reside en el análisis de la naturaleza del delito y no en las cuestiones personales del condenado como el tiempo de reincidencia, su arraigo, la familia etc.

Es necesario consignar que destacados penalistas consideran que este instituto ha tratado al extranjero de forma discriminatoria, puesto que la regla es promover la expulsión del país sin conceder la oportunidad de reinserir socialmente al condenado y sin siquiera valorar sus circunstancias personales. Y además, cuando, de un lado, el Juez permite excepcionalmente que el extranjero cumpla su pena en España, de otro, la legislación veda su acceso a institutos resocializadores importantes como son la sustitución y suspensión. Muñoz Conde–García Arán, al criticar esta regla, ponen de manifiesto que el “trato es claramente discriminatorio porque, en definitiva, se priva de dichas posibilidades de reinserción en España y, expresamente, de las posibilidades de suspensión o sustitución de la pena de los arts. 80, 87 y 88 CP, que ni siquiera podrán aplicarse en el caso de que no pueda llevarse a cabo la expulsión por causas no imputables al extranjero, supuesto en el que deberá ingresar en prisión”<sup>527</sup>.

---

<sup>526</sup> CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 567. Cervelló Donderis subraya que la “expulsión ha de ser motivada e individualizada y con audiencia al reo según la interpretación restrictiva dada por la STS 8.7.2004 (4291) para conocer las circunstancias familiares y de arraigo del extranjero”. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. Op. Cit., p. 309.

<sup>527</sup> CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 569.

Como se ha señalado, la regla es la expulsión del extranjero<sup>528</sup>. A consecuencia de ello, serán archivados cualquier procedimiento administrativo que tenga «por objeto la autorización para residir o trabajar en España»; también, será vedado su regreso a España en un plazo de 10 años<sup>529</sup>, contados a partir del día en que se haya producido su expulsión del país. Afirman Quintero Olivares–Morales Prats: “A partir de la reforma de 2003 el extranjero no podrá regresar a España en el plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena”<sup>530</sup>.

Sobre el aspecto indicado en el párrafo anterior, es importante añadir que el Código penal ha establecido que el extranjero que intente quebrantar la decisión de expulsión y prohibición de entrada será «devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad». Así que el retorno del extranjero al territorio español, durante el mencionado plazo, no es entendido como delito de quebrantamiento, de modo que provoca simplemente nueva expulsión del país, prohibiendo su entrada en España por diez años más. Acentúa Mapelli que “la naturaleza jurídica de esta segunda expulsión con nuevos plazos sin intervención judicial se asemeja más a una sanción administrativa”<sup>531</sup>.

El segundo régimen establecido en el art. 89 CP se refiere a los supuestos en que la pena de prisión supera los seis años. En este caso, debe el Juzgador, a instancia del Ministerio Fiscal, acordar la *expulsión del extranjero no residente legalmente en España* «en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena». Aquí, la expulsión también será llevada a cabo. La diferencia entre este régimen y el anteriormente mencionado reside en el momento en que se realiza tal expulsión y en la cantidad de la pena aplicada.

---

<sup>528</sup> “En su redacción actual la regla es la expulsión y, lo excepcional, el cumplimiento de la condena en un establecimiento penitenciario de nuestro país”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 127.

<sup>529</sup> Art. 89.2 CP.

<sup>530</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 656.

<sup>531</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 130.

En este supuesto, la pena de prisión impuesta debe superar a los seis años y la expulsión del extranjero se procederá en el instante en que acceda al tercer grado o cuando cumpla las tres cuartas partes de la pena impuesta.

Puede verse que, en este supuesto, el condenado inicia la ejecución de la pena en un centro penitenciario español y, posteriormente, es que se le expulsa del país. No obstante, conviene decir que igual al otro régimen, excepcionalmente y de forma motivada, el Juez puede determinar el «cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España», tras valorar la naturaleza del delito. Algunos autores critican vehementemente esta regla, porque parece ser absolutamente retrograda, discriminatoria y represiva. Muñoz Conde–García Arán, al suscribirse a los planteamientos de Asúa Batarrita, enfatizan que aquí la discriminación es quizás mayor “porque se procede a la expulsión cuando se ha cumplido ya gran parte de la pena y se debería acceder a la libertad condicional en las mismas condiciones que los españoles”<sup>532</sup>. Es decir, el legislador ha permitido convertir un mecanismo de carácter eminentemente resocializador (como es la libertad condicional) en un instrumento de expulsión, destituido de la finalidad preventivo-especial<sup>533</sup>.

La verdad es que el art. 89 CP ha recibido severas censuras por parte de la doctrina mayoritaria. No es, por supuesto, nuestro objetivo señalar todas las críticas sino que algunas de ellas apenas a título de ilustración.

Innumerables penalistas plantean que este dispositivo no cumple la principal finalidad asignada a la sustitución que es promover la reinserción social del condenado. Al contrario, la expulsión del extranjero parece consistir

---

<sup>532</sup> CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 569. Acerca de este dispositivo penal, señala Mapelli: “Lo que propone este artículo no es la expulsión del territorio nacional de aquel extranjero que ha cometido un delito. Ésta va a ser inexorablemente ejecutada apenas el condenado obtenga la libertad condicional o bien cumpla la pena, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sectorial y penitenciaria (art. 57.2 LO 4/2000 de 11.1). Lo que tiene, pues, de novedoso el art. 89 CP es que permite precipitar la expulsión dejando sin cumplir la totalidad o una parte de la pena impuesta. Por lo demás, en muchos casos, sobre todo tras la Reforma 11/03 del art. 57.4 de la Ley 4/2000, antes de que se pueda aplicar el art. 89 CP, en fase de ejecución de la pena, el extranjero procesado –sea o no residente legal– será expulsado durante la instrucción de la causa penal, infringiéndose de esta manera el principio de presunción de inocencia. Bastará, señala este precepto, que se le impute un delito castigado con pena de prisión inferior a seis años o a cualquier otra pena «y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión»”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 128.

<sup>533</sup> Vid, Díez Ripollés, José Luis. *Derecho penal español: parte general*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2007, p. 608.

en una medida meramente discriminatoria y que veda la posibilidad de aplicar institutos resocializadores como son la suspensión y la sustitución. Por esta razón muchos juristas conciben este artículo como un mecanismo disociado de la perspectiva preventivo-especial ya que aplica la expulsión, como dice Cervelló Donderis, “sin valorar las circunstancias personales del sujeto (tiempo de estancia en España, arraigo, familia, trabajo...)”<sup>534</sup>. Es decir, esta Ley no esta preocupada en observar si el extranjero ya posee familia y trabajo en España, tampoco interesa si se trata de reo primario o no y si las circunstancias personales permiten pronosticar la inexistencia de peligrosidad criminal. La mera condición de ser extranjero (residente ilegal) es lo suficiente para que se produzca su expulsión del país, despreciando de este modo la finalidad preventivo-especial, asignada a la finalidad de la pena de diversos Ordenamientos jurídicos, incluso en España.

Los detractores de este dispositivo consideran que, por detrás de este precepto, se ocultan intereses asociados a políticas relativas a las cuestiones inmigratorias, la superpoblación carcelaria y sus gastos. Esto parece ser la razón que justifica, aquí, el intencional olvido de promoverse, de forma igualitaria<sup>535</sup>, políticas públicas que favorezcan a la resocialización de los ciudadanos extranjeros<sup>536</sup>. Díez Ripollés subraya que algunos juristas entienden que “están demasiado presentes los intereses directamente ligados a la política migratoria”<sup>537</sup>. En esta misma vertiente, Mapelli opina que “el hecho de que no interesen las circunstancias personales, familiares o sociales del extranjero, ni el tiempo que pueda llevar en nuestro país, ni el delito cometido, ni si es o no reincidente, nos da idea de que estamos ante una medida que

---

<sup>534</sup> CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. Op. Cit., p. 310.

<sup>535</sup> “La constitucionalidad de esta disposición es, por tanto, dudosa, casa mal con la declaración constitucional de reconocimiento a los extranjeros de las libertades públicas (art. 13 CE), entre las que se encuentran el derecho a la igualdad. La comisión del delito es sólo la causa eficiente, pero no la causa final”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 127/128.

<sup>536</sup> “La doctrina mayoritaria critica este precepto; impugna que no atienda a las finalidades consustanciales a la sustitución (evitar los efectos nocivos de las penas cortas de privación de libertad), sino simplemente a los problemas de inmigración ilegal (Peiteado) o a las necesidades de rebajar la población carcelaria y economizar gastos en la política penitenciaria”. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel – PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., pp. 493.

<sup>537</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Op. Cit., p. 608.

complementa otras normas no penales orientadas a seleccionar la calidad de los extranjeros y de paso ayuda a paliar el grave problema de congestión que sufren nuestros establecimientos penitenciarios<sup>538</sup>.

Desde otro punto de vista, algunos penalistas ponen de manifiesto que esta especialidad de sustitución es bastante injusta y crea un ambiente de impunidad. Es injusta en relación con los españoles y extranjeros residentes legalmente<sup>539</sup> que al cometer un delito deben cumplir su pena o ejecutar los institutos resocializadores impuestos. Y crea un sentimiento de impunidad porque expulsa el criminal sin llevar a cabo la ejecución de la pena impuesta, lo que puede parecer, en algunas situaciones, un privilegio o premio injustificado<sup>540</sup>. Por este motivo, importantes voces insisten en apuntar la necesidad de buscar una técnica legislativa más meticulosa, que eviten la institución de preceptos penales en desarmonía con la propia esencia de las penas alternativas, que es la de promover y estimular la reinserción social del penado. En sus conclusiones, Téllez Aguilera arremate que “tampoco hubiera estado de más, al igual que en otros aspectos que ya hemos estudiado, una mejor técnica de un legislador penal que, muy particularmente en los últimos años, está sembrando nuestro Ordenamiento punitivo con la mala hierba de la inseguridad jurídica”<sup>541</sup>.

Finalmente, conviene realizar un último comentario, es que según el art. 89.4 del Código penal, las reglas referidas en este apartado no serán aplicadas «a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal». Así, como bien señalan Cobo del Rosal–Quintanar Díez, la aplicación del art. 89 queda exceptuada en los siguientes casos: “trafico ilegal de mano de obra no recluta o determinación de personas a abandonar su puesto de trabajo o

---

<sup>538</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 127.

<sup>539</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 656.

<sup>540</sup> “Paradójicamente, lo dispuesto en este artículo puede convertirse en un privilegio injustificado para las mafias extranjeras asentadas en nuestro país, dedicadas al trafico de personas, ya que junto al premio de la impunidad, el Estado asume el costo del billete de vuelta”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 128.

<sup>541</sup> TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Op. Cit., p. 25.

empleo de súbditos extranjero sin permiso de trabajo (art. 312 CP). (...) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis. CP). (...) El delito de asociación ilícita que promueva el tráfico ilegal de persona (art. 515.6 CP). (...) El delito de asociación ilícita (art. 517 y 518 CP)<sup>542</sup>.

Al establecer este dispositivo, que excluye la aplicación de la sustitución en las hipótesis destacadas en el párrafo anterior, parece que el legislador español ha intentado evitar la impunidad con relación a los citados delitos, ya que son objetos de gran preocupación social y científica en este país<sup>543</sup>. Sin embargo, Mapelli destaca que el legislador ha olvidado prohibir la posibilidad de sustituir la pena recogida en el delito previsto en el art. 313 CP<sup>544</sup>, que pune el «que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, o por otro país de la Unión Europea».

## **2.2 Breves comentarios sobre la libertad condicional.**

### **2.2.1. Planteamiento General.**

La libertad condicional esta prevista en los artículos 90 y siguientes del CP y también en la legislación penitenciaria española. Se trata de un importante mecanismo que ha sido resultado del desarrollo del sistema progresivo. La libertad condicional cumple un relevante papel preventivo-especial, puesto que permite incorporar gradualmente el penado en el convivio social, antes mismo de terminar el cumplimiento de su condena<sup>545</sup>. Por lo tanto,

---

<sup>542</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel–QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *Instituciones...* Op. Cit., p. 306. Para Cervelló Donderis “para evitar la impunidad, quedan excluidos una serie de delitos constitutivos de graves formas de delincuencia en las que los extranjeros pasan a ser víctimas de inmigración ilegal”. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. Op. Cit., p. 310.

<sup>543</sup> El Ordenamiento jurídico Brasileño no prevé la expulsión del extranjero como una modalidad de sustitución de la pena privativa de libertad.

<sup>544</sup> Dice Mapelli: “un olvido del legislador sigue permitiendo que los condenados por promover o favorecer el tráfico de trabajadores extranjeros (art. 313 CP) puedan seguir beneficiándose de lo previsto en este art. 89 CP”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., pp. 128/129.

<sup>545</sup> *Vid*, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 495.



la libertad condicional es un instituto que favorece el proceso de reinserción social del sujeto, pues actúa como un imprescindible mecanismo de reintegración social<sup>546</sup> y evita los efectos nocivos causados por ocasión del cumplimiento de la pena de prisión. Según conceptúa Mapelli, la libertad condicional es “un instituto jurídico penitenciario que permite que el recluso, concurriendo determinadas circunstancias, pueda cumplir en libertad el último período de la condena siempre que durante dicho tiempo no vuelva a reincidir o incumpla las reglas de conducta que, eventualmente, se le hayan impuesto”<sup>547</sup>.

A pesar de que la libertad condicional es llevada a cabo durante la ejecución de la pena de prisión, es imperioso aducir que la doctrina no es unánime al calificar este instituto como el último grado del sistema progresivo. De un lado, relevantes juristas plantean que a la luz del Ordenamiento jurídico vigente la libertad condicional es efectivamente el último grado dentro del sistema progresivo. En esta vertiente, Suárez-Mira Rodríguez–Judel Prieto–Piñol Rodríguez ponen de relieve que en “el fondo y vista la normativa penitenciaria (art. 72.1 LOGP) se trata de un grado dentro del sistema de ejecución de las penas privativas de libertad”<sup>548</sup>.

De otro lado, otros penalistas prefieren considerar la libertad condicional mucho más como un modelo alternativo, que somete al penado a prueba, que propiamente un grado dentro del sistema de ejecución de la pena privativa de libertad. A este hilo, Mapelli considera que “nos encontramos ante un modelo alternativo al cumplimiento tradicional de la privación de libertad, que guarda cierta relación con la suspensión y la sustitución de la pena. Mientras que

---

<sup>546</sup> En esta vertiente, Blanco Lozano señala que la finalidad de la libertad condicional no es otra que “la de adaptar la concreta ejecución de la pena privativa de libertad a la positiva evolución reeducadora y resocializadora experimentada por el reo durante el progresivo cumplimiento de la condena”. BLANCO LOZANO, Carlos. Tratado de derecho penal español. Tomo I, Vol. 1, Barcelona, Editorial Borch, 2004, p. 399.

<sup>547</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 169.

<sup>548</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 494. Cervelló Donderis considera que “la libertad condicional es el último grado del sistema penitenciario español de individualización científica, no se trata de una medida de gracia, sino una figura inspirada en la finalidad resocializadora”. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. Op. Cit., p. 249. Quitero Olivares aduce que “la libertad condicional constituye un sustitutivo de la ejecución de la pena que conforma el *último grado del sistema penitenciario*”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 656.

éstas están pensadas para una etapa anterior a la ejecución, la libertad condicional lo está para la fase ejecutiva”<sup>549</sup>.

El art. 90.1 CP establece los requisitos necesarios para que los condenados puedan acceder a este instituto. Así, conforme la redacción de este artículo, es necesario que los postulantes a la libertad condicional «se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario»; «Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta»; «Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria».

Sobre los requisitos especificados en el párrafo anterior, cabe realizar algunas consideraciones. El primer requisito se refiere a la circunstancia del penado de encontrarse en tercer grado. Tal circunstancia permite que el penado alcance la libertad condicional<sup>550</sup>, independientemente de “que se trate de un tercer grado propio (art. 45 RP) o impropio (art. 43 RP)”<sup>551</sup>, conforme bien subraya Mapelli. Sin embargo, ha de recalarse que este modelo de libertad no alcanza a los presos preventivos. Aclara Blanco Lozano que quedan excluidos “los reclusos preventivos, tanto lo que lo son exclusivamente como los que también se encuentran ya cumpliendo otra condena”<sup>552</sup>.

Además, la doctrina suele destacar que, en la hipótesis de que el sujeto haya sido condenado a pena superior a los cinco años, el Código penal prevé expresamente, en su art. 36.2, que «cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta». En consecuencia a esta regla, la concesión de la libertad condicional también habrá de esperar el momento en que el

---

<sup>549</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 170.

<sup>550</sup> Cervelló Donderis considera que “La redacción de este requisito ha variado ya que antes se refería a estar en el último periodo de la condena, lo que es incorrecto ya que el último periodo es precisamente la libertad condicional”. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. Op. Cit., p. 250.

<sup>551</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 171.

<sup>552</sup> BLANCO LOZANO, Carlos. Op. Cit., p. 400.

condenado cumpla la mitad de la condena, cuando así alcanzará el tercer grado.

El segundo requisito se reporta a la necesidad de observar *las tres cuartas partes de la condena*. A través de este requisito cabe al juzgador observar la totalidad de la pena impuesta, teniéndose siempre en cuenta si hay alguna reducción que haya de ser considerada, si le ha sido concedido al condenado el indulto; o si se trata de varias condenas impuestas (obedeciendo el principio de la unidad de ejecución)<sup>553</sup>. Cervelló Donderis aclara que “en el cálculo total de la condena impuesta hay que tener en cuenta las reducciones por redención de penas por el trabajo en internos condenados por el CP anterior; el indulto, si lo ha habido; y los límites concursales”<sup>554</sup>.

Por último, el tercer requisito determina que el Juez observe, de un lado, si el penado ha presentado buena conducta y, por otro, si presenta pronóstico favorable de reinserción social. Sobre estas circunstancias es imprescindible decir que el análisis acerca de tal *buena conducta* se refiere al desarrollo del comportamiento penitenciario del condenado (observando si hay, por ejemplo, alguna incidencia o no). Por lo tanto no se trata propiamente de valorar si todos los aspectos de su conducta son irreprochables. Puesto que esta valoración no puede convertirse en un mecanismo de constatación de elementos moralistas, como bien han criticado varios penalistas<sup>555</sup>.

De otra parte, cabe también al juez realizar un pronóstico acerca de la posibilidad de su reinserción social, aquilatando los diferentes aspectos que puedan estimular la reinserción del penado, como, por ejemplo, la familia, el

---

<sup>553</sup> Vid. BLANCO LOZANO, Carlos. Op. Cit., p. 400.

<sup>554</sup> CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. Op. Cit., p. 250. Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., pp. 495/496. Acentúa Mapelli: “Este requisito responde más a exigencias de prevención general, que especial y nos muestra la resistencia de la libertad condicional a abandonar los criterios temporales, que en su origen presidían la progresión dentro del sistema progresivo. Tampoco se compadece con el principio general del art. 72.3 LOGP («*En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución del tratamiento se haga merecedor a su progresión*»), ya que los internos que lo merezcan no disfrutarán del beneficio hasta cumplir la partes de la pena”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 171.

<sup>555</sup> Aducen Suárez-Mira Rodríguez–Judel Prieto–Piñol Rodríguez que “se ha criticado la referencia a la buena conducta porque supone introducir elementos «moralistas» y de difícil objetivación” SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel – PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 49.

trabajo, etc. Cervelló Donderis aclara que respecto “al pronóstico de reinserción social también se modificó en 1995 la locución anterior referida a ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad, ya que lo importante es que los expertos informen al juez sobre los aspectos que van a facilitar la reinserción tales como ocupación laboral, apoyo familiar... y no de valorar si su vida en libertad va a ser o no adecuada a la moral imperante. El hecho de estar en tercer grado y disfrutar de trabajo puede ser un indicio para la presencia de este requisito”<sup>556</sup>.

Es oportuno señalar que la reforma realizada por la Ley 7/2003 ha modificado este requisito al determinar que «no se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria». De esta forma cabe al Juez observar si el condenado ha satisfecho la responsabilidad civil o ha emprendido esfuerzos en este sentido, según sus condiciones personales y sus posibilidades patrimoniales<sup>557</sup>.

También en lo que concierne a los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, la ley ha establecido que «el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento». De este modo, parece ser bastante aclaradora la explicación de Mapelli: “Con la reforma nos propone el legislador interpretar el requisito de la *buena conducta*, como actitud del condenado respecto de la víctima e interpretar el requisito del pronóstico favorable de reinserción social en los delitos de terrorismo o

---

<sup>556</sup> CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. Op. Cit., p. 252.

<sup>557</sup> En esta perspectiva: “(...) no exigen La plena satisfacción de la responsabilidad civil en términos estrictamente económicos, sino que conducen a valorar los esfuerzos para satisfacerla según las posibilidades concretas del condenado”. CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 570.

cometidos en el seno de una organización criminal, como actitud del condenado respecto de la propia organización criminal”<sup>558</sup>.

El art. 90.2 autoriza al juez de vigilancia, en el momento de decretar la libertad condicional, imponer al penado «la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3» del Código penal. Sin embargo, la imposición de tales reglas debe estar claramente motivada. Debe señalarse que la concesión de la libertad condicional está siempre vinculada a que el sujeto no delinca y, de modo secundario, al depender de las necesidades resocializadoras de cada supuesto en concreto, puede aplicarse las reglas de conducta y las medidas establecidas en los artículos 83<sup>559</sup> y 96.3<sup>560</sup> CP.

El art. 93.1 CP establece que la libertad condicional «durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena». Para ello, debe el penado no delinquir y, también, observar las reglas de conducta impuesta. Al concluir periodo de su condena sin que haya cometido nuevo delito o violado las condiciones impuestas se extingue la responsabilidad penal del sujeto. De

---

<sup>558</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 171.

<sup>559</sup> Como es sabido, el art. 83 establece el cumplimiento de las siguientes obligaciones o deberes: «1ª Prohibición de acudir a determinados lugares. 2ª Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos. 3ª Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida. 4ª Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas. 5ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. 6ª Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona».

<sup>560</sup> Art. 96.3. «Son medidas no privativas de libertad: 1ª La inhabilitación profesional. 2ª La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España. 3ª La obligación de residir en un lugar determinado. 4ª La prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan. 5ª La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego. 6ª La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado. 7ª La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. 8ª La privación del derecho a la tenencia y porte de armas. 9ª La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. 10ª La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. 11ª La sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario. 12ª El sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares».

otra parte, conviene decir que en la hipótesis de que el condenado cometa algún delito o incumpla las reglas de conducta o medidas impuestas, «el Juez de Vigilancia Penitenciaria 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», según regula el citado dispositivo.

Sobre los términos de este artículo, es curioso verificar que, diferentemente de otros institutos resocializadores —como la suspensión— aquí, el legislador ha establecido preceptivamente que el incumplimiento de las obligaciones impuestas provoca la revocación de la libertad condicional. Sin embargo, la mejor exegesis doctrinaria viene entendiendo que no se puede llevar a cabo la revocación de la libertad condicional de forma automática, especialmente cuando se trata del incumplimiento de las reglas de conducta o medidas aplicadas. Los defensores de este planteamiento consideran que el Juez debe valorar las circunstancias particulares de cada supuesto y sopesar las exigencias preventivo-especiales. En este sentido, argumenta Mapelli que “si en relación con el beneficio de la suspensión está previsto cambiar la regla impuesta por otra más adecuada y mantener el beneficio, no hay razón para no aplicar aquí, analógicamente, la misma solución del art. 84 CP. De manera que el Juez deberá valorar en cada caso de acuerdo con las circunstancias y las exigencias resocializadoras si corresponde o no la revocación”<sup>561</sup>.

Además, el autor en cita explícita otro aspecto. Es que, conforme está redactado este artículo, el hecho de desarrollar mala conducta, la condena por falta o, incluso, por nuevo delito, desde que realizado con antelación, no son causas de revocación de este beneficio. En este sentido, Mapelli destaca expresamente que “la mala conducta, la comisión de una falta o la imposición de una nueva condena por un delito cometido con anterioridad han dejado de ser, pues, motivo de revocación”<sup>562</sup>.

---

<sup>561</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 176.

<sup>562</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 176.

### **2.2.1. Supuestos especiales.**

En materia de libertad condicional, el Código penal regula dos supuestos especiales. El primero se refiere a la posibilidad de conceder anticipadamente la libertad condicional. Y el segundo, a los septuagenarios y a los enfermos terminales. Algunos autores incluyen (a partir de un criterio metodológico) también un tercer supuesto especial. Este último se refiere al tratamiento conferido a los extranjeros no residentes legalmente en España, como ya se ha discutido anteriormente<sup>563</sup>.

La libertad condicional anticipada (el primer supuesto) está prevista en el art. 91 CP. Establece, *en su apartado 1*, la posibilidad de conceder, excepcionalmente, la libertad a los penados «que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales». Para ello, se exige que estén cumplidas algunas circunstancias: de un lado, se impone que el condenado se encuentre en el tercer grado de tratamiento penitenciario; haya desarrollado buena conducta durante la ejecución de la pena; y presente un pronóstico favorable de reinserción social (circunstancias de los párrafos a y c del apartado 1 del art. 90). De otro, cabe al Juez analizar si el penado ha «desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales» y existir «previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes».

Al instituir esta norma, el legislador ha buscado encontrar un mecanismo que estimulase el trabajo en el ámbito penitenciario, incluso como forma de compensar el desaparecimiento del Código penal del instituto de la redención de penas por el trabajo. En esta perspectiva, Muñoz Conde–García Arán apuntan que “con ello se pretende establecer un incentivo al trabajo penitenciario que compense la eliminación de la redención de penas por el trabajo recogida en el art. 100 del Código penal anterior”<sup>564</sup>.

---

<sup>563</sup> Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 498.

<sup>564</sup> CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 569.

Es importante señalar que esta regla no coincide, en absoluto, con el extinto mecanismo de redención de penas por trabajo. Entre las diferencias que se puede destacar, cabe señalar el hecho de que la norma prevista en el art. 91 no se constituye en un derecho subjetivo del penado, sino que un mecanismo de valoración del juzgador<sup>565</sup>. Además, conviene añadir que no provoca la anticipación del tiempo del cumplimiento de la pena (como en la redención), sino que se anticipa, en carácter excepcional, la posibilidad del recluso de lograr su libertad de forma condicional, debiendo, por lo tanto, observar todas las reglas aplicables a este instituto jurídico, incluso los términos legales de su revocación. Comenta Quintero Olivares que dicha “liberación excepcional no debe concebirse como la nueva regulación de la redención de pena por trabajo, puesto que se diferencia en que, al menos en su planteamiento inicial, no se presenta como un derecho del recluso (como en cierto modo sucedía con el art. 100 ACP), sino como un premio que puede ser concedido o no”<sup>566</sup>.

El Código penal veda expresamente la aplicación de este dispositivo cuando se trata de «delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales» (Art. 90.1 CP).

La reforma de la Ley 7/2003 ha introducido, en el apartado 2 del art. 91, la posibilidad de «adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena». Para ello, este artículo impone que haya efectivamente una propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes y que haya desarrollado buena conducta y presente un pronóstico favorable de reinserción social (circunstancias estas establecidas en el apartado 1 a y c del artículo 90). Esta regla igualmente no se aplica a los condenados por delito de terrorismo ni tampoco por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

---

<sup>565</sup> Añade Cervelló Donderis: “La Instrucción DGIP 3/2004 de 29 de Diciembre que sustituye a la anterior 8/1999, establece un sistema de evaluación continuada de las actividades de los internos con el fin de ser valorado a efectos de la concesión de este beneficio, que más adelante se desarrolla”. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. Op. Cit., p. 254.

<sup>566</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 657.



Además, semejante dispositivo (art. 91.2) dicta que dicha medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las referidas actividades laborales, culturales u ocupacionales y «que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso».

La segunda hipótesis se refiere al tratamiento conferido a los septuagenarios y a los enfermos terminales. Partiendo desde razonamientos humanitarios y entendiendo no ser aconsejable el encarcelamiento de los septuagenarios y enfermos graves, el Código penal ha conferido a estos supuestos un tratamiento especial, dispensándoles la exigencia de haber extinguido las tres cuartas partes de su condena o, en su caso, las dos terceras.

No obstante, el Código sigue exigiendo el cumplimiento de los demás requisitos (a y c del artículo 90.1 CP) a la hora de conceder la libertad condicional. Explica Cervelló Donderis que “no se exige haber cumplido ningún mínimo de la condena, pero sí los otros requisitos generales de la libertad condicional (...)”<sup>567</sup>. De este modo, el incumplimiento de los demás requisitos puede vedar la concesión de la libertad condicional. Del mismo modo, si el condenado enfermo o septuagenario goza de la libertad condicional y viene a cometer nuevo delito o incumplir las condiciones establecidas por el juzgador, tal hecho debe (o puede<sup>568</sup>) resultar perfectamente en su regreso al centro penitenciario.

Es importante señalar que este dispositivo confiere este tratamiento especial tanto a los penados que hubieren cumplido la edad de 70 años, como los que la cumplan durante la extinción de la condena y, también, a los enfermos muy graves con padecimiento incurable<sup>569</sup>. Así, hallándose el recluso

---

<sup>567</sup> CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. Op. Cit., p. 254.

<sup>568</sup> Es perfectamente cuestionable el regreso del enfermo terminal o septuagenario a prisión, especialmente cuando se trata de incumplimiento de las condiciones impuestas.

<sup>569</sup> Esta regla antes no se encontraba establecida en Código penal, sino que exclusivamente en el art. 60 del reglamento penitenciario. *Vid.* QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general...* Op. Cit., p. 658. A este hilo, dice Mapelli: “Se encontraba y se encuentra también este precepto en el RP (art. 60) y se ha incluido ahora en el Código, para cumplir con el principio de jerarquía normativa (art. 6 LOPJ), que prohíbe que un norma de rango inferior, como el RP, pueda entrar en contradicción con una de rango superior, como el Código penal, disponiendo una excepción a los plazos comunes de la libertad condicional en

en tal condición debe comunicársela urgentemente al Juez de Vigilancia que deberá valorarla juntamente a las «circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto», conforme dicta el art. 92.2 CP. De modo que no se trata de un modelo de concesión automática.

En lo que se refiere a los enfermos, se exige un informe médico que apunte la existencia de enfermedad muy grave con padecimiento incurable. Por enfermedad, según la STC 48/96, se entiende “tan sólo una enfermedad grave e incurable en cuya evolución incida desfavorablemente la estancia en la cárcel con empeoramiento de la salud del paciente, acortando así la duración de su vida, aun cuando no exista riesgo inminente de su pérdida”<sup>570</sup>.

En el apartado 3 del art. 92 el legislador ha establecido que si está debidamente acreditado el peligro para la vida del penado, por un dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario (sea por la enfermedad grave o por la edad avanzada del condenado), «el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá, previa en su caso la progresión de grado, autorizar la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración» acerca de la ausencia de su peligrosidad. Cervelló Donderis afirma con razón que “esta novedad acelera la tramitación de los casos urgentes permitiendo incluso la necesaria progresión de grado, lo que es de esperar que evite las demoras innecesarias que se producían anteriormente”<sup>571</sup>.

En lo que concierne al tercer supuesto, que se refiere al tratamiento dispensado a los extranjeros, es necesario decir que este tema ya ha sido abordado anteriormente, incluso en este capítulo, al ser comentada la regla establecida en el art. 89.1 CP (en la sustitución). Sin embargo, hacemos esta breve aportación en respeto a lo que matizan algunos juristas que sostienen

---

estos supuestos”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 180.

<sup>570</sup> In MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 180. Dice Cervelló Donderis: “Las STC 196/96 de 25 de Marzo y STC 48/1996 de 26 de Marzo han argumentado que su justificación no es la muerte probable a corto plazo sino evitar que la estancia en prisión agrave la enfermedad, lo que lleva a aconsejar la creación de unidades extrapenitenciarias para enfermos terminales carentes de recursos”. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. Op. Cit., p. 256.

<sup>571</sup> CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. Op. Cit., p. 256. Vid. MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 181.

que esta hipótesis es una fórmula que se configura entre la sustitución y la libertad condicional, aunque no sea nuestro objetivo profundizar en tal debate. En este sentido dicen Suárez-Mira Rodríguez–Judel Prieto–Piñol Rodríguez que “el art. 89.1 CP prevé, al disciplinar la expulsión de extranjeros no residentes, una fórmula que está a caballo entre la sustitución y la libertad condicional”<sup>572</sup>. Y siguen estos autores: “De hecho se puede interpretar que no estamos ante libertad condicional pues no se continúa la ejecución de la pena sino que es sustituida por otra respuesta diferente”<sup>573</sup>.

Así, no cuesta repetir que tal artículo prevé obligatoriamente su expulsión del territorio español, cuando el extranjero no residente legalmente en España haya sido condenado a pena de prisión igual o superior a seis años. El momento de la expulsión se da en estos casos cuando el sujeto accede al «tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España». A su juicio, Cervelló Donderis también destaca que “junto a esta figura regulada en el Código Penal entre las figuras de sustitución de la pena por remplazar el final del cumplimiento de la condena por la expulsión, el art. 197 RP recoge la posibilidad de que el interno solicite el cumplimiento de la libertad condicional en su país de residencia para su aprobación por el Juez de Vigilancia, lo que ha perdido su sentido desde la obligatoriedad de la expulsión del art. 89 CP”<sup>574</sup>.

Para finalizar, hay que enfatizar que la libertad condicional es uno de los institutos jurídicos más importantes desde la perspectiva preventivo-especial, por lo tanto, su aplicación debe ser cada vez más estimulada puesto que se trata de un instrumento que promueve la inserción social del penado, antes mismo de finalizar su condena. Además, hay que emprender todos los esfuerzos necesarios para lograr la resocialización del condenado, durante la ejecución de la pena de prisión.

---

<sup>572</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 498.

<sup>573</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 498.

<sup>574</sup> CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. Op. Cit., p. 257.

## **SEGUNDA PARTE: DE LA SUSPENSIÓN**

***CAPÍTULO TERCER:***  
**LA SUSPENSIÓN EN GENERAL.**

## I. Planteamiento general.

La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad es, sin duda, uno de los más importantes resultados obtenidos tras el fortalecimiento de los ideales humanistas<sup>575</sup>, que exigían que la pena presentase fines más racionales, humanos y también de prevención especial<sup>576</sup>.

La movilización por penas más humanas posibilitó el surgimiento de los primeros gérmenes que impulsaran el desarrollo de un determinado modelo de suspensión de penas privativas de libertad que, tras las varias transformaciones realizadas por distintas propuestas legislativas, ha culminado en la configuración actual, conforme está regulado en el Ordenamiento jurídico de varios países<sup>577</sup>, especialmente en España: legislación que es objeto principal de nuestro estudio. Así, al explicar el origen de la suspensión en este

---

<sup>575</sup> Señala Mir Puig que, “a consecuencia de la progresiva humanización de las ideas penales, paralela al aumento del nivel económico en los países desarrollados, la privación de libertad aparece ya hoy como una pena que resulta excesiva en muchos casos”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 689. En esta perspectiva, MAQUEDA ABREU, María Luisa. *Algunas consideraciones sobre la teoría y la práctica de la «suspensión del fallo»*. En III Jornada penitenciarias andaluzas, Sevilla, 1987, p. 226.

<sup>576</sup> La teoría correccionalista planteaba la necesidad de que la pena presentase fines de prevención especial. Guichot explica que: “(...) aparece la teoría correccionalista, no como idea, que desde antiguo existió, sino como doctrina completa y fundamentada, tomando como base la voluntad del delincuente y definiendo la pena «necesario e racional remedio para que el criminal conociendo su infracción se corrija por sí mismo y vuelva al derecho contra el cual se opuso.»”. Cfr., GUICHOT Y BARRERA, Joaquín. *Estudio jurídico de la condena condicional*. Sevilla, 1908, p. 20.

<sup>577</sup> La eficacia y los resultados obtenidos por la utilización de este modelo de sustitutivo penal son tan evidentes que varios países lo acogieran para evitar el cumplimiento innecesario de la pena privativa de libertad. Ello porque, si de una parte la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad es un medio indispensable para la consecución de los fines de prevención especial, de otra es también un instituto extremadamente aconsejable desde el punto de vista de política criminal. Buena prueba de ello, es que, formando parte del proceso de individualización de la pena, la suspensión favorece a la reinserción social del condenado, apartando el efecto desmoralizador y las secuelas que son causados por la pena de prisión, sobretudo en los delincuentes primarios. Por tanto, se nota que la suspensión concede al condenado la oportunidad de rehabilitarse fuera del Centro Penitenciario. En este sentido, subrayan Suárez-Mira Rodríguez y otros que “(...) es uno de los instrumentos más extendidos dentro del Derecho comparado para evitar el cumplimiento de las penas de prisión”. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 475. En semejante explicación aduce Mapelli Caffarena: “la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad es uno de los instrumentos jurídicos más eficaces, extendidos y consolidados en el derecho comparado para evitar el cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad de corta duración”. Y añaden los autores en cita que “la buena acogida de esta institución en la mayoría de los países es la mejor prueba de sus positivos resultados”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 101.

país, Yáñez Román apostilla que “para comprender ese fenómeno original en nuestra patria sea menester echar una ojeada a la situación política y legislativa, especialmente en lo que toca al marco jurídico-penal, por la que atravesaba la España del último tercio del siglo, es decir, en el momento en que, en base y a impulso de las motivaciones ubicadas en el más acendrado utilitarismo, se planteó ‘la conveniencia’ de introducir en el oxidado mecanismo de nuestra legislación penal una institución con la marcada finalidad de actuar como sustitutivo corrector del denostado con razón y no menos desacreditado indulto regio”<sup>578</sup>.

En su surgimiento<sup>579</sup>, la idea de instituir la condena condicional se armonizaba perfectamente con los planteamientos que abogaban por la existencia de dos puntos de extrema importancia: el primero, la progresiva necesidad de encontrar mecanismos que evitasen la ejecución de las penas privativas de libertad de corta duración<sup>580</sup>; y el segundo, la necesidad de disminuir la represión penal. Tanto es así que, sobre este último supuesto, la doctrina española de Guichot y Barrera, publicada en el año 1908, destacaba que el sistema penal no era “más que la continuación de la venganza. Todas las doctrinas incluidas en el grupo de las absolutas, basada en el principio «*quia peccatum est*», demuestran claramente que la sociedad política devuelve la ofensa recibida, como el particular irascible que procura encontrar en el sufrimiento ajeno la satisfacción propia y el alivio del mal que otro le ha producido”<sup>581</sup>. Y explica el mencionado autor que la continua evolución humana

---

<sup>578</sup> YAÑEZ ROMÁN, Pedro-Luis. «La condena condicional en España: apuntes para su historia», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 25, Fascículo 2, mayo-ago, Madrid, 1972, p. 305.

<sup>579</sup> Aduce Valmaña Ochaíta: “Sobre su origen, algunos autores han apuntado que se observan antecedentes remotos de esta institución en «el Derecho de asilo hebreo, en la Severa interlocutio del Derecho Romano...», en la «cautio de pace tuenda», de origen germánico, en la Frank-pledge del Derecho anglosajón, o la tesis de Loeffler, que la sutúa en los tribunales eclesiásticos del siglo XIV”. VALMAÑA OCHAÍTA, Silvia. *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el Derecho penal español*. Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, p. 69.

<sup>580</sup> “En sus orígenes, el fundamento de la condena condicional ha sido la prevención especial. Se trata de evitar los efectos negativos de las penas cortas privativas de la libertad respecto del autor del delito, básicamente el contagio criminológico que se podría producir por el contacto con una subcultura delincuente en los casos en los que el autor del delito ha delinquido por primera vez y en los que la corta duración de la pena no permitirá ningún tratamiento y en los que, por lo general, el tratamiento es innecesario”. BACIGALUPO, Enrique. *Hacia el nuevo Derecho penal*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2006, p. 686.

<sup>581</sup> GUICHOT Y BARRERA, Joaquín. Op. Cit., p. 18.

ha sentido la necesidad de modificar aquellas ideas y sentimientos, considerados retrógrados y también rechazables, que inspiraban los sistemas más antiguos, como la venganza y el castigo, sustituyéndoles por otros ideales más humanos como el tratamiento y, incluso, en algunos casos, el perdón<sup>582</sup>.

Así, llevado por esta evolución de pensamiento, la propuesta de suspender la pena privativa de libertad, bajo condiciones, surgió como una revolucionaria y extraordinaria idea que se amoldaba perfectamente a las manifestaciones científicas que planteaban la reforma de las prisiones<sup>583</sup>. Ello porque, al largo del tiempo, se ha demostrado que el contacto con la cárcel, sobre todo para cumplir condenas por tiempo insignificante, generaba más inconvenientes que beneficio a la persona del condenado y, por consecuencia, también al Estado y a la sociedad<sup>584</sup>. A lo anterior, afirma Sainz Cantero con absoluta razón: “que la pena de privación de libertad ha fracasado rotundamente es algo que pregonan hoy a todos los vientos penalistas, penitenciarios, criminólogos y cuantas personas han tenido cerca en los últimos años el fenómeno de la prisión”<sup>585</sup>.

Por tanto, la configuración del referido ambiente político, científico y social motivó la elaboración del proyecto de Bérenger, presentado en el parlamento francés en 26 de mayo de 1884, proponiendo la creación de la primera forma de suspensión de pena, el denominado “*sursis*” (este instituto

---

<sup>582</sup> *Ibidem supra*. Importantes aspectos históricos y legislativos sobre la suspensión pueden ser encontrados en YAÑEZ ROMÁN, Pedro-Luis. «La condena condicional... », Op. Cit., pp. 304/417.

<sup>583</sup> Sobre este escenario histórico, Guichot y Barrera revela con mucha propiedad que la “reforma de las prisiones fué el eje sobre que giró todo el movimiento revolucionario, y con ella, la comodidad del reo, la disminución de privaciones y sufrimientos físicos y la adopción de medidas conducentes á esos fines”. GUICHOT Y BARRERA, Joaquín. Op. Cit., p. 11.

<sup>584</sup> En este mismo sentido, Fragoso apunta que la prisión deforma la personalidad del autor del delito, pues éste se adapta a la subcultura de la cárcel. Varias personas del mismo sexo aunadas en un ambiente cerrado, autoritario, opresivo y violento, terminan siendo corrompidas. El homosexualismo, en muchos casos, es inevitable. La ley que impera es la violencia y la del más fuerte. La delación es punida con la muerte del delator. Así que se puede concluir el problema de la prisión es la propia prisión que, además, representa un coste muy elevado para el Estado. A todos estos efectos, que son comunes a todas las prisiones, se debe también añadir y destacar, entre varios otros problemas, la superpoblación, la ociosidad y la promiscuidad que pueden ser claramente vistas en distintos sistemas carcelarios de diferentes países, como, por ejemplo, en Brasil. *Vid*, FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit., p. 357.

<sup>585</sup> SAINZ CANTERO, José A.. «La sustitución de la pena...», Op. Cit., p. 221.



será explicado más adelante)<sup>586</sup>. A pesar de ser el parlamento francés el primer centro de debate sobre los contornos del instituto presentado por Bérenger, fue Bélgica el primer país de la Europa continental a instituir este importante instituto jurídico, en 31 de mayo de 1888, conforme también señala la obra de Cezar Roberto Bitencourt. Poco tiempo después, ya en 26 de marzo de 1891, el Ordenamiento jurídico francés también vino a regular la *sursis*<sup>587</sup>.

La esencia de tal idea traspasó la frontera franco-belga, encontrando eco en el Ordenamiento jurídico de diversos países. Conforme apunta Maqueda Abreu, todavía en el año de 1891, el Cantón suizo de Neuchâtel también instituyó la medida suspensiva en su Código penal. En la misma dirección, Luxemburgo, Hungría y del Cantón de Ginebra asimismo introdujeron semejante forma suspensiva en el año 1892<sup>588</sup>. En secuencia, innumerables países adoptaron la suspensión de la pena: Portugal, en 1893<sup>589</sup>; Noruega, en 1894; Italia<sup>590</sup> y Bulgaria, en 1904; Dinamarca y Holanda, en 1905; Suecia y

---

<sup>586</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal, parte geral: as conseqüências jurídicas do crime*. Tomo II. Coimbra, Editorial Coimbra, 2005, p. 338.

<sup>587</sup> La doctrina brasileña de Cezar Roberto Bitencourt destaca: “a maioria dos doutrinadores atribui a origem moderna da suspensão condicional ao projeto apresentado por *Berenger* em 1884 no parlamento francês, que consagrava a suspensão condicional da pena. Não obstante a qualidade e as vantagens apresentadas pelo projeto, foi objeto de longos e polêmicos debates no parlamento francês. A Bélgica, sabendo do indiscutível valor do trabalho de Berenger, adiantou-se, e, com a Lei de 31 de maio de 1888, adotou o novo instituto”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol. 1, 10ª Ed. São Paulo, Editorial Saraiva, 2006, p. 772. En este sentido, el jurista brasileño Magalhães Noronha apunta que “o instituto, nos moldes do que possuimos, aparece na França com o Projeto Béranger, de 26 de maio de 1884, que foi origem do chamado sistema continental europeu, ao qual nos filiamos”. MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito penal: Introdução e parte geral*. Vol. 1, 19ª ed. Rev. e atual. São Paulo, Editorial Saraiva, 1981, p. 297. Vid., VALMAÑA OCHAÍTA, Silvia. Op. Cit., p. 70.

<sup>588</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. *Suspensión condicional de la pena y probation*. Madrid, 1985, p. 37. Según Valmaña Ochaíta: “La acogida de la figura no se hizo esperar, y así, en SUIZA, el Código Penal del Cantón de Neuchâtel la incluye en 1891, el Cantón de Ginebra en 1892, el de Vaud en 1897, el de Valais en 1899, el de Tesino en 1900 y el Cantón de Friburgo, en 1903; además, el Anteproyecto de Código Penal suizo de Stoos, de 1893 recogía la suspensión condicional en su artículo 46”. VALMAÑA OCHAÍTA, Silvia. Op. Cit., p. 70.

<sup>589</sup> Apunta Valmaña Ochaíta: “en 1893, PORTUGAL y el estado de Hesse en ALEMANIA, tras el cual se fueron sumando otros Estados: Sajonia y Prusia en 1895, Hamburgo, Württemberg y Baviera en 1896 y Burswick en 1903, fecha ésta en que se busca una unificación interestatal con la firma de cinco puntos a observar en adelante (...)”. VALMAÑA OCHAÍTA, Silvia. Op. Cit., pp. 70/71.

<sup>590</sup> Señala Mantovani: “Così como è stata disciplinata fin dalla sua introduzione nel nostro ordinamento (L.26/6/1904, n. 267; cod. Proc. Pen. 1913), la sospensione condizionale si ispira al sistema del *sursis*, che fu adottato per la prima volta dalla legislazione belga”. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*, Op. Cit., p. 807. Vid, también, FIANDACA, Giovanni–MUSCO, Enzo. , Op. Cit., p. 789.

Chile, en 1906;<sup>591</sup> España, en 1908; Grecia, en 1911; Colombia, en 1915; Uruguay, en 1916; Finlandia, en 1918; Austria, en 1920; Argentina y Méjico, en 1921; Panamá, en 1922; Brasil, Costa Rica y Perú, en 1924; Cuba, en 1936; Checoslovaquia, en 1950; Yugoslavia, en 1951; Alemania, en 1953<sup>592</sup>; URSS, en 1960<sup>593</sup>...

En España, la suspensión condicional fue instituida por la Ley sobre “La condena condicional, 17 mar. 1908, al resultar aprobado el Proyecto de Ley que, con el mismo título, había presentado en las cortes Juan Armada Losada, Marqués de Figueroa, en 1907”<sup>594</sup>. Serrano Butragueño destaca que este proyecto aprobado era casi una copia del titulado «Proyecto de Ley facultando a los Tribunales para suspender la ejecución de ciertas penas leves en beneficio de los que han delinquido», elaborado por Luis María de la Torre y de la Hoz, Conde de Torreonaz, presentado en 1900 y rechazado por cuestiones políticas, sociales y económicas de su tiempo<sup>595</sup>. Sobre este aspecto histórico, Yáñez Román, al explicar el contexto de inestabilidad parlamentaria vivido en en estos tiempos, señala que fue necesario “esperar a 1907 para ver de nuevo confeccionado y presentado a las Cortes un Proyecto acerca de nuestro instituto, mas adoleciendo ya de un notable retraso, defecto que se agrava aún más si se tiene en cuenta que para el legislador español de 1908 el modelo o pauta siguen siendo en esta materia la ley francesa de 1891, a través del influjo que ésta ejerció en el Proyecto de don Luis María de la Torre y de la Hoz, de 8 de enero de 1900, y la belga de 1888, sin fijar su atención, ni siquiera a efectos puramente informativos, en la ley más moderna que sobre la condena

---

<sup>591</sup> Vid también, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La política criminal...* Op. Cit., pp. 86/87.

<sup>592</sup> Señala la doctrina alemana de Jescheck–Weigend: “En Alemania, la suspensión de la pena a prueba fue introducida por primera vez en el año 1953, y vinculada con la posibilidad de imponer condiciones y advertencias, así como de someter al condenado”. JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 898.

<sup>593</sup> Aclara Maqueda Abreu: “En fechas más recientes, Alemania en 1923 para menores y en 1953 para adultos”. Y sigue: “También arraigó esta medida en gran número de países del Centro y Sur de América que siguieron, sin apenas alteraciones, la reglamentación establecida para el llamado sursis (suspensión) franco-belga. Así Chile (1906), Colombia (1915), Uruguay (1916), Argentina y Méjico (1921), Panamá (1922), Costa Rica, Brasil y Perú (1924), Cuba y Haití (1936), Ecuador (1938)...”. MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. *Suspensión condicional de la pena y probation*. Madrid, 1985, p. 37.

<sup>594</sup> SERRANO BUTRAGUEÑO, I.. En AAVV. *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*. Granada, Editorial Comares, 1995, p. 683.

<sup>595</sup> SERRANO BUTRAGUEÑO, I.. En AAVV.. *Código penal...* OP. Cit., p. 683.

condicionada se había promulgado en ese mismo año: el *Probation of Offenders Act 1907*<sup>596</sup>.

Aunque se critique la actuación parlamentaria y su retraso en aprobar el Proyecto sobre la condena condicional, lo cierto es que la referida ley de 1908 debe ser considerada como un paso de inmensa importancia hacia la prevención especial y los principios de humanidad de pena. Y, sin duda, la constatación de la falencia del sistema carcelario ha sido el factor decisivo e impulsor, en España y en diversos países, de la medida suspensiva en análisis.

Conforme señala Maqueda Abreu, destacando el clásico concepto formulado por E. Gómez, el instituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena consiste en “dejar en suspenso el cumplimiento de la sanción impuesta al autor de un delito leve, si las condiciones personales del mismo autorizan la presunción de que la efectividad de esa sanción carece de objeto práctico”<sup>597</sup>. En parecida línea la tradicional doctrina brasileña de Magalhães Noronha define que se trata de una medida jurisdiccional que determina el sobrestamiento de la pena, bajo determinadas condiciones impuestas por el Juez, cuando se configura la existencia de ciertos presupuestos legales<sup>598</sup>. En actualidad, los penalistas más modernos, como bien apunta Barquín Sanz, siguen conceptuando en parecida línea: “la suspensión condicional se refiere a aquellos supuestos en los que se renuncia a hacer cumplir determinadas penas privativas de libertad de manera provisional a lo largo de un período de tiempo, durante el cual el beneficiario de la dispensa está obligado al cumplimiento de ciertas condiciones y, en su caso,

---

<sup>596</sup> YAÑEZ ROMÁN, Pedro-Luis. «La condena condicional... », Op. Cit., p. 416. Vid, SOBREMONTÉ MARTINEZ, José Enrique. «Proyecto (1980) de Código penal y las penas cortas de prisión», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 18, Madrid, Edersa, 1982, p. 559.

<sup>597</sup> E. Gomez, en MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. *Suspensión condicional de la pena y probation*. Madrid, 1985, pp. 37/38. Conforme opinión de Cezar Roberto Bitencourt, los penalistas brasileños, en general, no se preocupan en establecer el concepto de suspensión condicional. Suelen limitarse a destacar las características, presupuestos y condiciones establecidas por este instituto. Sin embargo, Bitencourt destaca valiosas excepciones, citando la definición señalada por importantes juristas como, por ejemplo, Aníbal Bruno. Para este autor, “a suspensão condicional da pena é o ato pelo qual o juiz, condenando o delinqüente primário, não perigoso, à pena detentiva de curta duração, suspende a execução da mesma, ficando o sentenciado em liberdade sob determinadas condições”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...* Op. Cit., pp. 773/774.

<sup>598</sup> MAGALHÃES NORONHA, E. Op. Cit., p. 298.

reglas de conducta. Una vez transcurrido el plazo establecido en cada caso, la renuncia a la ejecución de la pena deviene definitiva”<sup>599</sup>.

A partir de los conceptos subrayados en el párrafo anterior, cabe señalar además algunas características esenciales de este instituto. Según Maqueda Abreu, son cinco sus rasgos fundamentales: el primero, se refiere a que los efectos de la medida suspensiva debe actuar en el momento de la ejecución de la pena; el segundo, se reporta a que la pena suspendida sea necesariamente de pequeña o mediana cantidad; el tercero, se trata de que el sujeto no haya sido previamente condenado (a depender de la legislación de cada país puede aceptar la existencia de determinados tipos de condenas anteriores, como, por poner un ejemplo, por falta, multa o delitos imprudentes...; o que el delito anterior haya sido cancelado o sea cancelable); la cuarta, se reporta a la existencia de la amenaza del cumplimiento de la pena de prisión; y, por último, debe establecer la posibilidad de revocar el beneficio, en las situaciones en que el condenado no cumple las condiciones establecidas<sup>600</sup>.

Acompañando la tendencia mundial, la creación de la suspensión en España (instituida con el nombre de condena condicional, después modificada para remisión condicional y ahora denominada de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad<sup>601</sup>) permitió asentar, en este país, las bases necesarias para justificar, tras el cumplimiento efectivo de un periodo de prueba, la no ejecución de la pena privativa de libertad, especialmente, la pena de prisión de corta duración.

Así, como se puede observar, el Ordenamiento jurídico español acompañó el sentimiento político-criminal que preside este instituto, incorporando el entendimiento de que en el ámbito fenoménico de la criminalidad, en que la conducta ejecutada por un sujeto primario constituye

---

<sup>599</sup> BARQUÍN SANZ, Jesús. «La suspensión condicional de la ejecución de las penas privativas de libertad desde una teoría integral del Derecho penal (101 propuesta para discusión en doctorado)». (Inédito), *material utilizado durante el Curso de Doctorado en Derecho penal y Política Criminal de la Universidad de Granada*. Granada, 19 de marzo de 2007.

<sup>600</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. *Suspensión condicional de la pena y probation*. Madrid, 1985, pp. 38/40.

<sup>601</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 691

escasa potencialidad ofensiva, la mera amenaza de la pena y la fijación de determinadas exigencias pueden ser lo que basta para conseguir los fines utilitarios de la pena<sup>602</sup>, evitando los maleficios de la privación de libertad individual. En este sentido Mantovani destaca que la suspensión condicional constituye una excepción al principio de inderogabilidad de la pena que se justifica por razones de prevención especial, pues evita los inconvenientes de la pena de prisión de corta duración, cuando la propia condena y la amenaza de prisión son suficientes para disuadir al sujeto que ejecute, en el futuro, nueva conducta delictiva<sup>603</sup>.

En el periodo en que la suspensión fue instituida en España, así como en varios países, múltiples razones reforzaban la creación de tal instituto. Entre los más fuertes y convincentes argumentos, como revela la doctrina dominante<sup>604</sup>, se destacan los planteamientos de que la pena corta de prisión desocializa el individuo, permite el contagio criminal y además no ejerce, por la escasez de tiempo de su cumplimiento, su papel reeducador y resocializador<sup>605</sup>. Por lo tanto, es importante consignar lo que dice Mir Puig que, para reaccionar frente a algunos tipos de delitos, sobre todo frente a delitos poco graves, bastaría aplicar modalidades de “penas menos traumáticas”<sup>606</sup> y que podrían ser un mecanismo mucho más eficaz que el nocivo encarcelamiento. Es exactamente con este mismo raciocinio que muchos autores, a ejemplo de Frago, no dudan al afirmar que es casi imposible lograr la resocialización del delincuente a través de las penas

---

<sup>602</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal, parte geral: as conseqüências ...* Op. Cit., p. 338

<sup>603</sup> MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*, Op. Cit., p. 807.

<sup>604</sup> Cfr, MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 690.

<sup>605</sup> Tratando sobre el origen de los movimientos que inspiraron el surgimiento de la actual suspensión de la ejecución de la pena, Guichot en el año de 1908 ya proclamaba: “Como vemos, se trata de un progreso evidente en el orden de los hechos, pues se evita en lo posible el pernicioso influjo del contacto de los criminales y el ambiente nocivo que se respiraba en las antiguas prisiones; y de otra parte se dulcifica el extremado rigor empleado con los mismos, efecto de la conmiseración á que se hacen acreedores y de la consideración altamente halagadora que la personalidad humana adquiere en los últimos tiempos”. GUICHOT Y BARRERA, Joaquín. Op. Cit., p. 12. En esta línea, la moderna doctrina brasileña acuña que “as prisões curtas são desaconselháveis, principalmente porque não têm tempo preciso para correção dos criminosos e os degradam e os corrompem”. BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro, Editorial Forense, 2001, p. 265.

<sup>606</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 690.

privativas de libertad<sup>607</sup>. De este modo, la premisa que basa toda la arquitectura ideológica de este sustitutivo legal es que “la ejecución de penas privativas de libertad de corta duración debe ceder a favor de medidas suspensivas o sustitutivas<sup>608</sup>”, especialmente cuando se sabe que el encarcelamiento frustra las expectativas de reinserción social del penado.

Paso tras paso, con la perspectiva de establecer penas más eficaces, varios juristas vienen desarrollando estudios para que la aplicación de la pena, en general, no se resuma a un castigo o una *vindicta pública*. Al contrario, lo que se busca es que, antes de todo, la pena presente un fin preventivo. Este fin, conforme la postura a la que nos incorporamos y ya revelada en los capítulos anteriores, debe ser tanto de prevención general positiva, como de prevención especial.

Pues bien, es ineludible constatar que la tentativa de encontrar formulas que evitasen la privación innecesaria de la libertad del sujeto y que también promoviesen su recuperación y resocialización ya remonta varias décadas. Como puede notarse, según Guichot y Barrera ya se planteaba, desde el inicio del siglo pasado, que la pena debería determinarse por la “*prevención* porque lo que se procura es que el que se ha apartado una vez del camino de la licitud no vuelva a desear esa desviación, y es *individual* porque el tratamiento que cada uno requiere ha de ser distinto según el grado de corregibilidad que manifieste. No se trata del delincuente, sino de *un delincuente*, al cual hay que considerar en condiciones especiales por lo mismo que motivos especiales le incitaron á delinquir”<sup>609</sup>.

Es con fundamento en *los planteamientos preventivo-especiales, pero siempre teniendo en cuenta el perímetro diseñado por los planteamientos preventivo-generales*<sup>610</sup>, que se debe defender la creación y fortalecimiento de

---

<sup>607</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit., p. 348.

<sup>608</sup> AAP Tarragona, de 9 octubre de 2006 [JUR 2007\251779]

<sup>609</sup> GUICHOT Y BARRERA, Joaquín. Op. Cit. p. 20.

<sup>610</sup> Considera Mir Puig: “la prevención especial debe retroceder cuando resulte absolutamente incompatible con las necesidades generales de protección de la sociedad. Así, incluso las posiciones «avanzadas» del Proyecto Alternativo alemán, o de la «Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal», que el Grupo Parlamentario Comunista español opuso al Proyecto CP 1980 —también progresistas en comparación con el Derecho vigente— admiten sólo la suspensión condicional de la pena o del fallo, o la sustitución de la pena de privación de

soluciones alternativas<sup>611</sup> que eviten la aplicación de pena privativa de libertad<sup>612</sup> de corta duración. Y entre tales alternativas, por supuesto, se encuentra la suspensión de la ejecución de tal pena. Así, desde la perspectiva del razonamiento expuesto, se puede concluir que, en definitiva, la suspensión de la pena privativa de libertad se justifica a partir de los planteamientos utilitaristas de la pena. Por lo tanto, cabe destacar que el uso de esta importante medida jurídica puede conseguir la reducción de los supuestos futuros de ingresos en la cárcel, porque provoca efectos en el condenado, que le estimulan a abstenerse de acciones delictivas posteriores<sup>613</sup>. En este sentido, Cid Moliné recalca que entre otros beneficios que posiblemente se puede lograr, a partir de la aplicación de la suspensión de la pena, son “la evitación del sufrimiento de la pena de prisión para las personas y el ahorro económico del encarcelamiento para el Estado”<sup>614</sup>.

En España, por ejemplo, la idea de orientar la aplicación de la pena hacia la consecución de efectos preventivo-especiales asume tan elevada importancia que la Constitución<sup>615</sup>, en el art. 25.2, determina que «*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la*

---

libertad, para ciertos delitos no graves. Esto puede verse como un límite que la prevención general impone a la prevención especial”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 89.

<sup>611</sup> Vid. También. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. En AAVV. «Sobre las difíciles alternativas...». Op. Cit., p. 216.

<sup>612</sup> En las palabras de Fragoso: “A prisão constitui realidade violenta, expressão de um sistema de justiça desigual e opressivo, que funciona como realimentador. Serve apenas para reforçar valores negativos, proporcionando proteção ilusória. Quanto mais graves são as penas e as medidas impostas ao delinqüente, maior é a probabilidade de reincidência. O sistema será, portanto, mais eficiente, se evitar, tanto quanto possível, mandar os condenados para a prisão, nos crimes poucos graves, e se, nos crimes graves, evitar o encarceramento demasiadamente longo”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. Cit., p. 357.

<sup>613</sup> Aduce Cid Moliné: “El trabajo empieza con una breve discusión acerca de la posible justificación de la suspensión de la pena en el seno de las teorías retribucionistas y utilitaristas de justificación del castigo. Parece que la última de estas teorías podría justificar la suspensión de la pena, en la medida en que, por una parte, esta sanción consiguiera reducir el uso de la prisión y, por otra, no se requiriera mayor intervención para conseguir evitar la reincidencia de la persona condenada (...)”. CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena en España: descarceración y reincidencia», en Revista de Derecho Penal y Criminología, n. 15, 2005, p. 224.

<sup>614</sup> CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., p. 227.

<sup>615</sup> “Convenimos en que no es la prevención especial el único fin de las penas, pero tampoco puede ignorarse que es a ella a la única que se le hace expresa mención en la Constitución”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. «El insostenible artículo 66 del Código penal», en GARCÍA VALDÉS, Carlos–CUERDA RIEZU, Antonio–MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita–ALCÁCER GUIRAO, Rafael–VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coordinadores). Op. Cit., p. 1162.

*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<sup>616</sup>». Así, esta norma constitucional, que determina expresamente que la pena privativa de libertad debe promover la resocialización del condenado, permite que se consolide la creación de mecanismos legales —a ejemplo de lo que ocurre con la suspensión— que conduzcan realmente el delincuente hacia a su rehabilitación y reinserción social<sup>617</sup>.

Cabe recalcar, por tanto, que la suspensión constituye un instrumento que permite lograr los efectos preventivos especiales que se producen al evitar que el sujeto sea expuesto a los efectos negativos de la pena privativa de libertad, especialmente de la pena de prisión de corta duración. Tanto es así que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 1992 reconoce expresamente que la medida suspensiva presenta como claro

---

<sup>616</sup> Constitución Española, Art. 25.2 (destacamos nosotros). Sobre la interpretación de este artículo, comenta Rocío Cantarero Bandrés que "(...) la afirmación constitucional, art. 25.2, de las penas privativas de libertad deben orientarse hacia la prevención no supone que deban afrontar de forma exclusiva esta finalidad sino que, de acuerdo con lo que indica una interpretación sistemática, reconoce a los ciudadanos el derecho a una ejecución presidida por la idea de resocialización, como objetivo tendencial, y el principio de humanización, que veta la imposición de sanciones inútiles inspiradas en la simple idea de castigo". CANTARERO BANDRÉS, Rocío. Op. Cit., p. 94. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director). *Las penas y sus alternativas*. En *Cuaderno de Derecho Judicial*, núm. IV, Madrid, 2005, p. 177.

<sup>617</sup> La constitución brasileña regula, en su Título II, los «Derechos y Garantías Individuales». En el Capítulo I, del mencionado título, establece los «Derechos y Deberes Individuales y Colectivos». En tal Capítulo, el art. 5º de la Constitución Federal Brasileña determina las garantías fundamentales atinentes a la pena. Entre ellas, cabe destacar: el apartado XLV, este citado artículo consagra el principio de la personificación de la pena; en el apartado XLVI, reconoce el principio de la individualización de la pena, tanto para las penas privativas o restrictivas de libertad, como también para las penas de multa, pérdida de bienes, prestaciones sociales alternativas y suspensión o interdicción de derechos; en el apartado XLVII, prohíbe la existencia de la pena de muerte (salvo en el caso de guerra, conforme determina el art. 84, XIX de la CF), de la pena perpetua, de trabajos forzados, de banimiento y de las penas crueles; En el apartado XLVIII, determina el cumplimiento de la pena en establecimientos distintos, de conformidad con la naturaleza del delito, la edad y el sexo del penado; Por último, en el apartado XL, la CF asegura a los presos el respeto a la integridad física y moral. (*Vid*, art. 5º de la Constitución Federal de Brasil).



contenido la posibilidad de evitar la ejecución de las penas privativas de libertad de corta duración, cuando existe un pronóstico favorable, apuntando que el penado no realizará futuros delitos. Además, comentando sobre la ineficiencia de las penas privativas de libertad de corta duración, el Tribunal Constitucional, en la citada Sentencia, acuña que “dado que en tales supuestos no sólo la ejecución de una pena de tan breve duración impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo”<sup>618</sup>.

Dicho esto, resta afirmar que la suspensión responde positivamente a la cobranza social, política y sobre todo científica que plantean la necesidad de instituir medios que eviten los efectos catastróficos, corruptores y desocializadores de la pena privativa de libertad. No hay duda que la suspensión es una medida esencialmente individual y de patente eficacia en lo que concierne a la resocialización del condenado. Puesto que a través de la suspensión se puede conseguir, de forma incomparablemente más eficiente que la pena de prisión de corta duración, el perfeccionamiento humano. Pues la suspensión aparta el culpado del camino de la delincuencia sin apartarle de la sociedad. Así, no hay duda que la suspensión ha conseguido limitar y disminuir el campo de actuación de la pena de prisión en “muchos países occidentales”<sup>619</sup>, conforme asevera Cid Moliné.

En España, la suspensión alcanza todas las modalidades de pena privativa de libertad, no siendo, por tanto, un beneficio exclusivo aplicable cuando se trata de pena de prisión. De esta forma, el Ordenamiento jurídico español regula también la posibilidad de suspender la pena de localización

---

<sup>618</sup> STC, núm. 224/1992, de 14 diciembre de 1992 [RTC 1992\224]. *Vid.* también: STC, núm. 209/1993, de 28 de junio de 1993 [RTC 1993\209].

<sup>619</sup> En reciente estudio, Cid Moliné, en notas, también publica: “Algunos países en los que la suspensión de la pena parece haber tenido un rol relevante en la reducción del uso de penas de prisión son: Finlandia (Lappi-Sepäla 2001:113-118); Holanda (Tak 2001:162-163); Alemania (Weigend 2001:196). Por lo que hace a Inglaterra, si bien en sus orígenes la suspensión de la pena no parece que alcanzara el objetivo de reducir el uso de la prisión (Bottoms 1981:26), recientemente, su casi inaplicación, tras la Criminal Justice Act de 1991, ha producido un incremento en el uso de la prisión (Ashworth 2001:71). En Canadá, una modalidad de suspensión de pena introducida en 1996, denominada «prisión condicional», ha producido una reducción significativa en la tasa de penas de prisión ejecutadas (Robert-Gabor 2004:100). Sin embargo, esta clase de suspensión de pena requiere obligatoriamente la supervisión del/la delincuente”. CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», *Op. Cit.*, p. 223.

permanente y la derivada del impago de multa, que son, según la regulación vigente, dos otras categorías de pena privativa de libertad. En este sentido, señala Mir Puig que entre “las penas privativas de libertad que cabe suspender deben incluirse no sólo las de prisión, sino también las de localización permanente y la responsabilidad subsidiaria prevista para el caso de impago de multa”<sup>620</sup>. Sin embargo, aunque la concesión de la suspensión se extienda a las demás penas privativas de libertad —lo que es bastante positivo—, conviene destacar que, históricamente, la prisión ha sido la pena que se ha caracterizado como objeto de la aplicación de este instituto<sup>621</sup>.

De esa forma, tras la concesión de la suspensión, el delincuente es sometido a prueba, durante determinado período de tiempo y bajo ciertas condiciones, resultando —*si atendidas las reglas de conducta establecidas*— en la remisión definitiva<sup>622</sup> de la pena. Por tanto, agotado el plazo de suspensión y cumplidas las exigencias que le impuso el Juez al reo, la pena suspendida será admitida como cumplida y la responsabilidad criminal será declarada extinguida, evitando consecuentemente el ingreso del condenado en prisión<sup>623</sup>. Caso contrario, no observando las reglas establecidas, especialmente la condición de no delinquir durante el periodo de prueba, la pena privativa de libertad será ejecutada, conforme lo que se establezca en sentencia condenatoria. Exactamente por esto, advierten Suárez-Mira Rodríguez y otros que “estamos ante un sustitutivo penal condicionado, de manera que, según cuál sea el comportamiento del condenado, se podrá dar por cumplida la pena o se procederá a su ejecución”<sup>624</sup>.

---

<sup>620</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 694.

<sup>621</sup> Así lo enmarca Colmenero Menéndez de Luarca: “La pena típica objeto de suspensión es la de prisión”. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 186.

<sup>622</sup> En este sentido, sobre la suspensión de la ejecución señalan Muñoz Conde–García Arán: “En el marco del Derecho comparado puede incluirse en los sistemas de sometimiento a prueba del condenado, consistentes genéricamente en la *suspensión* del cumplimiento de la condena durante un cierto período en el que se establecen determinadas condiciones que, si son cumplidas, permiten declarar extinguida la responsabilidad criminal sin necesidad de ingresar en prisión” MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., pp. 560/561.

<sup>623</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 560.

<sup>624</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 475.

Debe considerarse también que durante el plazo de suspensión el reo cumple obligaciones moralizadoras y que se adecuan perfectamente a los principios que tutelan la dignidad humana. De este modo, haciéndose uso de la suspensión, la sociedad no desprecia el penado. Al contrario, le ampara y interacciona directamente en su recuperación, de tal forma que el condenado se dará cuenta que la sociedad le concede la oportunidad de ajustarse a las reglas sociales, despertando —conforme la importante opinión de algunos, como por ejemplo Guichot y Barrera— “en su espíritu sentimientos de gratitud que le hacen pensar en otro género de vida”<sup>625</sup>. En esta línea, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España manifiesta que, ante la patente ineficacia de las penas privativas de libertad de corta duración para conseguir la resocialización del condenado, la suspensión puede jugar un importante papel para lograr su recuperación (cuando el reo es primario), porque realiza una doble presión: *de un lado provoca el sentimiento de gratitud por el concesión del beneficio; de otro, el temor de la pérdida de su libertad*. A este hilo, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de junio de 1993, que subraya: “una vez comprobada la ineficacia de las penas cortas de privación de libertad para conseguir la corrección del reo e incluso el riesgo de contagio que conlleva la convivencia de quien ha delinquido ocasionalmente con los delincuentes habituales o profesionales, se arbitró como «ensayo» en su día, que se ha demostrado positivo, la suspensión del cumplimiento de la condena impuesta, si se trata de «primarios» (una primera vez), para conseguir así, mediante la doble presión de la gratitud por el beneficio y el temor de su pérdida, la rehabilitación, con una función profiláctica de la criminalidad”<sup>626</sup>.

En realidad, desde nuestro punto de vista, la suspensión no se constituye meramente en un acto de benevolencia de los jueces<sup>627</sup> ni tampoco

---

<sup>625</sup> GUICHOT Y BARRERA, Joaquín. Op. Cit. p. 89.

<sup>626</sup> STC, núm. 209/1993, de 28 de junio de 1993 [RTC 1993\209].

<sup>627</sup> Sobre este aspecto, cabe destacar: “Respecto a los criterios para su concesión o denegación debe destacarse que no hay un deber especial de benevolencia ni una facultad de equidad al margen de la Ley, pues el artículo 17.1 de la Constitución ( RCL 1978, 2836) , según el cual la privación de la libertad no puede efectuarse más que con la observancia de las exigencia normativas contenidas en la Constitución y en la Ley, no impone a los jueces y tribunales que integran el poder judicial una especial obligación de benevolencia ni les otorga facultades para resolver en equidad al margen de la Ley (...)”.Auto Audiencia Provincial La Rioja, de 16 marzo de 2007 [ARP 2007\473].

es prioritariamente tal «espíritu de gratitud» que lleva el sujeto a modificar su género de vida. No. Lo que interfiere directamente en la escala de valores subjetivos del individuo es, sobre todo, la confirmación de la amenaza de la pena y la posibilidad de ejecutar la pena suspendida. El temor de la pérdida de su libertad es el factor determinante y motivador de la mudanza de comportamiento del sujeto y del género de vida que éste pasa a adoptar. La suspensión, por tanto, actúa como un mecanismo que permite que el condenado disfrute de su libertad, bajo la nítida y concreta amenaza de la ejecución de una pena (privativa de libertad) asignada en una sentencia condenatoria. Consciente de tal amenaza, el condenado viene a temer la revocación del beneficio, lo que le motiva a buscar otro estilo de vida, evitando desarrollar conductas ilícitas. Evidentemente que durante el periodo de prueba, en que esta presente la amenaza de la pena, se puede (y debe) incidir medidas que favorezcan a la resocialización del beneficiario.

De forma que, a nuestro sentir, la suspensión no es exactamente un instrumento de difusión de sentimientos de gratitud ni de generosidad. Se trata precisamente de una alternativa legal eficaz, que respeta los principios garantistas del Estado social y democrático de Derecho y que se adecua a la estrategia político criminal para la consecución de los efectos preventivo-especiales. Y la verdad es que la suspensión ha logrado resultados importantes, incluso, empíricamente demostrables<sup>628</sup>. No hay cualquier duda de que cuando protagonizan, en el mundo fenoménico del crimen, aquellos sujetos que han delinquido por primera vez, la existencia de una amenaza de ejecución de una pena de privación de libertad —conforme también asegura Miguel Colmenero Menéndez de Luarca— puede generar más beneficios, en favor del proceso de resocialización del condenado, de que la propia ejecución de una pena privativa de libertad de corta duración<sup>629</sup>.

---

<sup>628</sup> Importante verificar los datos demostrados a partir de la investigación realizada por Cid-Larrauri, en CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., pp. 223/228.

<sup>629</sup> En importante artículo sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, Magistrado del Tribunal Supremo español, destaca: "Tampoco es tan necesario aducir al tratamiento cuando se trata de penas cortas impuestas a quienes han delinquido por primera vez, pues en estos casos puede ser que la amenaza de la privación de libertad aporte mayores beneficios en esa orden, relativo a la reinserción social, que el ingreso efectivo en prisión". COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La

Así, el Estado, en vez de lanzar al culpado en el abandono y al rigor de las severas consecuencias del encarcelamiento, le permite al reo seguir, bajo determinadas condiciones, en contacto con la sociedad, lo que, sin cualquier duda, es un factor decisivo para lograr su resocialización. Según Mir Puig, la legislación penal española<sup>630</sup> ha pasado recientemente a orientar la suspensión a partir de la presencia de dos criterios rectores: el control y la asistencia al condenado, permitiendo “al Juez o Tribunal que imponga al sujeto determinadas obligaciones durante el período de suspensión, si la pena suspendida es de prisión. Ahora la suspensión no estará solamente condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado, sino que puede también estarlo al cumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones que prevé el art. 83”<sup>631</sup>.

Como veremos más adelante, tras la vigencia del Código penal de 1995, diferentemente de los modelos adoptados en las legislaciones anteriores —que presentaban características eminentemente advenidas del sistema belga-francés de la *sursis*—, el Ordenamiento jurídico español ha añadido rasgos del sistema anglosajón de la *Probation*, lo que le ha permitido al juez imponer reglas de conducta, durante el período de prueba. Tal hecho debe ser considerado como un importante avance, ya que la imposición tanto de determinadas obligaciones, como de algunas reglas de conductas son imprescindibles para que el proceso de rehabilitación del delincuente resulte más eficiente.

Cabe subrayar, además, que la concesión del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, bajo ciertas condiciones, *de per se*, viene a provocar un fuerte impacto en la conducta a ser desarrollada por el condenado, porque, la amenaza de la revocación del beneficio y, por consecuencia, de la ejecución de la pena privativa de libertad estimulan a que el reo cumpla las condiciones impuestas en la suspensión, puesto que será el único camino y, también, la última oportunidad de evitar la privación de su

---

suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 178.

<sup>630</sup> Aproximándose del modelo anglosajón.

<sup>631</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 692 (con negrita en el original).

libertad. En este sentido, señalan Maurach y otros: “la expectativa de que la remisión sólo condicionada, dependiente de la futura buena conducta del condenado, le hará mantener una especial fidelidad al derecho, con el objeto de cumplir los requisitos exigidos para el definitivo decaimiento de la pena”<sup>632</sup>. Así, puede afirmarse que es de suma importancia para la sociedad<sup>633</sup> y para el delincuente el momento de elegir las condiciones que deberán incidirse sobre éste, pues será a través de aquellas que se promoverá la recuperación definitiva de quien está, antes de todo, presionado y, principalmente, intencionado en no sólo aceptar las medidas, como también en respetarlas y cumplirlas fidedignamente.

Claro está que el condenado buscará de todos los modos, durante el transcurso del periodo de prueba, ejercer conductas que estén de acuerdo al Derecho, porque, conforme ya se ha señalado, está presionado a cumplir todas las condiciones que le sean impuestas especialmente porque, conforme se ha dicho anteriormente, teme perder su libertad. De este modo, el período de suspensión constituye un importante freno en la conducta y en los hábitos del delincuente, que se verá forzado a cumplir, atentamente, todas las condiciones y reglas de conductas impuestas por el Juez o Tribunal. Y este es un relevante factor que debe tenerse en consideración cuando se pretende investigar el instituto de la suspensión<sup>634</sup>.

Sin embargo, hay que decir que cuando el beneficiario de la suspensión viene a incurrir en otro delito, durante el plazo de prueba, tal hecho provoca la irremediable revocación de la medida suspensiva, debiendo, a consecuencia de ello, ejecutarse integralmente la pena asignada en la sentencia

---

<sup>632</sup> MAURACH, Reinhart y otros. *Derecho penal, parte general 2, formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas*, 7ª ed., trad. por Jorge Bofia Genzsch, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 1995, p. 819.

<sup>633</sup> Dice Guichot: “la sociedad vale en tanto valgan los individuos que la forman, y es innegable, por consiguiente, que si se corrigen los malvados, los intereses estarán defendidos”. GUICHOT Y BARRERA, Joaquín. Op. Cit. p. 92.

<sup>634</sup> Por eso, importantes voces doctrinales aseveran que por medio de la suspensión, durante el plazo de prueba, se produce “efectos temporales viniendo á ser una tregua para la delincuencia; pero, como es eminentemente correccional, esos efectos se prolongan indefinidamente no obstante haber desaparecido su eficacia jurídica, apartando para siempre el individuo del delito y mostrándole prácticamente los beneficios que se obtienen cuando se adopta un proceder lícito y honrado”. (GUICHOT Y BARRERA, Joaquín. Op. Cit. p. 34.). En esta misma vertiente, MAQUEDA ABREU, María Luisa. *Suspensión condicional...* Op. Cit., p. 39.

condenatoria. Además, el condenado deberá responder por el nuevo ilícito practicado, llevando a efecto la consecuencia jurídica correspondiente a la consumación de este otro delito<sup>635</sup>.

Todavía cabe adelantar que, conforme será tratado posteriormente, en otro apartando, la condicionante principal, para otorgarse este beneficio y para mantener la concesión de la suspensión, es que el reo no vuelva a delinquir mientras dure el periodo de prueba. Si bien que el número de penados que vuelven a delinquir durante y después de la suspensión es muy reducido. Lo cierto es que es bastante inferior al número de casos en que el condenado viene a practicar nuevo delito, después de haber cumplido una pena de prisión. Por tanto los países que aplican la suspensión suelen lograr importantes resultados, reinsertando el sentenciado en la sociedad y reduciendo los supuestos de reincidencia.

De suerte que, ante la constatación de la inutilidad de la pena privativa de libertad de corta duración<sup>636</sup> y la verificación de la eficacia de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, como medida que verdaderamente ejerce el fin de prevención especial de la pena, debe concluirse, desde ya, que éste instituto cumple la relevante tarea de llevar a cabo la reinserción social del condenado.

## **1. Problemática alrededor de la naturaleza jurídica de la suspensión.**

La cuestión acerca de la naturaleza jurídica de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad enfrenta distintos posicionamientos.

---

<sup>635</sup> Apunta Maqueda que: “Si las condiciones impuestas por el tribunal para el período de prueba no se respetan, bien por inobservancia de las obligaciones establecidas o por reincidencia, se revocará la suspensión y el condenado deberá cumplir (sin computar el tiempo transcurrido en libertad bajo condición) la pena, cuya ejecución (en prisión) había quedado suspendida, así como la correspondiente a la nueva infracción, si la hubiere”. MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Suspensión condicional... Op. Cit., p. 40.

<sup>636</sup> Afirma Guichot y Barrera que aplicando resulta más eficiente aplicar el beneficio de la suspensión que permitir el cumplimiento de la pena privativa de libertad, también porque “en el primer caso está siempre obligado á la sociedad, mientras en el segundo, una vez cumplido el castigo, ha saldado sus cuentas con ella, ésta se ha cobrado con creces y no puede pedirle gratitud alguna”. GUICHOT Y BARRERA, Joaquín. Op. Cit. p. 90. Vid, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio-ARROYO ZAPATERO, Luís-otros. *Curso de Derecho penal...* Op. Cit., p. 29.

Se trata de un tema bastante complejo y que resulta en la manifestación de diferentes posturas a depender, sobre todo, de la manera cómo el instituto de la suspensión de la pena esté regulado en el Ordenamiento jurídico de cada país. También por ello, puede decirse que no hay efectivamente un consenso entre los penalistas sobre la naturaleza de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. A este hilo, Jescheck–Weigend también reconocen que “no existe acuerdo acerca de la naturaleza jurídica de la suspensión”<sup>637</sup>.

Antes de recalcar las distintas tesis sobre su naturaleza jurídica, es de fundamental relieve decir que este instituto debe ser ubicado en el ámbito del derecho sustantivo, *in casu*, en el Código penal. Y ello porque, conforme justifica Magalhães Noronha —que también destaca, en sus comentarios, la opinión de Vannini— las normas que regulan el nacimiento, las modificaciones y las formas de extinción de la pena pertenecen a la esfera del Derecho penal<sup>638</sup>.

Sobre lo que consiste propiamente sobre la naturaleza de la suspensión, conviene subrayar que, en el momento de la creación de este instituto, en el continente europeo, algunos juristas abogaban que correspondía a una forma disimulada del *derecho de gracia*<sup>639</sup>. En semejante raciocinio, otros autores preferían subrayar que se trataba efectivamente de una forma peculiar de *indulto o, incluso, de perdón*. A su tiempo, dichas posturas encontraron eco en importante segmentos de la doctrina de diferentes países de Europa, como en España, Italia, Bélgica y también en la antigua doctrina alemana<sup>640</sup>. A este hilo, Serrano Butragueño enaltece que, entre las diferentes opiniones sobre la naturaleza de la suspensión, “siguiendo igualmente a Fernández Entralgo, se ha llegado a considerar como una manifestación del derecho de gracia, próxima al perdón judicial (Quintano Ripollés), o al indulto (Cuello Calón, Del

---

<sup>637</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit. p. 899.

<sup>638</sup> MAGALHÃES NORONHA, E. Op. Cit., p. 298.

<sup>639</sup> Conviene señalar: “Con la regulación de La Ley de 1908 era posible calificar la condena condicional como un acto de gracia, un perdón de naturaleza judicial” SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 476.

<sup>640</sup> *Vid*, MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Suspensión condicional... Op. Cit., pp. 43/45



Toro Marzal...)"<sup>641</sup>. En tal línea, aunque luego asuma otra postura, Mantovani apunta que "entre las «causas de clemencia» pueden considerarse también las formas de perdón que proceden de la *autoridad judicial*: la *suspensión condicional* de la pena, el *perdón judicial*, la *liberación condicional*"<sup>642</sup>. A pesar de la idea de tratar la suspensión como una forma de perdón haya sido, en el instante inaugural, incorporada a la doctrina de destacados juristas, fuertes críticas fueron dirigidas en contra de este posicionamiento, provocando la realización de densos y relevantes debates sobre semejante temática<sup>643</sup>, que, sin duda, mucho contribuyeron (y contribuyen) al estudio sobre la naturaleza jurídica de la suspensión.

La polémica ante este tema fue tan evidente que, incluso, provocó la manifestación de la ONU, que calificó de erróneas aquellas opiniones que concebían la suspensión como especie de gracia, indulto o perdón. La aclaradora doctrina de Maqueda Abreu explica que la ONU declaró que el principal criterio que distingue el instituto de la suspensión del derecho de gracia, indulto o perdón es exactamente el momento procesal en que tales institutos vienen a ser acordados: la decisión sobre la suspensión de la pena debe ser puesta de manifiesto antes de su ejecución; en cambio, el indulto, por ejemplo, puede "comenzar a surtir efectos no sólo entonces sino también durante el curso de la ejecución"<sup>644</sup>.

Desde otra perspectiva, un sector de la doctrina italiana ha defendido la suspensión como una causa de extinción de delito. Resulta que, conforme comenta Maqueda Abreu, los partidarios de tal vertiente de pensamiento, en Italia, apenas ha seguido el criterio "sustentado por el Código penal de ese país que tradicionalmente ha venido regulando esta institución en el capítulo relativo a las causas de '*extinzione del reato*' (Cap. I del Tít. VI del Libro I) junto a la amnistía, la prescripción del delito, la muerte del reo antes de la condena,

---

<sup>641</sup> SERRANO BUTRAGUEÑO, I.. En AAVV.. *Código penal...* Op. Cit., p. 685

<sup>642</sup> MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*, Op. Cit., p. 806.

<sup>643</sup> Comenta Maqueda: "Son significativas, en este sentido, las polémicas que por dicho motivo se suscitaron en Europa (Bélgica, Alemania...) y concretamente en nuestro país, donde, como se verá más adelante, sirvió de pretexto para rechazar la propuesta de Torrealanz dirigida a convertir en la primera Ley sobre suspensión condicional de la pena, el Proyecto de 1900". MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. *Suspensión condicional...* Op. Cit., p. 43.

<sup>644</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. *Suspensión condicional...* Op. Cit., pp. 44/45.

etc....”<sup>645</sup>. Entre las obras que sostienen esta línea de argumento se puede mencionar la opinión de juristas como, por ejemplo, la de Maggiore, Bettiol y Mantovani. Tanto es verdad que, según Matovanni, la condena condicional suspende la ejecución de la pena, por un cierto tiempo y si haya transcurrido este tiempo sin que el sujeto haya cometido otro delito **se extinguirá el delito** y, por tanto, **la condena**<sup>646</sup>.

La naturaleza de la suspensión es un tema bastante complejo y de difícil encuadramiento. Fiandaca–Musco, por ejemplo, señalan que entre las causas de extinción del delito la suspensión condicional de la pena asume una posición muy importante. No obstante estos penalistas destacan que el hecho de cualificar su naturaleza como causa extintiva ha sido contestado por determinados autores. Así, para algunos la naturaleza se sitúa en las medidas suspensivas, mientras que para otros es un fenómeno típicamente extintivo<sup>647</sup>.

Sin embargo, la postura de cualificar la naturaleza de la suspensión como una causa de extinción del delito ha sido duramente criticada, incluso por la propia doctrina italiana, que afirma no poder hablar en extinción del delito cuando existen: la consumación del hecho ilícito; el pronunciamiento previo de la culpabilidad del autor; y la condena impuesta. De forma que, otras opiniones, oponiéndose a la idea de que la suspensión consiste en causa de exclusión del delito, prefieren concebir la suspensión como causa de extinción de la pena y no del delito<sup>648</sup>. Comenta Maqueda Abreu que “esta es la opinión sustentada por FRAGOLA, para quien la sentencia de condena constituye propiamente ‘el diafragma’ que separa las causas de extinción de la pena. Consecuentemente, éste y otros autores, como BARTULLI, se inclinan a considerar la suspensión judicial de la ejecución como ‘causa de extinción de la pena’, si bien

---

<sup>645</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Suspensión condicional... Op. Cit., p. 45.

<sup>646</sup> “Con la sospensione condizionale della pena, già denominata «condanna condizionale», si sospende l’esecuzione della condanna per un certo tempo, trascorso il quale senza che il soggetto abbia commesso un altro reato si estingue il reato stesso e, quindi, la condanna. Se entro tale periodo il colpevole commette un altro reato, la sospensione è revocata ed egli dovrà sottostare non solo alla nuova pena ma anche a quella sospesa”. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*, Op. Cit., pp. 806/807. (sin negrita en el original)

<sup>647</sup> FIANDACA, Giovanni–MUSCO, Enzo. , Op. Cit., p. 788.

<sup>648</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Suspensión condicional... Op. Cit., p. 45

condicionada al comportamiento positivo del condenado durante el periodo de prueba”.

Desde otra perspectiva, un segmento de la doctrina señala que la suspensión es un *derecho subjetivo del condenado*. Y esta sería su naturaleza jurídica. En realidad, la postura que defiende la suspensión como un derecho subjetivo del reo adquiere mayor fuerza en la doctrina de aquellos países en que el Ordenamiento jurídico vincula (de forma automática) la decisión acerca de la concesión de la suspensión a la presencia de determinados requisitos (objetivos y subjetivos). En este contexto, se inserta el sistema jurídico brasileño<sup>649</sup> que no ha establecido, en tema de suspensión, la discrecionalidad judicial, optando por vincular tal manifestación al análisis de los requisitos legales. Una vez presentes todos los requisitos, la suspensión debe ser otorgada. Para que se conceda basta que sean cumplidas las exigencias establecidas en los requisitos (objetivos y subjetivos). Así, explica Capez que la suspensión es efectivamente un derecho subjetivo del sentenciado, cuya concesión no puede ser negada, cuando se verifique la existencia de los requisitos legales. No obstante, este autor insiste que, aún así, hay un campo en que el juez ejerce su valoración discrecional, que se manifiesta en el momento del análisis de los requisitos<sup>650</sup>. A este hilo, Mirabete acuña con rotundidad que la suspensión “es un derecho subjetivo del acusado<sup>651</sup>”, a pesar de reconocer que la naturaleza jurídica de la suspensión es un tema bastante controvertido.

Partiendo desde distinto punto de vista, otra vertiente jurídica prefiere propugnar que, en realidad, la suspensión constituye una *condición resolutive*.

---

<sup>649</sup> STF. HC 66256/SP, 1ª Turma, Rel. Min. MOREIRA ALVES, J. 03/06/1988. STF. HC 62892 / SP, 1ª Turma, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, J. 03/05/1985; STF. HC 60090/MG, 2ª Turma, Rel. Min. DJACI FALCAO, J. 03/08/1982.

<sup>650</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, parte geral*. Vol I. São Paulo, Editorial Saraiva, 2000, pp. 456/457.

<sup>651</sup> Según Mirabete: “o sursis é um direito subjetivo do acusado que preenche os requisitos exigidos, e não mera faculdade do juiz”. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 4ª Ed., São Paulo, Editorial Atlas, 2003, p. 532. Cezar Roberto Bittencourt también recalca que actualmente, la doctrina brasileña, en su gran mayoría, considera este instituto “un derecho público subjetivo del condenado”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...* Op. Cit., p. 776. También, GRECO, Rogério. *Curso de direito penal, parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Editorial Impetus, 2003, pp. 693/694. En este sentido, Guilherme de Souza Nucci: “é direito subjetivo do réu, uma vez que, preenchidos tais requisitos, o juiz não tem opção senão conceder o benefício”. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 463.

Para este sector, tal sería la naturaleza jurídica de la suspensión porque la ejecución de la pena permanece subordinada a determinado acaecimiento futuro. Para dicha corriente, la explicación consiste en que la suspensión es una condición porque se vincula a la consumación de determinado hecho futuro; y es resolutoria porque se impone el cumplimiento de las condiciones acordadas, pudiendo este beneficio ser revocado si las condiciones impuestas no vienen a ser obedecidas<sup>652</sup>. En este sentido, cabe destacar la doctrina de Magalhães Noronha que considera este instituto como una «condición resolutoria», argumentando que a pesar de ser la suspensión un derecho del condenado, no lo confunde con su naturaleza<sup>653</sup>.

Algunos autores critican la postura defendida en el párrafo anterior, porque considera que la medida suspensiva no puede reducirse a una simple *condición resolutoria*. Censurando esta postura, Cezar Roberto Bitencourt considera que tal argumento no cabe ser aceptado porque la naturaleza jurídica de la suspensión no se reduce a mera condición, sobre todo porque existe una condena que puede ser llevada a cabo en cualquier instante, si el penado no cumple las exigencias impuestas. Justifica el autor en cita que lo que efectivamente se suspende es, tan sólo, la ejecución de la pena privativa de libertad, permaneciendo válida la condena hasta que se lo reconozca objetivamente la remisión definitiva de la pena. Por lo tanto, durante el periodo de prueba, la ejecución de la pena privativa de libertad puede ser llevada a efecto si el condenado desarrolla una conducta que motive la revocación del beneficio<sup>654</sup>.

---

<sup>652</sup> Comenta esta postura la doctrina de Cezar Bitencourt. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...* Op. Cit., p. 776.

<sup>653</sup> Afirma Magalhães Noronha: “Quanto à natureza do instituto, ocorre ainda ponderar que é a de condição resolutoria, já que a execução da pena fica subordinada a acontecimento futuro. Não cumprida a cláusula imposta, a indulgência deixa de haver lugar, executando-se a pena. Difere, por tanto, do indulto, que é o perdão definitivo, e da prescrição — perda do direito de agir, pela negligência”. MAGALHÃES NORONHA, E. Op. Cit., p. 298. Añade Cezar Roberto Bitencourt que entre otros autores que consideran la suspensión como una condición resolutoria del derecho de punir, se puede destacar Magalhães Noronha, Whitaker, Locard, Soler etc. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...* Op. Cit., p. 776.

<sup>654</sup> Destaca Bittencourt: “A suspensão condicional não pode ser reduzida a simples condição, quando a condenação imposta permanece e somente a execução da pena fica suspensa e não será cumprida se o beneficiário, no prazo depurador, comportar-se socialmente de modo a não causar sua revogação”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal...* Op. Cit., pp. 776/777.

Partiendo desde diferente premisa, otros autores sostienen que la suspensión es una medida penal de naturaleza *restrictiva de la libertad*. Por lo tanto, conforme esta línea de entendimiento, la suspensión no es propiamente un beneficio, sino una modalidad de ejecución de la condena. Semejante opinión es defendida, *en Brasil*, por Damasio de Jesús. Conforme explica la suspensión, a partir de la reforma del Código brasileño en el año de 1984, no constituye más un incidente de la ejecución de la pena ni tampoco es propiamente un derecho público subjetivo del condenado. Para Damásio, “es medida penal de naturaleza restrictiva de la libertad, de carácter represivo y preventivo. No es un beneficio”<sup>655</sup>. En este sentido, es interesante observar que el Superior Tribunal de Justicia brasileño dictó, en el año de 1996, una sentencia que acompañaba semejante postura, afirmando que “la suspensión condicional de la pena (*rectius* — suspensión condicional de la ejecución de la pena) dejó de ser mero incidente de la ejecución para tornarse una modalidad de ejecución de la condena. Pues permite que el condenado no se someta a la sanción que afecta su *status libertatis*, pero se le impone una pena, menos severa y eminentemente pedagógica”<sup>656</sup>.

En opinión de otros penalistas, la suspensión no representa un incidente ni tampoco una modificación de la ejecución de la pena. Para ellos, la suspensión constituye una *sanción penal autónoma*<sup>657</sup>: una pena de sustitución. En esta perspectiva, Figueiredo Dias apunta que actualmente el modelo continental de varios países regula la suspensión integrando elemento de la *sursis* tradicional y de la *Probation* anglo americana, con lo que ha permitido plantear de forma todavía más sólida que la suspensión no es un incidente o modificación de la ejecución de la pena sino “una pena autónoma y por lo tanto, en su acepción más estricta y exigente, una pena de sustitución”<sup>658</sup>. Explican Jescheck–Weigend que la postura de considerar la

---

<sup>655</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito penal, parte general*. 1º Vol. 27ª Ed., ver. E actual. São Paulo, Editorial Saraiva, 2003, p. 614.

<sup>656</sup> STJ, 6ª Turma, Resp 54.695-8-SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU, 15.04.1996, en CAPEZ, Fernando. *Op. Cit.*, p. 444.

<sup>657</sup> Para Jescheck–Weigend: “(...) la suspensión se presenta como una sanción penal autónoma que, de acuerdo con su configuración en el caso concreto”. JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. *Op. Cit.* p. 899.

<sup>658</sup> Dice Figueiredo Dias: “Com o que, de resto, adquire ainda mais sólido fundamento a idéia de que a suspensão da execução da prisão não representa um simples *incidente*, ou mesmo

suspensión como una *sanción penal autónoma* se justifica desde la perspectiva *político-criminal* pues “de acuerdo con la configuración en el caso concreto, puede suponer una acentuación del carácter de una renuncia a la pena (si se limita a la imposición de un periodo de prueba), de una pena (por ejemplo, si se imponen condiciones fuertemente gravosas), de una medida de seguridad (vid. Las reglas de conducta mencionadas en el § 5c III) o de una combinación entre pena y medida de seguridad”<sup>659</sup>. De otra parte, Jescheck–Weigend consideran que desde una perspectiva *sistemática* “este instituto presupone la imposición de una pena de prisión y por ello no supone más que una dispensa condicional de la ejecución de la pena”<sup>660</sup>.

En contraposición a lo anterior, algunos autores critican tal postura, pues no consideran la suspensión como una pena efectivamente autónoma, sino que simplemente se trata de una *condena condicional*. Reconocen que la conducta delictiva no puede quedarse sin ser sancionada, sin embargo, lo que se permite es que el autor reciba el auxilio social necesario para su resocialización, dispensando, para ello, la ejecución de la pena sentenciada<sup>661</sup>. También estos argumentos son punto de mira de severas críticas, pues consideran que tal planteamiento minimiza —o quizás rechaza— la autonomía de las penas de sustitución. Además, los críticos añaden que esta postura amplía bastante el alcance de su entendimiento, abarcando otros institutos, como la suspensión provisoria del procedimiento, que, conforme denuncia Figueiredo Dias, no pueden ser admitidos como una modalidad de condenación, aunque sea considerada condicional<sup>662</sup>.

---

só uma *modificação, da execução da pena*, mas uma pena autónoma e portanto, na sua aceção mais estrita e exigente, uma *pena de substituição*”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal, parte geral: as conseqüências ...* Op. Cit., p. 339.

<sup>659</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit. p. 899.

<sup>660</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit. p. 899.

<sup>661</sup> Además, añade también la doctrina portuguesa de Figueiredo Dias: “Na categoria das condenações condicionais caberiam, além da suspensão da execução da prisão, institutos como os da suspensão provisória do processo (CPP, art. 281.º), do regime de prova (art. 53.º e infra IV) e da suspensão de medidas de segurança (arts. 99.º e 100.º e infra § 820 ss.)”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal, parte geral: as conseqüências ...* Op. Cit., p. 340.

<sup>662</sup> Vid. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal, parte geral: as conseqüências ...* Op. Cit., p. 340.

Otros juristas, a ejemplo de Yáñez Román<sup>663</sup>, prefieren ver la naturaleza de la suspensión como una *causa de extinción de la responsabilidad penal*. Para esta corriente, conforme sostiene Serrano Butragueño “la remisión condicional no es una forma de ejecución de las penas cortas privativas de libertad, por cuanto se trata, ‘ab initio’, de la inejecución de la pena; sino mas bien de una forma de extinguir la responsabilidad criminal, previamente declarada, mediante un sustitutivo penal consistente en un pacto celebrado entre uno o varios Jueces (...) y el penado (...)”<sup>664</sup>.

Para otros, la suspensión puede ser calificada todavía como “*pena psicológica*”; como una *simple amenaza penal*; como “*una sanción moral*”<sup>665</sup>; *medida de corrección*; “*medida de preventivo-especial de resocialización*”; como medio de punición de orden especial; como clase especial de medio sancionatorio; o, incluso, constituirse en una “*tercera vía en derecho penal*”<sup>666</sup>.

Sin embargo, la postura que nos parece ser la más adecuada es la que plantea la naturaleza jurídica de la suspensión como causa de modificación del cumplimiento de las penas privativas de libertad, puesto que, en realidad, este beneficio tan sólo modifica la forma de ejecución de la pena, constituyéndose en una alternativa específica a la privación de la libertad. En la sólida opinión de Cezar Bittencourt, la suspensión no es más que una *modificación en la forma del cumplimiento de la pena*. Según tal postura, la suspensión es una verdadera alternativa a los tradicionales medios sancionatorios<sup>667</sup>. En

---

<sup>663</sup> Vid. MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Suspensión condicional... Op. Cit., pp. 45/46.

<sup>664</sup> SERRANO BUTRAGUEÑO, I.. En AAVV.. *Código penal*... OP. Cit., p. 686

<sup>665</sup> Explica Maqueda Abreu: “Dentro de esa tendencia cabe incluir la opinión de P. MONTES que la califica de “pena psicológica”, una simple amenaza condicional; o de ANTON ONECA, para quien se trata de “una sanción moral”, en tanto que encierre una advertencia o amenaza; o también, la de ROJAS y MORENO que la configura expresamente como una “pena de amenaza”, a través de la cual se buscaría la defensa de la sociedad, la expiación individual, la reafirmación del derecho negado por el delito y la corrección o, al menos, evitar la corrupción mayor del reo así como que pierda el temor de la pena”. MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. *Suspensión condicional*... Op. Cit., pp. 46/47.

<sup>666</sup> El la obra de Maqueda Abreu: “otras teorías que, prescindiendo de la idea de “mal” o “sufrimiento” inherente a toda pena, pretenden ver únicamente en esa suspensión “una medida de corrección” (MAURACH), “una medida preventivo-especial de resocialización (A. KAUFMANN) o bien, como señala SALDAÑA, “un experimento pragmático de sentido antipenal y espíritu asegurador”; pero, sobre todo, aquellas que la llegan a identificar con “una tercera vía” en Derecho penal, independiente de la pena y de la medida de seguridad”. MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. *Suspensión condicional*... Op. Cit., pp. 47

<sup>667</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de derecho penal*... Op. Cit., p. 777.

semejante línea, Maqueda Abreu aduce ***que la verdadera naturaleza de la suspensión no es otra que la de modificación del modo de cumplimiento de las penas de privación de libertad***. Así, la autora en cita argumenta que la suspensión únicamente evita el ingreso del penado en prisión, existiendo siempre una condena previa y una pena privativa de libertad o pecuniaria impuesta, “por consiguiente, la suspensión condicional no sustituye a la pena sino que se limita a modificar su forma de cumplimiento”<sup>668</sup>. Esta es la postura que adoptamos.

## **2. La suspensión y la disminución del número de entradas en prisión**

Importantes investigaciones científicas han revelado que la suspensión de la pena privativa de libertad se ha configurado como un importante instrumento para conseguir la reducción del número de condenados ingresos en prisión. Este efecto descarcelador puede ser comprobado si se observa, por ejemplo, los datos estadísticos referentes a la entrada de condenados en el sistema carcelario español y los compara con el número de condenas impuestas.

Así, comparando los datos estadísticos de las dos variantes citadas (condenas por delitos y entradas en prisión), Cid Moliné afirma, en relevante publicación, que hubo una clara reducción del número de personas ingresadas en prisión, precisamente, durante todo el largo temporal fijado entre los años de 1996 a 2002<sup>669</sup>. Y ello se debe, especialmente, a la reforma introducida por el Código penal español del 95, que ha instituido un sistema de medidas alternativas, que ha sido decisivo para la consecución de tal efecto descarcelador. Sobre este aspecto, conforme lo enmarca el autor en cita, debe destacarse que ha sido de fundamental importancia, entre otros puntos de la

---

<sup>668</sup> MAQUEDA ABREU, María Luisa. Suspensión condicional... Op. Cit., pp. 46.

<sup>669</sup> Sobre la fuente utilizada en su publicación, enmarca Cid: “INE (<http://www.ine.es>) para condenas. Los datos relativos a condenas incluyen sólo las relativas a delitos, impuestas, en primera instancia, por los juzgados de lo penal y las audiencias provinciales. Los datos sobre entradas en prisión no están publicados. Esta información ha sido facilitada al autor por el Ministerio del Interior español y por la Consejería de Justicia de Cataluña”. CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., p. 229.



reforma, la elevación hasta dos años del campo de actuación de la suspensión de penas privativas de libertad<sup>670</sup>.

Según lo que publica Cid Moliné, se verifica que, en el año de 1996, los juzgados de primera instancia de lo penal y de las audiencias provinciales, llevaron a efecto 117.097 condenas, referentes a la totalidad de delitos ejecutados. Mientras tanto, en este año, el número de condenados que ingresó en prisión fue de 51.568. Por tanto, comparando las variantes del año de 1996, con los números atinentes al año de 2002, se constata que, en este año, se llevaron a cabo 116.345 condenas. Sin embargo, apenas 41.768 penados entraron en prisión<sup>671</sup>.

A partir de estas informaciones, se considera que esta significativa reducción se debe, principalmente, a la entrada en vigor del sistema de penas alternativas, que fue implementado por el Código del 95. Ello porque, conforme dice Cid Moliné, no se puede considerar otro motivo, como la producción de una modificación en el tipo de pena aplicada en los delitos más corrientes en el ámbito de lo penal. Pues, lleva razón este autor al explicar que, “básicamente, los delitos contra la propiedad y los delitos de tráfico de drogas estaban castigados con penas privativas de libertad en el Código penal de 1973 y también lo están en el Código penal de 1995”<sup>672</sup>.

Aunque se considere que la relevancia de todo el sistema de alternativas a la pena de prisión, implementado por el Código penal español del 95, debe recalarse que los elementos estadísticos de esta investigación demuestran, con claridad, que la causa primera de la consecución de este efecto excarcelador, producido durante los años de 1996 a 2002, se debe, principalmente, a la elevación de los índices de la utilización de la medida

---

<sup>670</sup> Comentando sobre las reformas introducidas por el Código del 95, Cid Moliné destaca que “las tres reformas con mayor capacidad de tener efectos excarceladores fueron las siguientes: a) ampliar la suspensión de la pena privativa de libertad desde un máximo de un año —en el Código Penal de 1973— hasta dos años; b) admitir la sustitución de una pena privativa de libertad de hasta dos años por multa (o por trabajo en beneficio de la comunidad, siendo la pena originaria el arresto de fin de semana), aun cuando el infractor-a dispusiera de antecedentes penales y c) abolir las penas de prisión inferiores a seis meses, haciendo obligatoria para el juez la sustitución de esta pena por arresto de fin de semana o por multa”. CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., p. 228.

<sup>671</sup> CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., p. 229.

<sup>672</sup> CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., pp. 229/230.

suspensiva<sup>673</sup>. De forma que, a través de los datos, facilitados por el Ministerio de Justicia español, y disponibles en los escritos de Cid Moliné, se constata que, en el año de 1996, se impusieron un total de 66.417 condenas privativas de libertad. Pero, de toda esta suma, tan sólo, 6.771 penas fueron suspendidas, es decir, 10.2%. A consecuencia de ello, fueron ejecutadas 59.646 penas privativas de libertad, o sea, 89.8% de las penas impuestas. De otra parte, manejando los datos relativos al año de 2002, se puede perfectamente verificar que de un total de 68.049 penas privativas de libertad impuestas, se suspendieron 25.258 ejecuciones de esta modalidad de pena, lo que corresponde a un total de 37.1% de condenas suspendida. De manera que, en este año, se llevó a efecto 42.791 penas privativas de libertad, lo que representa 62.9% de condenas fijadas<sup>674</sup>. Si se observa los datos de 2003, éstos son todavía más impresionantes. De un total de 61.708 penas privativas de libertad, se suspendieron 27.225 (44.1%) condenas. Por tanto, se ejecutaron apenas 34.483 (55.9%) penas privativas de libertad<sup>675</sup>.

Por tanto, conforme se comprueba empíricamente, el instituto de la suspensión de la ejecución de la pena produce un importante efecto descarcelador. De forma que, al lograr tal resultado, se puede afirmar que, verdaderamente, evita los efectos negativos de la experiencia en la cárcel, sometiendo el penado a un tipo de medida que preserva la dignidad humana y contribuye para la consecución de los fines resocializadores. Además, evita

---

<sup>673</sup> Dice Cid Moliné: "(...) la sustitución ha sido una alternativa muy poco usada por los jueces (Cid-Larrauri, coord., 2002: 72) y, por otra parte, que si bien la eliminación de las penas de prisión inferiores a 6 meses ha tenido un impacto en la reducción del número de entradas en prisión, éste no ha sido muy relevante, pues sólo un pequeño porcentaje de los delitos que conocen los jueces de lo penal dan lugar a penas de prisión inferiores a 6 meses". CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., p. 230.

<sup>674</sup> Explica Cid Moliné: "los datos no están publicados. La información —obtenida del Registro Central de penados y Rebeldes— ha sido facilitada al autor por el Ministerio de Justicia". CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., p. 230.

<sup>675</sup> Es necesario añadirse un importante comentario: "No obstante esta reducción del número de entradas en prisión, entre 1996 y 2003 en España se ha producido un importante crecimiento de la población reclusa de media, pasándose de 44.312 personas reclusas de media en 1996 a 54.465 en 2003 y, en términos relativos, de una tasa de 112 personas encarceladas por 100.000 habitantes en 1996 a 129 personas encarceladas por 100.000 habitantes en 2003. El crecimiento de la población reclusa es enteramente atribuible al notable endurecimiento de las penas de prisión que ha comportado el Código Penal del 95, como consecuencia de abolir la redención de penas por el trabajo. Este endurecimiento ha compensado, con creces, la reducción del número de entradas en prisión por la mayor aplicación de penas alternativas y, en particular, de la suspensión de la pena". CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., p. 231.

que el Estado soporte los altos costes de la ejecución de una pena privativa de libertad, como la de prisión<sup>676</sup>.

### **3. La suspensión y la reducción de la reincidencia.**

La suspensión es un instituto jurídico que favorece a la reducción de los índices de reincidencia. Y este es, sin duda, un importante factor que se debe tener en cuenta a la hora de estudiar esta medida. Varios segmentos doctrinales destacan que, entre otros, uno de los beneficios más relevantes de la suspensión es la posibilidad de reducir el número del nivel de reincidencia. En realidad, mucho más que una simple probabilidad, tal reducción (o incluso la desaparición) consiste en la meta principal y en la esencia del contenido justificador que permite la actuación de esta alternativa a la pena privativa de libertad. En esta vertiente Maqueda Abreu apunta que la suspensión “no tiene otra significación que la de proporcionar al juzgador una ‘razonable’ presunción de que, sin necesidad de ingresar en prisión, puede evitarse, por virtud de su simple amenaza, la reincidencia futura del condenado”<sup>677</sup>.

Aunque fuera suficiente referirse a la impresión personal de lo que distintos juristas consideran sobre esta temática, aún así, nos ha llamado la atención los datos de una valiosa investigación empírica, coordinada por Cid y Larrauri, que verifica el nivel de reincidencia a partir de una muestra de los juzgados de lo penal de Barcelona. De acuerdo con lo que demuestra este estudio, en el año de 1998, estos Juzgados declararon, en su totalidad, 1.425 condenas. De este total, conforme comenta Cid Moliné, 315 respuestas punitivas representan la cantidad de supuestos que se concedieron la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Teniendo en cuenta esta información, la citada investigación centró su análisis en una muestra,

---

<sup>676</sup> En este mismo sentido, con absoluta consistencia, las palabras de Cid Moliné recalcan: “(...) la suspensión de la pena ha producido en España un efecto descarcelador y, desde un punto de vista utilitarista, ha significado un importante beneficio principalmente por la evitación de la experiencia del encarcelamiento para muchas personas y, también, por el ahorro económico que ha supuesto para el estado el hecho de que estas penas no hayan sido ejecutadas”. CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., p. 231.

<sup>677</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. *Suspensión condicional de la pena y probation*. Madrid, 1985, p. 39.

bastante representativa, de penas suspendidas: 119 medidas de las 315 concedidas en el año de 1998. Por tanto, conviene destacar que esta muestra corresponde, exactamente, a la suma de las medidas suspensivas concedidas por 10 juzgados de lo penal de Barcelona, de los 23 que funcionaban en aquella época<sup>678</sup>. Así, se buscó observar si, desde la fecha de la concesión del beneficio<sup>679</sup> hasta el día 31 de julio de 2004, hubo algún encarcelamiento<sup>680</sup>, referentes a las personas que disfrutaron de la suspensión de la pena.

En conformidad con los resultados obtenidos a partir de la mencionada investigación empírica y publicados por Cid Moliné, en artículo de su autoría, se ha constatado que de la muestra de las 119 personas que gozaron de la medida suspendida, tan sólo 21 beneficiados vinieron a ser encarcelados, en periodo posterior a la concesión de la medida suspensiva, lo que representa una cifra de 17.6% de los casos. Es decir, durante un seguimiento de cinco años —tiempo demarcado por el estudio ya referido— las actuaciones, en sociedad, de 82.4% de los condenados, que tuvieron sus penas suspendidas, no dieron, posteriormente, causa que motivase la intervención del Estado, en el sentido de ingresar tales personas en prisión<sup>681</sup>. Así, como se puede

---

<sup>678</sup> En notas, explicando la manera como ha sido desarrollada su investigación, Cid Moliné explicita: “La selección de estos 10 juzgados se ha hecho por razones prácticas: de los 10 juzgados escogidos disponíamos de copia de la sentencia y, por tanto, del nombre de la persona condenada. En cambio, en referencia a los otros 13 juzgados sólo se dispone del número de la decisión, y de los datos relevantes, pero no del nombre de la persona condenada. Sin embargo, se procedió a realizar una prueba estadística para verificar que los 10 juzgados escogidos no concedían la suspensión de la pena en mayor o menor medida que los restantes 13 juzgados. La prueba confirmó que, en efecto, no había diferencias significativas, respecto de tal cuestión, entre los juzgados escogidos y los ignorados. No obstante, para que la investigación fuera una muestra representativa de las suspensiones de pena con base en sentencias dictadas por los juzgados de lo penal de Barcelona en 1998 se debería hacer un seguimiento de las 315 personas que obtuvieron la suspensión de pena, lo cual esperamos poder llevar a cabo en un futuro próximo”. CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., p. 232.

<sup>679</sup> Explica: “A estos 119 infractores-as les fue otorgada la suspensión de la pena entre abril de 1998 y diciembre de 1999”. CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., p. 232.

<sup>680</sup> Cid Moliné, también justifica: “En término medio, podemos hablar de un periodo de seguimiento de unos cinco años posterior a la fecha de concesión de la suspensión de la pena”. Y sigue: “la razón para tomar el criterio del encarcelamiento como medida de reincidencia criminológica —en vez de tomar la detención o la nueva condena— es principalmente de carácter práctico, pues, al menos en España, éste resulta ser el dato más fácil de obtener. Sin embargo, creo que tomar el encarcelamiento como medida de reincidencia criminológica, puede ser apropiado si el objetivo es detectar delincuentes habituales, pues creo que en España resulta difícil que con tres condenas no se haya tenido alguna experiencia de encarcelamiento”. CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., p. 233.

<sup>681</sup> CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., p. 233.

claramente observar, el número de individuos que evitan reincidir en delito, durante o después de haber cumplido la medida suspensiva, es bastante elevado. En este sentido, tal estudio demuestra que, efectivamente, como afirma Cid Moliné, “la tasa de reincidencia penitenciaria de las personas a las que se concede la suspensión de la pena —el 17.6%— resulta ser baja”<sup>682</sup>. Lo que es, sin cualquier duda, la comprobación de un resultado que viene a ser indiscutiblemente positivo para la sociedad.

Cabe añadir que también es llamativo otro dato de la citada investigación. Es que se ha revelado que, de acuerdo con el historial delictivo de la persona, la tasa de reincidencia puede ser más elevada o no, conforme aduce Cid Moliné. Así, las hipótesis de reincidencia pueden ser agrupadas en función del tipo de persona: de una parte, están ubicados los individuos que nunca habían delinquido antes de la concesión de la suspensión; y, de otra parte, los que ya presentaban antecedentes (sean ellos cancelados, cancelables o activos). En la primera perspectiva, apenas 10.6% de las personas que gozaron de la suspensión ingresaron, en momento posterior, en la cárcel. En la segunda hipótesis, tal número se eleva para 38.1% de los casos<sup>683</sup>.

Conforme demuestran la fuerza de estos datos y de la opinión mayoritaria proclamada en la doctrina, la suspensión de la pena privativa de libertad es un instituto que, verdaderamente, favorece la reducción del nivel de reincidencia. Y la producción de este efecto es llevada a cabo sin la necesidad de apartar el individuo de la sociedad y sin exponerle a los violentos efectos provocados por la pena de prisión. Por tanto, es necesario insistir que esta medida es una alternativa adecuada a la privación de la libertad, debiendo ser estimulada, sobre todo porque, efectivamente, cumple la misión de disuadir que el condenado siga por una carrera delictiva.

---

<sup>682</sup> CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., p. 233.

<sup>683</sup> En esta vertiente, constata Cid Moliné que “de las variables analizadas, la única que en este estudio correlaciona con la reincidencia es la existencia de antecedentes penales. Mientras que las personas con historial limpio tienen una tasa de reincidencia del 10.6%, las personas con antecedentes tienen una tasa de reincidencia penitenciaria del 38.1%”. CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., p. 235.

## **II. Distinción entre la Probation anglosajón y la Sursis belga-francés.**

Antes de todo, es imprescindible apuntar los dos más importantes sistemas que han definido los contornos legales del instituto de suspensión de la pena, que son el anglosajón de la *Probation* y el belga-francés de la *sursis*. Estas dos opciones fueron las creaciones jurídicas pioneras que introdujeron, en el Ordenamiento jurídico de distintos países, la posibilidad concreta de suspender la pena de prisión de corta duración. Debe matizarse que los dos sistemas citados —la *sursis* y la *Probation*— se desarrollaron de forma bastante distinta<sup>684</sup>, tanto en su aspecto constitutivo como en su forma de procedimiento, obedeciendo a las particularidades y las exigencias procesales de los países que le instituyeron<sup>685</sup>.

Pero, antes de entrar en los planteamientos sobre la *Sursis* belga-francés y la *Probation* anglo-americana, cabe decir que otras instituciones, aunque puedan presentar características distintas, se aproximan a los mencionados sistemas. Plantean Cobo del Rosal–Vives Antón que se agrupan entre otras instituciones afines “en cuanto a sus resultados, pero diferentes en orden a su naturaleza la «*Probation*» del Derecho anglosajón (...), la *amonestación con reserva de pena* (*Verwarnung mit Strafvorbehalt*), regulada en los artículos 59 y siguientes del StGB (...), la *suspensión de la pena*<sup>686</sup>. Estos mencionados autores añaden también que hay otras formas que se emparejan a esos sistemas como, por ejemplo, “la *dispensa de pena*, el *perdón*

---

<sup>684</sup> REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal, parte geral*. Vol. II, Rio de Janeiro, Editorial Forense, 2003, p. 125.

<sup>685</sup> “En el derecho comparado existen en este sentido, distintas formas de «diversión», «pretrial probation», «classement sans suite surveillé», etc. Otra posibilidad muy extendida en el mundo anglosajón es la declaración de culpabilidad sin pronunciamiento de la pena, que se suspende a condición de que el sujeto supere un período de prueba en el que ha de cumplir ciertos deberes bajo la vigilancia de un funcionario (probation officer). Es la llamada «probation». Por último, el sistema franco-belga del «*susis*» supone el pronunciamiento de la pena pero con suspensión de su cumplimiento durante un determinado período de prueba sin necesidad de sometimiento a ciertos deberes ni control”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., pp. 690/691.

<sup>686</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel–VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 851.

*judicial* o la compensación que representan auténticas *causas de exclusión de la pena*<sup>687</sup>.

Así, es necesario hacer algunas aclaraciones. Primero, decir que la amonestación con reserva de pena esta instituida en el derecho alemán y es una forma de suspensión del fallo. En la amonestación se “reconoce la culpabilidad del acusado, pero se suspende la imposición de la pena, recibiendo el autor una advertencia”<sup>688</sup>. Así, por consecuencia de tal advertencia, caso el culpado delinca posteriormente durante el plazo de tres años *se le impondrá una multa, pudiendo también fijarse algunas condiciones*<sup>689</sup>. En el caso de Alemania, señala Serrano Pascual, que esta figura está prevista “para delitos castigados con pena de multa, no con prisión”<sup>690</sup>.

En España, la suspensión del fallo fue aportada en el art. 91 y ss. del Proyecto de Código penal (PLOCP) de 1980. Este Proyecto preveía la posibilidad del Tribunal de dejar de dictar la parte positiva de la sentencia, suspendiendo el fallo<sup>691</sup>, hasta un periodo de dos a cinco años. Esta propuesta, sin duda, presentaba naturaleza de condena condicional, puesto que durante el plazo señalado, bajo el control del Juez de vigilancia Penitenciaria, la suspensión estaría condicionada a que el culpado no delinquiese, debiendo — entre tanto— el sujeto observar determinadas reglas de conducta y realizar las actividades establecidas por la autoridad<sup>692</sup>. Así, cumplido el plazo y respetadas las condiciones impuestas, no se constarían en nombre del acusado cualquier antecedente penal. Importante resaltar que el modelo de

---

<sup>687</sup> *Ibidem supra*.

<sup>688</sup> PRAT WESTERLINDH, Carlos. *Alternativas a la prisión – Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*. En Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, Madrid, Editorial Dykinson, 2004, p. 40.

<sup>689</sup> Además, explica Prat Westerlindh: “La diferencia esencial respecto a la suspensión de condena es que no consta como tal en la hoja histórico penal del acusado, si bien se anota en un Registro Público no posee efectos sobre la reincidencia”. PRAT WESTERLINDH, Carlos. Op. Cit., p. 40.

<sup>690</sup> SERRANO PASCUAL, Mariano. *Las formas sustitutivas de la prisión en el derecho penal español*. Madrid, Ed. Trivium, 1999, p. 289.

<sup>691</sup> GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 295.

<sup>692</sup> Cfr, SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 289.

suspensión del fallo, presente en el proyecto de 1980, bajo patente inspiración del sistema anglosajón<sup>693</sup>, “se apartaba tanto del sistema penal continental del *sursis* como del sistema anglosajón de la *probation*, pues ambos coinciden en suponer el pronunciamiento de la condena y la imposición de la pena, mientras que aquí el fallo no llega a pronunciarse ni la pena a imponerse”<sup>694</sup>.

Los intentos en instituir la suspensión del fallo no se consumaron ni por el proyecto de 1980, tampoco por el Anteproyecto de Código Penal (PANCP) de 1983. Así, aunque la propuesta de 1983 presentase varias alteraciones en relación al proyecto de 1980, al final, fue más oportuno optar por la remisión condicional. Señala Serrano Pascual que los “mayores problemas se refirieron a la mala adecuación de nuestro sistema procesal a esa especie de doble instancia que parece presuponer la suspensión del fallo: de un lado, el pronunciamiento de la culpabilidad y, de otro, el pronunciamiento de la condena. En el procedimiento español, la parte dispositiva de las sentencias o fallo recoge unitariamente ambos momentos”<sup>695</sup>.

## **1. Sistema anglosajón.**

La doctrina mayoritaria apunta que el modelo belga-francés (la *sursis*) y el sistema anglosajón (la *probation*) son los antecedentes más cercanos de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. De un lado, la *sursis*, conforme se explicará más adelante, apareció legalmente instituida en Europa continental, en Bélgica, en el año 1888. De otro, la *probation* fue instituida en Norteamérica en el año 1878 y, en seguida, semejante modelo fue implantado en Inglaterra, en el año 1887. En este sentido, Maqueda Abreu apostilla que fue introducido “primero en Norteamérica (a través de la *Massachusetts Probation Act* de 1878) y, poco después, en Inglaterra (a partir

---

<sup>693</sup> Cfr, GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p.295.

<sup>694</sup> Cfr, SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 289

<sup>695</sup> Cfr, SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., pp. 291/292. En este sentido, GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p.296. MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. *Algunas consideraciones...* Op. Cit., p.235.



de la Ley de 8-VIII-1887, que se intitulaba *An Act to permit the conditional Release of first offenders in certain cases*<sup>696</sup>.

Maqueda Abreu explica que el surgimiento de la *probation* ha sido resultado de un largo proceso evolutivo, experimentado a partir de diversos institutos como “*la recognizance o binding over* (suspensión condicional del pronunciamiento de la condena, con o sin garantías, bajo la promesa formal por parte del inculpado de observar buena conducta), el *bail* (libertad provisional bajo caución), o el *provisional filing of cases* (archivo provisional del asunto bajo reserva del cumplimiento de ciertas condiciones), de uso generalizado no sólo en el primero de esos países, sino también en las colonias americanas desde los inicios del siglo XIX, constituyen, en realidad, una primera etapa todavía rudimentaria del desenvolvimiento de la *probation*”<sup>697</sup>.

Es relevante recalcar que la historia apunta que ya en el año 1820 algunos magistrados de Warwickshire, en Inglaterra, implementaron una especie rudimental de *probation*, sometiendo a ciertos delincuentes que tenían bajo su control a un régimen de prueba y vigilancia<sup>698</sup>. Esta tentativa se tornó más evidente a partir del año 1841, cuando algunos jueces, tanto de Inglaterra

---

<sup>696</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Suspensión condicional... Op. Cit., p. 49. Según Jiménez de Asúa, “Inglaterra fue la primera nación europea que introdujo la condena condicional, por el *Summary Jurisdiction Act*, de 1879, existiendo después sus efectos por el *Probation of first offenders Act*, de 8 de agosto de 1887, y codificando últimamente las disposiciones referentes a este punto en el *Probation of offenders Act*, de 21 de agosto de 1907”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La política criminal...* Op. Cit., p., p. 99.

<sup>697</sup> Y sigue Maqueda: “Abundando en esta idea, se ha afirmado que la diferencia más importante que separa estas prácticas judiciales de la suspensión a prueba, tal como hoy se conoce en esos países, radica en la ausencia en aquéllas de un elemento característico de ésta: la vigilancia. No obstante, parece que este complemento de carácter fundamental pudo ya encontrarse, siquiera en germen, en la mayor parte de aquellos procedimientos y fue desarrollándose paralelamente al empleo y difusión de los mismos. La exigencia de caución (*bail*) para otorgar la libertad a prueba, por ejemplo, contenía ya en sí misma, como se pone de manifiesto en el Informe de la Naciones Unidas publicado en el año 1951, ese principio esencial de la *probation*, precisamente en razón al interés financiero que para las personas que habían prestado la fianza suponía el que el individuo liberado observara las normas de conducta impuestas”. MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Suspensión condicional... Op. Cit., pp. 49/50.

<sup>698</sup> Señala Maqueda Abreu: “Pero, en todo caso, no puede ignorarse su presencia, ya iniciado el siglo XIX, como exigencia indispensable para el “tratamiento en libertad” de pequeños infractores y jóvenes delincuentes. Un sector minoritario de la doctrina señala en 1820 el ensayo de una práctica propiamente *probatoria* a instancia de ciertos magistrados de Warwickshire (Inglaterra) que precedieron a aplicar un estricto régimen de vigilancia sobre los delincuentes que tenían bajo su competencia, para lo cual disponían de un registro de personas de confianza a las que asignar esa misión”. MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Suspensión condicional... Op. Cit., p. 50.

como de Norteamérica, pasaron a autorizar la libertad del sujeto, bajo condición y vigilancia, con la finalidad de evitar los efectos negativos de la prisión<sup>699</sup>. De forma que estas prácticas se constituyeron en factores históricos embrionarios, que permitieron desarrollar la idea de vigilancia y, consecuentemente, el instituto de la *probation*. Además, tal «tratamiento en libertad» estaba perfectamente justificado desde el punto de vista humanitario y bien amoldado a los planteamientos e informes de la ONU. Por lo tanto, lleva razón Maqueda Abreu cuando aduce que “fueron, en realidad, los primeros *probation officers*, hasta que, años más tarde, se creara con carácter oficial —primero en el Estado de Massachussets (el “*state agent*”, 1869) y después en Londres (“*pólíce court missionnary*”, 1879)—, un cuerpo especial para control y la vigilancia de individuos que se hallaban en esa situación de libertad condicionada”<sup>700</sup>. Y así, se forma el concepto de prueba y vigilancia, estimulado por la idea de evitar los efectos nocivos de la pena de prisión.

Es importante señalar que, en la *probation*, la responsabilidad penal del delincuente debe ser reconocida por el Juez o Tribunal sentenciador. Sin embargo, no se pronuncia la sentencia, sometiendo el culpado a un periodo de prueba vigilada. De esta manera, si el delincuente viene a cumplir las condiciones fijadas en la sentencia condenatoria, la pena jamás será pronunciada, limitando todo este proceso, como apuntan Jescheck–Weigend, “a una declaración formal de culpabilidad”<sup>701</sup>.

Así, satisfechas las obligaciones y respetadas las reglas establecidas durante el plazo de prueba, al reo no se le constará ningún antecedente penal<sup>702</sup>. Sobre ese sistema, Gracia Martín–Boldova Pasamar–Alastuey Dobónaducen que “el Juez o Tribunal, una vez que haya declarado la culpabilidad del encausado, interrumpe el proceso, no pronunciando la sentencia ni imponiendo en consecuencia la pena en la misma, a fin de

---

<sup>699</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Suspensión condicional... Op. Cit., p. 50.

<sup>700</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Suspensión condicional... Op. Cit., p. 51.

<sup>701</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 86.

<sup>702</sup> Sobre el sistema anglo-americano, señala Maqueda Abreu que en “éste, se suspende no ya la ejecución de la pena sino el pronunciamiento del juicio o sentencia de condena (*sentencing*) en tanto que queda pendiente de cumplimiento la condición y/o condiciones a que se somete el individuo puesto a prueba”. MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Suspensión condicional... Op. Cit., p. 41. *Vid.* BARQUÍN SANZ, Jesús. «La suspensión condicional ...». Op. Cit., p. 7.

someter al reo a un período de prueba; durante este período el sujeto está obligado a la observancia de las reglas de conducta que le haya fijado el Juez o Tribunal y queda sometido a la vigilancia y tutela de los delegados de prueba; en el caso de que el reo no haya delinquido durante ese período de prueba, el Juez o Tribunal no dictará nunca la sentencia y, por ello, al reo no le queda ningún antecedente penal”<sup>703</sup>.

Conforme bien explican Jescheck–Weigend, en la «*probation*» lo que se declara, en primero momento, es la culpabilidad del reo (*conviction*) —su responsabilidad penal— no pronunciándose la condena (*sentence*) hasta que se concluya el plazo en que el condenado esté sometido a prueba y que se observe que éste cumplió las imposiciones determinadas por el Magistrado<sup>704</sup>. La lección de Nuñez y Paz sintetiza el sistema anglosajón: “en la *probation system* o sistema de prueba anglo-americano, una vez que el sujeto ha sido declarado culpable —*guilty*—, esto es, constatada la culpabilidad —*conviction*—, el juez suspende el pronunciamiento de la condena e impone una serie de «obligaciones» o «cargas» de carácter educacional o resocializador al imputado que éste deberá observar durante un determinado período de tiempo, aunque bajo el control, dirección y asistencia, bien del propio Tribunal, bien del «agente de prueba» —*probation officer*—. Transcurrido el periodo de tiempo predeterminado, el reo debe comparecer de nuevo ante el tribunal, que a la vista del cumplimiento o no de las condiciones que se establecieron, acuerda dejar sin efecto la condena o pronunciamiento del fallo —*sentence*—”<sup>705</sup>.

Es oportuno remarcar que, a diferencia de la legislación española, la legislación anglosajona permite que la culpabilidad sea reconocida y declarada en momentos distintos. De forma que este mecanismo procesal posibilita que el juez valore si el mero hecho de reconocer la culpabilidad del sujeto es

---

<sup>703</sup> GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 295. Vid. BARQUÍN SANZ, Jesús. «La suspensión condicional de la ejecución de las penas privativas de libertad desde una teoría integral del Derecho penal (101 propuesta para discusión en doctorado)». (Inédito), material utilizado durante el Curso de Doctorado en Derecho Penal y Política Criminal de la Universidad de Granada, Granada, 19 de marzo de 2007, p. 6/7.

<sup>704</sup> Vid., JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 76.

<sup>705</sup> NÚÑEZ Y PAZ, Miguel Ángel. «La aplicación de La *probation* en el derecho positivo. Suspensión del fallo y suspensión condicional de La pena», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, Madrid, 2005, p. 706.

suficientemente fuerte para alcanzar los efectos preventivo-especiales, prescindiéndose así de la efectiva aplicación de la pena de prisión. Sobre este aspecto procesal opina Marín de Espinosa Ceballos que “se considera que la mera declaración de culpabilidad puede ser más eficaz que la propia amenaza de una pena. Por este motivo, la pena sólo se impondrá al delincuente en el caso de que no aproveche las posibilidades que se le ofrecen de resocialización”<sup>706</sup>.

Más curioso todavía es constatar que, aunque esta no sea la regla general, la legislación de algunos estados de Norteamérica permite que la *probation* sustituya tanto al reconocimiento de la culpabilidad como a su declaración y la imposición de la pena, evitando, por lo tanto, el estigma de la condena. En este sentido, la pluma de Núñez y Paz señala: “En algunos Estados (Massachusets, Florida y Maryland) la *probation* puede ser dictada sin que la culpabilidad haya sido establecida, si bien no es ésta la regla general”<sup>707</sup>. Y sigue el autor en cita: “El juez puede suspender el pronunciamiento de la condena o la ejecución de la pena, aunque este último sistema no se aplica en la práctica en cuanto es considerado contrario a la finalidad esencialmente resocializadora de la *probation*, ya que impone al delincuente el estigma de la condena y le carga con unos antecedentes penales que pueden dificultar su rehabilitación”<sup>708</sup>.

Nada más sencillo es constatar que tal característica procesal anglo-americana no se asemeja a la forma del procedimiento continental, ya que, en esta última, la declaración de culpabilidad (*conviction*) y la imposición de la pena (*sentence*) “aparecen unidos en el fallo o parte dispositiva de la sentencia”<sup>709</sup>. No obstante, conviene decir que, en España, el Proyecto de 1980 y la Propuesta de 1983 adoptaron este modelo anglosajón, al proponer la

---

<sup>706</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. *Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código Penal de 1995*. En *Actualidad penal*, Número 35, 2000, p. 743.

<sup>707</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. *Suspensión condicional...* Op. Cit., p. 50.

<sup>708</sup> NÚÑEZ Y PAZ, Miguel Ángel. Op. Cit., p. 710.

<sup>709</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. *Algunas consideraciones...* Op. Cit., p. 233. Explica Jiménez De Asúa: “El llamado *sistema anglo-americano (Probation System)*, que consiste en suspender condicionalmente el pronunciamiento de la sentencia, y en que el delincuente, así perdonado, queda bajo la vigilancia y el amparo de los *probation officers*” JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La política criminal...* Op. Cit., p., p.85.

suspensión del fallo. La doctrina de Núñez y Paz apostilla que “la suspensión del fallo fue una de las principales novedades, junto a la tradicional suspensión condicional de la pena, del Proyecto de Código penal de 1980, y se mantuvo con modificaciones, por la Propuesta de Anteproyecto de 1983”<sup>710</sup>. Y sigue el autor en cita: “La suspensión del fallo es, como vimos, una opción sostenida sobre todo en los sistemas inglés y norteamericano de *probation*; mientras que, en general, en otros países —como los continentales— se pronuncia la condena y se suspende la ejecución”<sup>711</sup>. A pesar de las ventajas que tal instituto parecía suponer como, por ejemplo, por el hecho de evitar la inscripción de la condena en el Registro Central de penados, tal propuesta no fue introducida en España<sup>712</sup>.

En Alemania la *probation* existe cuando se trata de delitos cometidos por menores. Otra forma cercana a la *probation* es la amonestación con reserva de pena, pero que no suele ser frecuentemente aplicada. En este sentido, Jescheck–Weigend aducen que “la *probation* sólo existe en Alemania en forma de sustitución de la imposición de la pena en Derecho penal juvenil (§§ 27 ss. JGG). En el Derecho de adultos, una de las formas alemanas de condena condicional cercana a la *probation* es la amonestación con reserva de pena (§§ 59 ss.) que, sin embargo, rara vez es aplicada (vid. *Infra* § 80 I 2). La autentica *probation* existe en Derecho penal belga, así como en el Código penal francés de 1994 (art. 132-58)”<sup>713</sup>.

A pesar de los diversos planteamientos favorables a la implantación del modelo anglosajón en España, Barquín Sanz, con razón, recuerda que la *probation* presenta algunos problemas específicos que se enfrentan sobre todo al principio de legalidad y también a algunas cuestiones referentes a la sumisión de los jueces a la ley. Apostilla el citado penalista que “aspectos tales

---

<sup>710</sup> NÚÑEZ Y PAZ, Miguel Ángel. Op. Cit., p. 740.

<sup>711</sup> NÚÑEZ Y PAZ, Miguel Ángel. Op. Cit., p. 740.

<sup>712</sup> Afirma Giménez García: “Lamentablemente, el Código ha renunciado, parece que definitivamente, a la introducción de otra institución paralela vigente en muchos ordenamientos de nuestro entorno: nos referimos a la suspensión del fallo, que sí se encontraba prevista en el Proyecto de 1980 y en la Propuesta de 1983 —arts. 92 y ss.—, que la incluía regulándola junto con la remisión condicional”. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (Dirección)—LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (coordinador). *Comentarios al Código penal*. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 2007, p. 626.

<sup>713</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich—WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 87.

como la indeterminación legal de las condiciones a imponer, así como el peso excesivo que puede tener en la valoración del período de prueba el delegado de *probation* (*probation-officer*) constituyen una importante traba a la hora de implantar dicho sistema en Ordenamientos jurídicos donde el principio de legalidad constituye un barrera formalmente infranqueable”<sup>714</sup>. Este argumento sin duda merece acogida especialmente porque la valoración del periodo de prueba debe ser tarea exclusiva de los magistrados. De forma que, para que se pueda adoptar tal sistema, la participación del delegado debe ser establecida de forma limitada, resumiéndose a acompañar, asistir e informar sobre la evolución del periodo de prueba.

La *probation* presenta algunos rasgos específicos, esenciales e inherentes a este tipo de sistema que son los siguientes: a) *la determinación de condiciones*; b) *el control y la vigilancia*; c) *la diagnosis*.

El primer elemento es la imposición, durante determinado período, de condiciones y de reglas de conductas orientadas a permitir la reintegración social del individuo. Las condiciones que serán fijadas para que el delincuente las cumpla podrán ser las más variadas<sup>715</sup>, puesto que dichas obligaciones se amoldan a las peculiaridades del Ordenamiento jurídico de cada país<sup>716</sup>.

El control y la vigilancia —segunda característica— consisten en imprescindibles actividades para concretar la reinserción del delincuente en la sociedad, ya que es por medio de estas acciones que se lleva a cabo el tratamiento necesario a la recuperación del criminal. Además, conforme asegura Marín de Espinosa Ceballos, estos procedimientos son necesarios para que el Tribunal sea informado “acerca de la evolución del reo y de los resultados de la prueba”<sup>717</sup>. De modo que, mediante la ejecución de la actividad

---

<sup>714</sup> BARQUÍN SANZ, Jesús. «La suspensión condicional ...». Op. Cit., pp. 6/7.

<sup>715</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. Op. Cit., p. 743.

<sup>716</sup> Afirma Núñez y Paz: “(...) con diversidad de matices probatorios complementarios de imposición facultativa de reglas de conducta en el Proyecto de 1980 y de prognosis en la Propuesta de 1983, que parece acercarse, aunque tímidamente, a las disposiciones legislativas de los países continentales tales como el *sursis* con *mise à l'épreuve* del Derecho francés, con imposición de *regles de conduite* del Derecho suizo, o la *Strafaussetzung zur Bewahrung* del Derecho alemán, en cuanto que dichas disposiciones establecen «instrucciones», «obligaciones» o «reglas de conducta», con la supervisión, ayuda o asistencia del agente de prueba”. NÚÑEZ Y PAZ, Miguel Ángel. Op. Cit., pp. 740/741.

<sup>717</sup> MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena. Op. Cit., p. 744.

de control se desarrolla tareas como, v.g., la “de vigilancia, de asistencia y de orientación al inculpado con el fin de que pueda superar los problemas que se presenten durante su readaptación social”<sup>718</sup>. También, hay que advertir que la vigilancia y el control son, como testifica Maqueda Abreu, importantes componentes que integran el sistema de la *Probation* “desde su aparición en el contexto político penal y que hacen aún hoy de ella una medida funcional respecto de las estructuras características del sistema socio-económico y político actual”<sup>719</sup>.

Ahora bien, toda esa actividad de control y de vigilancia deberá ser ejercida por un funcionario especializado —técnicamente *denominado oficial o agente de prueba*— que ejercerá una relación profesional y personal objetiva con el culpado, con la intención de, una vez obtenida su confianza, dirigirle, influenciarle y orientarle durante el periodo de prueba<sup>720</sup> para que, al final, sea posible su resocialización definitiva<sup>721</sup>. De manera que este control y esta vigilancia distan mucho de ser meras diligencias “policiales o para-policiales destinados a la comprobación de buena conducta durante el período de prueba”<sup>722</sup>. Al contrario, más que simples fiscalización, el control y la vigilancia se constituyen en significativas formas de tratamiento; más que una represión estatal, estos son una interferencia directa y firme en la personalidad, en el modo de vida y en el sentido moral del culpado. Maqueda Abreu, destaca la postura que defiende las Naciones Unidas, comenta que “la vigilancia en *probation* adquiere la dimensión precisa que se espera de ella, la de «un tratamiento fundado sobre las ciencias sociales y psicológicas y practicado conscientemente como una actividad profesional» que se ejerce dentro de un cuadro de control gradual según las necesidades del «externo»”<sup>723</sup>.

Además, cabe sostener que la vigilancia es una particularidad exclusiva de este sistema, siendo la más substancial y nítida diferencia entre éste y el

---

<sup>718</sup> *Ibidem supra*.

<sup>719</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Algunas consideraciones... Op. Cit., p. 229.

<sup>720</sup> Vid también, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel – PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 476.

<sup>721</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Algunas consideraciones... Op. Cit., p. 230/231.

<sup>722</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Algunas consideraciones... Op. Cit., p. 230.

<sup>723</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Algunas consideraciones... Op. Cit., p. 231.

sistema belga-francés. Así, resulta oportuno señalar que tal vigilancia asume papel indispensable en este sistema y cuenta con una enorme estructura preparada para responder a las diversas actividades y al elevado número de demandas. Es importante apuntar que, Según Smith («*Chief Inspector del HM Inspectorate of Probation del Home Office*») el servicio de la *probation* de Inglaterra y País de Gales presenta importante estructura para su funcionamiento, tanto es verdad que en el año 1997 poseía presupuesto anual de aproximadamente 400 millones de libras y 16.500 funcionarios que vigilan a 180.000 delincuentes, enviando a los tribunales cerca de 240 mil expedientes por año<sup>724</sup>.

La tercera característica es la necesidad de existencia de una diagnosis sobre la persona del culpado, demostrando en qué categoría criminológica está encuadrado. A partir de ahí, se emitirá un pronóstico sobre la viabilidad o no de se ejecutar un tratamiento. Sin duda, este factor revela el carácter eminentemente individualizador de la Probation, puesto que previamente se busca investigar y conocer el individuo, a través de un análisis científicamente riguroso. Por ello, señala Maqueda Abreu que “toda decisión de *probation* debe ir precedida de un examen social y psicológico y, en su caso, médico, que posibilite la clasificación del autor concreto en alguna de las categorías criminológicas previamente establecidas —lo que se conoce como *diagnosis*— para sobre esa base emitir el juicio de *pronóstico* correspondiente y, respecto del cual, la opción *probation simple suspensión*, antes aludida, se hará depender de la decisión «científica» acerca de la necesidad o no de tratamiento en el caso particular”<sup>725</sup>.

Importantes voces doctrinales, aseguran que la *Probation* es un sistema extremadamente ventajoso, porque se procesa de forma más firme la individualización de la pena y cumple a menudo las aspiraciones preventivas especiales. Además, entre otros argumentos, los estudiosos sobre el tema revelan que la *probation* anglo-americana no limita el ejercicio de los derechos

---

<sup>724</sup> SMITH, Graham. «Desenvolvimentos recentes no serviço de *probation* na Inglaterra e País de Gales», en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, trad. PEREIRA, Luís de Miranda, v. 7, n. 2, Coimbra, 1997, pp. 176/177.

<sup>725</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Algunas consideraciones... Op. Cit., p. 232.



políticos ni laborales, como también veda la posibilidad de constar antecedentes penales en nombre del acusado<sup>726</sup>.

## **2. Sistema belga-francés.**

El modelo belga-francés fue instituido por primera vez en Bélgica, el 31 de mayo del año 1888, y para ello contó con la efectiva participación del Ministro Le *Juene*. En seguida, el Parlamento francés igualmente aprobó, el 26 de marzo de 1891, la *Ley Berénger o Ley del Sursis*<sup>727</sup>. No obstante, conviene señalar que el primer proyecto sobre tal modalidad de condena condicional fue presentado originalmente por el senador republicano René Berénger (1830-1915<sup>728</sup>), en Francia, en el año 1884. El objetivo de tal proyecto era proteger a los delincuentes primarios, evitando que fueran sometidos a los efectos criminógenos de prisión. La cronología atinente a la creación de este instituto ha sido bien detallada por Yañez Román: “la disculpa fundamentada en consideraciones de orden cronológico —el primer proyecto francés sobre la condena condicional fue presentado al Parlamento del país galo por René Berénger el 23 de mayo de 1884, siendo aceptado en líneas generales por Bélgica el 31 de mayo de 1888, ‘*loi établissant la liberation conditionnelle et les condamnations conditionnelles dans le système penal*’ patrocinada por el

---

<sup>726</sup> Vid, MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. *Algunas consideraciones...* Op. Cit., p. 233/234.

<sup>727</sup> La Ley Berénger (art 1º): “En cas de condamnation à l'emprisonnement ou à l'amende, si l'inculpé n'a pas subi de condamnation antérieure à la prison pour crime ou délit de droit commun, les cours ou tribunaux peuvent ordonner par le même jugement et par décision motivée qu'il sera sursis à l'exécution de la peine.

Si, pendant le délai de cinq ans à dater du jugement ou de l'arrêt, le condamné n'a encouru aucune poursuite suivie de condamnation à l'emprisonnement ou à une peine plus grave pour crime ou délit de droit commun, la condamnation sera comme non avenue”.

<sup>728</sup> Según Sanchez: “le sénateur René Bérenger (1830-1915) mène de 1853 à 1870 une carrière de juriste : tour à tour procureur impérial de Bernay, de Neufchâtel, substitut du procureur de la cour de Grenoble, il est ensuite avocat près la cour de Lyon (Joly H., *Revue des Deux Mondes*, 1915). En 1871, il est élu député de la Drôme et, républicain convaincu, siège au centre gauche (Mayeur J.-M., Corbin A., 1995). Vice-président du Conseil supérieur des prisons depuis 1876 et fondateur de la Société générale des prisons en 1877, il est persuadé du bien fondé de la valeur morale de la peine”. SANCHEZ, Jean-Lucien. Les lois Bérenger (lois du 14 août 1885 et du 26 mars 1891) *Revista CRIMINOCORPUS*. 2005. Dossier n.º 1. Disponible en internet: <http://www.criminocorpus.cnrs.fr/article44.html> ISSN 1776-0720

Ministro Le Juene, y en Francia por la '*Loi du 26 mars 1891 sur l'attenuation et l'aggravation des peines*' [*Loi Berénger o Loi du sursis*]"<sup>729</sup>.

Antes de explicar las características de este modelo, conviene destacar un importante dato histórico, cual es que la *sursis* obtuvo excelentes resultados, desde su nacimiento. Pues, según Badinter, los datos de la administración de Justicia Criminal francesa, en el año 1901, revelan que la *sursis* fue concedida a 34.532 personas y de todo esto número tan sólo 2.081 beneficios fueron revocados, lo que demostró, ya en estos momentos, ser un instrumento eficaz y útil desde el punto de vista preventivo-especial<sup>730</sup>.

Sin duda, los planteamientos político-criminales y preventivo-especiales impulsaron la creación de este instituto en Europa continental. Ello porque, como se ha dicho, la idea central era (y es) la de evitar los perjuicios provocados por la ejecución de la pena privativa de libertad, especialmente al delincuente ocasional<sup>731</sup>. En esta línea, Jescheck–Weigend afirman que el “sentido de la *sursis* reside sobre todo en que con ella, por motivos preventivo-especiales, son evitados los daños anudados a la ejecución de penas de prisión de corta y larga duración (por ejemplo, pérdida del puesto de trabajo, desintegración de la familia, desocialización a través de la prisión)”<sup>732</sup>.

Es importante decir que las primeras leyes sobre la condena condicional surgieron en Europa continental, las últimas décadas del siglo XIX, cuando este continente pasó a presentar un ambiente viable a su desarrollo y reglamentación, tanto desde el punto de vista ideológico como económico y social. Finales del siglo XIX, la situación socio-económica europea era más favorable y los movimientos contrarios a la ejecución de la pena de prisión se mostraban cada vez más fuertes. Como bien apunta Maqueda Abreu “la suspensión condicional de la pena fue importada al continente europeo en un momento histórico preciso (finales del siglo XIX) y no antes. Bien es cierto que requería para su arraigo una ideología legitimadora que no nació hasta bien

---

<sup>729</sup> YAÑEZ ROMÁN, Pedro-Luis. «La condena condicional... », Op. Cit., p. 311.

<sup>730</sup> BADINTER, Robert. *La prison républicaine (1871-1914)*. Paris, Ed. Fayard 1992, pp. 247/266.

<sup>731</sup> Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La política criminal...* Op. Cit., p., p. 85.

<sup>732</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 86.

avanzado ese siglo de manos del positivismo, pero no lo es menos que precisaba para su puesta en práctica de unas condiciones socio-económicas favorables. Y éstas lo fueron, para la mayor parte de los países europeos, las dos últimas décadas del siglo XIX (hasta la Primera Guerra Mundial) precisamente cuando aparecen en Continente los primeros proyectos (1884, en Francia) y leyes (1888 en Bélgica) sobre la institución”<sup>733</sup>.

Conviene señalar que en estos tiempos se realizaron varias manifestaciones en contra de la ejecución de la pena de prisión, sobre todo la de corta duración. Por ejemplo, puede destacarse: el Congreso de Prisiones de Londres, en 1872; de Estocolmo, en 1878; de Roma, en 1885; de San Petesburgo, en 1890; de Paris, en 1895; y Budapest, en 1905<sup>734</sup>. Este escenario, pues, sin duda, facilitó el surgimiento de la condena condicional.

Trazado el perfil histórico, pasamos ahora a apuntar las características de la *sursis*. El modelo belga-francés (la *sursis*) es diferente del sistema anglosajón (*la probation*)<sup>735</sup>. En la *sursis* el Juez o Tribunal dicta el veredicto de culpabilidad del reo e impone la consecuencia jurídica, es decir, determina la pena (privativa de libertad). No obstante, a la continuación suspende la ejecución de la pena establecida<sup>736</sup>. Y así se observará si el sentenciado no vuelve a delinquir durante el plazo de suspensión y caso cumpla esta condición la pena (establecida en sentencia) será definitivamente remitida. A diferencia de la *probation*, conforme explican Jescheck–Weigend, “no sólo es comprobada la culpabilidad, sino que también se falla la pena a imponer aunque su ejecución es suspendida condicionalmente”<sup>737</sup>.

---

<sup>733</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Suspensión condicional... Op. Cit., pp. 54/55.

<sup>734</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Suspensión condicional... Op. Cit., p. 56

<sup>735</sup> BARQUÍN SANZ, Jesús. «La suspensión condicional ...». Op. Cit., p. 6

<sup>736</sup> Cfr., GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 295.

<sup>737</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit., p. 87. Explica Barquín Sanz: “En la *sursis*, el Juez o Tribunal dicta la sentencia, la cual ha de contemplar necesariamente no sólo la declaración de culpabilidad, sino también la condena y la pena impuesta. No obstante la ejecución de dicha pena, generalmente privativa de libertad, se deja en suspenso. Si el condenado no vuelve a delinquir en el plazo que se determine, la pena queda remitida, aunque en principio seguirá subsistente la anotación en el registro de antecedentes correspondiente”. BARQUÍN SANZ, Jesús. «La suspensión condicional ...». Op. Cit., p. 6

Al margen de sus patentes distinciones de orden sustancial, lo cierto es que tanto la *sursis* como la *probation* se identifican en dos aspectos: por un lado, los dos institutos se proponen instrumentalizar las condiciones legales necesarias con el fin de evitar los efectos negativos de la pena de prisión; y por otro, son instrumentos político-criminales “*de lucha frente a las penas cortas de privación de libertad*”<sup>738</sup>. Como ha puesto de manifiesto Maqueda Abreu “la suspensión condicional —el también llamado por los franceses “*sursis simple*”— no presentaba una fisonomía idéntica a la *probation* cuando apareció en Europa. Probablemente su único punto de enlace era la finalidad común que, en un principio, inspiraba a ambas: sustraer el ambiente criminógeno de la prisión a una determinada categoría de delincuentes”<sup>739</sup>.

Como se puede examinar, aunque los resultados que se pretenden alcanzar a través de los dos modelos sean los mismos —evitar la pena privativa de libertad, *in casu*, la de corta duración—, estos modelos son institutos sustancialmente distintos. Tanto es verdad que, además de las características que fueron mencionadas, referentes a la especificidad de uno y otro instituto, Barquín Sanz añade que en la *sursis simple* “no es frecuente la imposición de reglas de conducta o condiciones distintas de no volver a delinquir”<sup>740</sup>. Otra llamativa diferencia es que, en la *sursis*, lo que se suspende es la ejecución de la pena y en la *probation* se interrumpen el pronunciamiento de la sentencia y la imposición de la pena. Así que, en la *probation*, la pena no llega a ser efectivamente aplicada. En esta perspectiva, aclaradora es la explicación de Maqueda Abreu que subraya que la declaración de culpabilidad y el pronunciamiento del juicio de condena es uno de los factores que “definen el *sursis* continental y permiten distinguirlo, en una primera aproximación, de instituciones afines, tales como la *Probation* anglo-americana (suspensión de la sentencia condenatoria y no sólo de la pena)”<sup>741</sup>.

Aún se puede añadir dos diferencias más: De un lado, es que no son características propias de la *sursis simple* las preocupaciones asistenciales y

---

<sup>738</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Suspensión condicional... Op. Cit., p. 56

<sup>739</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. Suspensión condicional... Op. Cit., p. 55.

<sup>740</sup> BARQUÍN SANZ, Jesús. «La suspensión condicional ...». Op. Cit., p. 6

<sup>741</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. *Suspensión condicional*... Op. Cit., p. 38.

de vigilancia del culpado. La vigilancia<sup>742</sup> es un elemento esencial de la *probation* y no de la *sursis*. La segunda, es que, en el modelo belga-francés, el sujeto permanece con sus antecedentes penales tras el cumplimiento del plazo de suspensión, a diferencia de lo que ocurre en la *probation*. En esta vertiente, apuntan Gracia Martín–Boldova Pasamar–Alastuey Dobón que “permanece el antecedente penal aunque quede remitida la pena, lo que es decisivo a efectos de una posterior reincidencia; durante el periodo de prueba, el reo no goza de ninguna asistencia ni se le dispensa ningún tratamiento”<sup>743</sup>.

Sin embargo, es importante aducir que la tendencia legislativa actual, especialmente en el continente europeo y sudamericano, es optar por un modelo híbrido, instituido con rasgos de los dos modelos, consistente en suspender la pena y someter el culpado a prueba. El Código penal Español (así como el Código de otros países), ha acogido este modelo. Barquín Sanz explica que “el modelo mixto consiste en la suspensión condicional de la pena con sometimiento a prueba, en el que se pretende compensar con uno las carencias del otro. Se trata de la solución imperante en el Derecho continental europeo que, si bien coincide prácticamente con el modelo de la *sursis* simple (hay declaración de culpabilidad e imposición de una pena mediante sentencia), se diferencia de ésta en que, al igual que hace la *probation*, otorga a los jueces la posibilidad de someter al condenado, aparte de a la obligación de no delinquir, a otro tipos de deberes o de controles que el sujeto suspendido también deberá cumplir durante un determinado periodo de suspensión fijado en sede judicial si quiere ver finalmente remitida su pena”<sup>744</sup>.

---

<sup>742</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. *Suspensión condicional...* Op. Cit., p. 50.

<sup>743</sup> GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p.295.

<sup>744</sup> BARQUÍN SANZ, Jesús. «La suspensión condicional ...». Op. Cit., p. 7.

Necesario es añadir aún un comentario final<sup>745</sup>. Es que el Texto punitivo de 1995 había implantado en España, al establecer tal modelo mixto, una importantísima novedad que era la imposibilidad de registrar antecedentes penales en disfavor del autor que cumpliera con las exigencias de plazo y condiciones impuestas por ocasión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad<sup>746</sup>. Lamentablemente, este avance fue extinguido en la reforma realizada por la LO 15/2003, conforme se verifica en los términos de la actual redacción del art. 82 CP<sup>747</sup>. En este sentido, señalan Gracia Martín–Boldova Pasamar–Alastuey Dobón que “la versión que inicialmente se incorporó a nuestro Código compartía con el modelo anglosajón la característica de que tras la remisión de la pena al sujeto no le quedaban antecedentes penales. Este elemento de nuestra regulación ha desaparecido tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003”<sup>748</sup>. De tal forma

---

<sup>745</sup> En el año 1999, fue publicado artículo de Silva Sánchez que señalaba: “Las penas respecto de las cuales se ha acordado la condena condicional no se anotan en el Registro Central de Penados y Rebeldes, sino en una sección especial del mismo con el epígrafe «Condena Condicional» (art. 11 de la Ley de 17 de marzo de 1908). Dicha sección es de acceso limitado, como ahora especifica también el art. 82 del nuevo Código Penal, que indica que a dicha sección sólo podrán pedir antecedentes los Jueces y Tribunales. Es, pues, fundamental subrayar que la pena suspendida no accede en sentido propio al Registro Central de Penados y Rebeldes, lo que tiene una obvia trascendencia en la vocación resocializadora de la suspensión condicional de la ejecución de la condena”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. «La suspensión condicional de la ejecución de la pena principal privativa de libertad y la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio», en *Actualidad penal*, n. 39, Madrid, 1999, p. 757.

<sup>746</sup> Registra MIR PUIG: “La LO 15/2003 ha suprimido, en cambio, una importante novedad de la regulación de 1995, cual era la restricción del acceso a la anotación registral de la condena suspendida durante el período de prueba y su completa cancelación si se cumplían las condiciones de la suspensión”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 691.

<sup>747</sup> Sólo a título de comparación, véase la redacción actual y la modificada

*Redacción actual, según Ley Orgánica 15/2003:*

«Art. 82. Declarada la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos establecidos en el artículo anterior, los jueces o tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena». Código penal actual.

*Redacción anterior:*

«Art. 82. Declarada la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos establecidos en el artículo anterior, los Jueces o Tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena.

Mientras tanto, no comunicarán ningún antecedente al Registro Central de Penados y Rebeldes.

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

<sup>748</sup> GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 296.

que Villacampa Estiarte–Torres Rosell–Luque Reina consideran que “el mencionado carácter híbrido se ha visto atemperado con la reforma operada por la LO15/2003, de 25 de noviembre, que ha suprimido la referencia que contenían los arts. 82 y 85 CP a la Sección Especial del Registro Central de Penados y Rebeldes, una sección con publicidad limitada donde se inscribían las condenas en caso de suspensión (...)”<sup>749</sup>.

Desde nuestro punto de vista, entendemos que el modelo híbrido parece ser más eficiente que los demás, puesto que al permitir que el juez establezca las condiciones y las reglas de conductas necesarias a su resocialización, concede la oportunidad de realizarse un tratamiento más individualizado, más adecuado al caso concreto y que responda mejor a los planteamientos preventivo-especiales.

### ***III. La Suspensión en la actual legislación penal española. Referencia a la regulación legal.***

El Código penal español regula la suspensión de la ejecución de la pena, como una forma sustitutiva de la ejecución de la pena privativa de libertad, en la Sección 1ª del Capítulo III del Título III del Código Penal, bajo la rúbrica de *La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*, en los artículos 80 a 87. Se trata de una medida que suspende la ejecución de la pena privativa de libertad, durante un periodo de prueba, a que debe estar sometido el condenado, debiendo observar todas las condiciones impuestas. En palabras de Colmenero Menéndez de Luarca, “es una nueva oportunidad para quien ha delinquirido por primera vez cometiendo un delito no grave, con lo cual se le

---

<sup>749</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina–TORRES ROSELL, Núria–LUQUE REINA, M. Eulàlia. Op. Cit., p. 24. Sobre este tema, apunta Maqueda Abreu: “La finalidad preventivo-especial de esta disposición estaba fuera de duda. Una de las ventajas reconocidas al sistema anglosajón de probation es, precisamente, la de evitar el criminógeno efecto de los antecedentes penales sobre quien tiene reconocido un pronóstico favorable de no delincuencia futura y es, en razón a él, que se le exima de pena. La reciente reforma de noviembre de 2003 ha dado al traste, sin justificación alguna, no se sabe si por ignorancia de su alcance o por su probada obsesión punitiva, con una de las fórmulas más originales introducidas por el legislador de 1995 en orden a posibilitar el mandato constitucional de resocialización (art. 25,2 CE)”. ZULGALDÍA ESPINAR, José Miguel (director)–otros. *Derecho penal. Parte general*. 2ª Ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2004, p. 105. Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. «La suspensión condicional de la ejecución de la pena principal privativa de libertad ...», Op. Cit., 1999, p. 757.

permite demostrar su integración social, abandonada al infringir el Ordenamiento penal, sin necesidad de ser sometido a una privación de libertad con el control que ello lleva consigo”<sup>750</sup>.

Esta materia, fue regulada por primera vez en España por la Ley de 17 de marzo de 1908<sup>751</sup>. Estuvo en vigor hasta 1995, cuando fue derogada por expresa disposición del nuevo Código penal, que instituyó a partir de ahí la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Evidentemente que, durante todo en curso de su existencia, varias modificaciones se realizaron, siendo las más recientes, introducidas por la entrada en vigor del Código penal del 95 y por las reformas introducidas por la Leyes Orgánicas 11/1999, 15/2003 y 1/2004.

Actualmente, la pena privativa de libertad, fijada en periodo no superior «a dos años» (salvo los casos excepcionales que serán posteriormente abordados), puede ser suspendida, conforme determina la legislación española, «mediante resolución motivada», atendiendo «fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto», “a condición de que el sujeto no vuelva a delinquir o de que cumpla ciertas condiciones dentro de cierto plazo”<sup>752</sup>. Desde la perspectiva que se esboza, resulta evidente decir que el legislador español optó por modificar el sistema que estaba regulado en el Ordenamiento jurídico español por casi un siglo —que era el sistema Belga-Francés de la *sursis* (la *remisión o condena condicional*)— pasando a insertar, a partir del Código del 95, características originarias del sistema anglosajón de la *probation*. Ante esa alteración, cierto sector doctrinal, con mucha propiedad, propaga que el Código

---

<sup>750</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 181.

<sup>751</sup> En el Ordenamiento jurídico brasileño, la suspensión condicional de la pena fue instituida originalmente por el Decreto n.º 16.588 de 06 de septiembre de 1924, conforme delegación de la Ley n.º 4.577 de 05 de septiembre de 1922. BEMFICA, Francisco Vani. Op. Cit., p. 264. En este exacto sentido, también destaca Magalhães Noronha que este instituto surge a partir de la entrada en vigor del Decreto n.º 16.588, de 06 de septiembre de 1924, época en que João Luís Alves ejercía el cargo de Ministro de Justicia de Brasil. MAGALHÃES NORONHA, E. Op. Cit., p. 298.

<sup>752</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 690.



de 1995 implementó un modelo híbrido, en que se mantuvo los rasgos tradicionales de la *sursis*, añadiendo componentes de la *probation*<sup>753</sup>.

Diversas características exclusivas del sistema de la *probation* fueron incorporadas a este instituto, como, por ejemplo, la imposición de obligaciones al condenado, en los casos en que se suspende una pena de prisión. Tal determinación no existía antes de la vigencia del Código de 1995. Entre otras modificaciones igualmente importantes, en primero lugar, de acuerdo con lo que revela Mir Puig, puede citarse, “la propia denominación «condena condicional» y la de «remisión condicional» que usaba el Código Penal anterior, por la más precisa de «suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad»<sup>754</sup>.

Por tanto, entre otros rasgos de la actual legislación penal, en esta materia, es oportuno analizar los aspectos que comentaremos en seguida.

## 1. Discrecionalidad judicial.

El segundo punto relevante es que el Código penal del 95 ha pasado a fijar, en el art. 80,1<sup>755</sup>, la discrecionalidad del Juez o Tribunal como vehículo propulsor de la concesión del beneficio de la suspensión<sup>756</sup>. Por tanto, en cualquier caso, la decisión sobre la concesión de tal medida ha sido conferida, por determinación legal, al Juez o Tribunal para que, de forma discrecional, decida a favor o no de la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena

---

<sup>753</sup> Refiriéndose al Código de 1995, dice Serrano Pascual que: “El modelo actual no difiere demasiado del original y de la evolución al que se ha visto sometido durante casi cien años, tal y como hemos estudiado antes. Sigue siendo esencialmente el sistema franco-belga de *sursis* que sirvió de modelo para la Ley 1908. Es decir, frente a otros posibles sistemas de prueba, en este modelo el Juez o Tribunal pronuncia la condena e impone la pena, dejando posteriormente en suspenso su ejecución durante un período que puede considerarse de prueba. No obstante, este modelo regulado en el Código Penal de 1995 introduce algunos elementos híbridos, concretamente consecuencias más propias de otros sistemas de prueba (...)”. SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 297.

<sup>754</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 691.

<sup>755</sup> Código penal español, art. 80.1 (*Redacción según Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*): «Los jueces o tribunales *podrán* dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante *resolución motivada*».

<sup>756</sup> STS, núm. 200/2006, de 20 febrero de 2006 [RJ 2006\5785]

privativa de libertad, mediante «resolución motivada». En este sentido, bien apunta Hernández Hernández que “(...) se otorga a los Jueces y Tribunales la «facultad discrecional» de conceder o no dicha suspensión cual se deriva del vocablo «podrán» (...)”<sup>757</sup>. De este modo, la suspensión no puede, en ningún caso, ser ejercida por «ministerio de la ley» —«*ex lege*»— como era admitido, en la legislación penal anterior al Código del 95 (art. 94 ACP)<sup>758</sup>. En esta línea, la jurisprudencia mayoritaria es clara al reconocer que, actualmente, el hecho de constatar la presencia de los requisitos legales objetivos no es suficiente para que se determine la inmediata concesión de la medida suspensiva, puesto que su otorga es una facultad del juzgador. A este hilo, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2000 dicta que “la mera concurrencia de los requisitos legales mínimos no es más que un presupuesto necesario para la concesión de la suspensión, pero no suficiente, pues ésta constituye una facultad motivadamente discrecional del Tribunal”<sup>759</sup>.

Así, se nota que, tras la redacción del Código del 95 y la reforma de la Ley Orgánica 15/2003 —que mantuvo la misma dirección de la Ley penal de 95—, la decisión de suspender la ejecución de la pena privativa de libertad

---

<sup>757</sup> Vid. Hernández Hernández, en comentarios al art. 80.1, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dirección). *Código penal comentado*. Tomo I, 2ª Ed., Barcelona, Editorial Bosch, 2004, p. 297. En este sentido comenta Colmenero Menéndez de Lúcar: “El art. 80.1 dispone que los Jueces y Tribunales ‘podrán’ dejar en suspenso; el art. 80.4, que ‘podrán’ otorgar la suspensión, y el art. 87.1, que el juez o Tribunal ‘podrá’ acordar la suspensión”. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 181.

<sup>758</sup> Comentando esta materia el legislación, cuando estuvo vigente el anterior Código penal, de forma indiscutiblemente clara, explicaba, en esta época, Morillas Cueva: “La concesión de la condena condicional está planteada como facultad discrecional de los Tribunales, quienes —atendidas, según establece el artículo 93, párrafo 2.º, la edad y los antecedentes del reo, la naturaleza jurídica del hecho punible y circunstancias de todas clases que concurren en su ejecución, y siempre que se den las condiciones previstas por el párrafo 1.º de dicho precepto— podrán aplicar o no la remisión condicional.

Lo anterior responde al «por sí» del párrafo 1.º del artículo 92. Sin embargo, el legislador utiliza otra posibilidad, en este caso obligatoria, siempre que se den las condiciones señaladas en el párrafo y artículo antes citado, la del ministerio *legis*.

A esta remisión condicional, denominada por algunos autores imperativa, se refiere el artículo 94, que dice: «El Tribunal aplicará, por ministerio de la Ley, la condena condicional en los casos siguientes: 1.º Cuando en la sentencia se aprecie el mayor número de los requisitos establecidos para declarar la exención de responsabilidad con arreglo a este Código. 2.º En los delitos que se persiguen a instancia del agraviado, si mediase solicitud expresa de la parte ofendida». MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias...* Op. Cit., p. 125.

<sup>759</sup> STS núm. 208/2000, de 18 de febrero [RJ 2000\871]

“siempre se confía al arbitrio del Tribunal”<sup>760</sup>. Además, añade Mir Puig que “la suspensión de la ejecución ha dejado de ser obligatoria en los delitos perseguibles a instancia del agraviado (antes lo era cuando éste lo solicitaba), aunque en ellos el Juez o Tribunal habrá de oír a éste o a quien le represente antes de tomar su decisión (art. 86). Tampoco es imperativa la suspensión en los casos de concurrencia de una eximente incompleta (a diferencia de lo que establecía el anterior art. 94)”<sup>761</sup>.

Es innecesario destacar que la forma cómo estaba redactada la remisión, en el Ordenamiento jurídico español, anterior a la vigencia del Código de 1995, permitía la formulación<sup>762</sup> de planteamientos que consideraban — mejor dicho, que constataban— que la aplicación de este beneficio era ejercida de modo automático, bastando para ello, tan sólo, comprobar la presencia de los requisitos legales exigidos<sup>763</sup> y la no existencia de antecedentes penales... Respecto a lo que se acaba de decir, Mapelli–Terradillos destacaban, antes de la vigencia del Código del 95, que “los Tribunales la vienen concediendo casi automáticamente cuando concurren las condiciones legales”<sup>764</sup>. La ausencia de un mecanismo legal, que permitiese una ponderación más refinada sobre las diversas circunstancias y conveniencias a la hora de conceder esta medida suspensiva permitía el surgimiento de planteamientos que se referían a la suspensión, incluso, como un derecho al primer delito<sup>765</sup>.

Entre tanto, como ya se lo ha dicho antes, en tiempos actuales, la ley determina que la suspensión sea concedida conforme el entendimiento

---

<sup>760</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–otros. *Manual de derecho penal, parte general*, 2ª Ed., rev. Amp, Navarra, 2000, p. 661.

<sup>761</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 691.

<sup>762</sup> Entre otros, *vid.* MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 561; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 477.

<sup>763</sup> Según Bustos Ramírez, refiriéndose al derogado Código penal, dice que: “Puede ser por *ministerio de la ley o facultativa para el tribunal*. Por ministerio de la ley si en la sentencia se aprecia el mayor número de requisitos para eximir de responsabilidad, o bien si se trata de delitos perseguibles a instancia de parte (injuria, por ejemplo) (art. 94), y, además, se dan los requisitos generales para la facultativa”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal, parte general*. 4ª Ed., Barcelona, Editorial PPU, 1994, p. 561.

<sup>764</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja–TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cit., p. 94.

<sup>765</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)–JUDEL PRIETO, Ángel–PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 477.

discrecional de juez. Por tanto, la aplicación de la suspensión no constituye, de forma alguna, un derecho del delincuente, aunque se constate la presencia de los requisitos objetivos exigidos por ley. En esta misma línea, Colmenero Menéndez de Luarca advierte que “no es realmente un derecho del penado, ni siquiera cuando se dan las condiciones objetivas para su aplicación”<sup>766</sup>. De forma que, la decisión de conceder la suspensión es una facultad del juzgador. Sin embargo, en ningún caso, tal facultad no puede constituir una decisión arbitraria o ausente de las debidas y exigidas motivaciones. Al contrario, en todo caso, tanto la decisión que concede como la que niega la suspensión tienen que ser motivadas, porque así lo determina el art. 80.1 del Código penal español. Por lo tanto, el juzgador debe explicitar todos los motivos que le han convencido a decidir de forma contraria a la aplicación de la medida suspensiva. En relevante comentario, Colmenero Menéndez de Luarca enmarca que “el penado no tiene derecho subjetivo a que se le conceda la suspensión, pero sí lo tiene a que la decisión le sea debidamente explicada, pues como se ha dicho en muchas ocasiones las resoluciones judiciales no son consecuencia solamente de un acto de voluntad, sino de la aplicación razonable y razonada del derecho”<sup>767</sup>.

La discrecionalidad puede ser ejercida en dos ocasiones distintas: Una, en el instante de decidir por la aplicación de la medida, por supuesto; y otra, en el momento de fijar el tiempo durante el cual la pena será suspendida<sup>768</sup>. En estas distintas ocasiones, el Juez o Tribunal deberá valorar la conveniencia de la concesión del beneficio, analizando fundamentalmente la peligrosidad criminal del condenado<sup>769</sup>, así como las circunstancias del hecho y personales

---

<sup>766</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 181.

<sup>767</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 182.

<sup>768</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 105.

<sup>769</sup> En esta línea, dice Maqueda Abreu: “A pesar de las dificultades previsibles que ese pronóstico de no reincidencia futura va a hallar en su camino, dada su ambigüedad, lo cierto es que resulta un criterio congruente para motivar una decisión de naturaleza preventivo especial como la que aquí se pretende”. ZULGALDÍA ESPINAR, José Miguel (director)—otros. *Derecho penal*. Op. Cit., p. 106.

del autor del delito y, por supuesto, también los requisitos objetivos exigidos en el Código penal.

A pesar del avance emprendido por el Código del 95 al instituir el criterio de la discrecionalidad judicial, algunos estudios demuestran que, aunque la ley penal haya establecido tal criterio, en la práctica, la suspensión sigue siendo aplicada de forma casi automática, cuando se trata de aquellos supuestos en que el reo nunca ha delinuido en todo el curso de su vida<sup>770</sup>. Es decir, al verificar la presencia de los requisitos objetivos, exigidos para la concesión del beneficio, y, además, se observa que el beneficiario jamás ha desarrollado cualquier conducta delictiva durante el curso de su vida, suele concederse —de inmediato— la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad<sup>771</sup>.

Cid Moliné analiza una significativa muestra de condenas pronunciadas, en el año de 1998, por los juzgados de lo penal de Barcelona. Esta investigación indica que los supuestos en que el individuo poseía un «historial limpio» —que nunca ha delinuido—, la suspensión fue concedida en 98,5% de los casos. De otra parte, en las situaciones en que el delincuente había «antecedentes cancelados o cancelables», el número de concesión de este beneficio decrece bastante, fijándose en la marca de 55,5% de las hipótesis observadas<sup>772</sup>. Así, conforme explica el autor en cita: “se deduce que la imagen tradicional, según la cual, cuando se cumplen los requisitos objetivos, los jueces «automáticamente» conceden la suspensión sólo es cierta en referencia a las personas con historial limpio. Cuando los/las delincuentes disponen de antecedentes —aun cuando éstos no impidan la suspensión— la decisión es prisión en aproximadamente la mitad de los casos<sup>773</sup>”.

---

<sup>770</sup> Según Cid Moliné, a su estudio no ha interesado “la suspensión especial para drogodependientes prevista en el artículo 87 de Código Penal” ni “la suspensión humanitaria prevista en el artículo 80.4 de Código Penal”. CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...» Op. Cit., p. 224.

<sup>771</sup> Dice Cid Moliné: “De acuerdo con la investigación realizada por el equipo coordinado por Cid y Larrauri (2002), cuando las tres condiciones objetivas se cumplen, la suspensión de la pena es la decisión mayoritaria”. CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., p. 225.

<sup>772</sup> CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., p. 225.

<sup>773</sup> CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., p. 225.

Observando el contenido de la investigación, referida en el párrafo anterior, cabe decir que si, por un lado, sus datos demuestran un cierto automatismo en la concesión de la suspensión, en los supuestos ya destacados (cuando el reo nunca ha delinquido anteriormente en su vida), de otro lado también pone de manifiesto una importante característica de los magistrados de Barcelona, que es su perfil preventivista, adecuándose perfectamente a lo que determinan los preceptos constitucionales, especialmente, sobre la necesidad de conferir a la pena la finalidad reeducadora y resocializadora, sobre todo, durante la fase de su ejecución.

Además, es importante considerar otro aspecto. El hecho de conferir al magistrado la posibilidad de decidir de forma discrecional, sobre la concesión o no de este beneficio, no ha generado un cambio radical, que pudiese comprometer la justeza y la prontitud en la autorización de la suspensión, especialmente, en aquellas hipótesis en que no hay cualquier inconveniente en deferir su aplicación, como, por ejemplo, cuando el reo que posee un «historial limpio». De modo que la institución de la discrecionalidad no ha causado, conforme los datos presentados por Cid y Larrauri, un impacto que pudiese incrementar los obstáculos a la hora de conceder la medida suspensiva, sobre todo en las situaciones en la que se valora la concesión de tal beneficio para un reo que nunca ha delinquido. Tanto es así que, en tales situaciones, conforme aportan los datos de la investigación coordinada por Cid y Larrauri, la suspensión fue denegada en, tan sólo, 1,5% de las hipótesis<sup>774</sup>, determinándose, consecuentemente, la ejecución de la pena de prisión. Sin duda alguna, estas informaciones revelan un aspecto importantísimo: es que, diferentemente de lo que podría ocurrir, los magistrados han sido extremadamente prudentes a la vez de utilizar el poder discrecional para denegar la concesión de este beneficio.

Sin embargo, se puede verificar que, en aquellas situaciones donde se exige todavía más detenimiento y cautela, que se trata del momento de sopesar la conveniencia de la concesión de suspensión en los casos en que el sujeto ya presentaba un «historial» delictivo, aunque sus antecedentes hayan sido cancelados o que pudiesen ser cancelados, la suspensión de la ejecución

---

<sup>774</sup> CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., p. 225.

de la pena privativa de libertad fue aplicada en apenas 55,5% de los hipótesis. Sin duda, estos datos sirven también para mostrar que, actualmente, se intenta aplicar la suspensión en aquellas hipótesis en que, verdaderamente, sea posible alcanzar, a través de este instituto, la reinserción social del delincuente. Así, la disminución del ámbito de concesión de la medida suspensiva, en estos casos, parece revelar que existen, en este grupo, situaciones en que se puede prever, mejor dicho, diagnosticar que el uso de la suspensión no será suficiente para producir la recuperación y la resocialización del individuo.

No obstante, conviene llamar la atención para un aspecto. Si, de un lado, en algunos casos, la suspensión puede constituir un mecanismo que no alcance la resocialización del sujeto; de otro lado, tampoco lo sirve la pena de prisión para la consecución de tal fin. A nuestro juicio, entendemos que la suspensión de la pena debe aplicarse a aquellas hipótesis en que se puede, como mínimo, conjeturar que, a través de la aplicación de este beneficio, la resocialización del sujeto será alcanzada. Entre tanto, opinamos que no pudiendo la suspensión, ante determinado caso concreto, lograr la reinserción social del sujeto, debe encontrarse otras alternativas aplicables, ya que tampoco la pena de prisión podrá conseguirlo.

Finalmente, resta reconocer y repetir que la modificación implementada por el Código penal del 95, instituyendo la discrecionalidad como factor determinante para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, ha de ser considerada como un avance necesario para que este instituto actúe directamente en los casos en que sean posibles alcanzar la finalidad resocializadora de la pena. No obstante, defendemos que algunos aspectos deben ser matizados de forma distinta, conforme se explicará seguidamente.

## **2. La suspensión y la peligrosidad criminal.**

Entre las innumerables cuestiones que han suscitado el debate entre los penalistas, sin duda, se encuentra el requisito del artículo 80.1, apartado 2, del Código penal español, que impone como criterio fundamental para la concesión

de la suspensión el análisis de la «peligrosidad criminal del sujeto». Al reglamentar esta condición, como un elemento necesario a ser observado<sup>775</sup> antes de suspenderse la ejecución de la pena privativa de libertad, el legislador ha trazado un nuevo formato para este instituto, puesto que anteriormente su concesión era otorgada automáticamente, cuando se cumplían los requisitos legales.

Consecuentemente, tal modificación en el Código penal ha sido punto de partida de densas críticas y fuertes ponderaciones de los distintos sectores de la doctrina. Entre otras peculiaridades, los juristas destacan que la imposición del análisis de la peligrosidad criminal demuestra que la suspensión no se configura más como un derecho absoluto del condenado, aunque estén presentes todas las condiciones exigidas en el art. 81 del Código penal español. Ello porque la valoración sobre la peligrosidad criminal del penado<sup>776</sup> es una herramienta de análisis *postdelictiva*, importante e indispensable a la hora de conceder o denegar tal sustitutivo penal.

En líneas posteriores se expondrá, a modo de resumen, algunos planteamientos sobre la temática de la peligrosidad criminal, partiendo desde la verificación de su concepto; de los criterios que son manejados para valorar el peligro de la personalidad del sujeto; de cómo se utiliza este requisito en la suspensión; de la extensión y de la finalidad de este instituto; buscando señalar algunas críticas de la doctrina y decisiones de la jurisprudencia española, para, al final, expresar nuestro punto de vista. También destacaremos, a título de ilustración, como está regulado este requisito en el Código penal brasileño.

---

<sup>775</sup> “(...) Suspensión de la ejecución de las privativas de libertad: improcedencia: delito cometido durante el periodo de suspensión de otras dos penas, lo que revela su peligrosidad criminal. AAP Madrid (Sección 2ª), de 9 junio 2008. [JUR 2008\212028]. Ver también: AAP Barcelona (Sección 10ª), de 18 abril 2008 [JUR 2008\170868]; AAP Las Palmas (Sección 6ª), de 14 marzo 2008 [JUR 2008\164078]

<sup>776</sup> “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no se configura en nuestro Código Penal como un derecho de todo aquel en quien concurren las condiciones del artículo 81 sino como una posibilidad excepcional que puede concederse a aquellos en los que la finalidad de la pena (que no vuelvan a delinquir) será innecesaria ya que, previsiblemente, no volverán a delinquir. Auto Audiencia Provincial Cáceres, 29 junio, JUR 2005\168215. También: STS, núm. 208/2000, de 18 de febrero de 2000 [RJ 2000\871]; STS, núm. 578/1998, de 27 de abril de 1998 [RJ 1998\3794]; Auto Audiencia Provincial Cádiz, Ceuta, de 2 marzo 2005 [JUR 2005\144918].



## 2.1 Concepto de peligrosidad criminal

En relación a la denominada peligrosidad criminal, es necesario decir, de inicio, que se configura como un estado en que el sujeto se encuentra de absoluto desajuste social<sup>777</sup>. Y tal desajuste puede ser provocado tanto por la incidencia de factores internos, inherentes a la formación congénita del ser humano como por la acción de las condiciones externas del medio donde vive<sup>778</sup>.

Las condiciones internas se refieren a la personalidad del sujeto, a su estructura constitucional congénita y a la influencia de todo el proceso natural de formación del hombre. En esta perspectiva, el jurista brasileño Aníbal Bruno, citando las obras de Le Für y también de Carrel, explica que las condiciones internas del ser humano son determinantes en lo que se refiere a la forma en que el individuo se porta en sociedad, pues la manera de conducirse socialmente es resultante de las más “variadas influencias orgánicas —del sistema nervioso, de las glándulas, del equilibrio de los componentes químicos— en fin, de la estructura constitucional congénita, modelada a partir de la herencia y de las acciones del medio pre-concepción”<sup>779</sup>. Por este motivo, el autor en cita expone (destacando incluso algunos de los criticables

---

<sup>777</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral: fato punível*. Tomo II, 5ª Ed., Rio de Janeiro, Editorial Forense, 2005, p. 122. Según García-Pablos de Molina: “El concepto de «*carrera delictiva*» cobra aún mayor interés relacionando con el de «*competencia psicosocial*». Esta última, parte de la naturaleza transaccional de la relación individuo-medio (el individuo influye en el medio, y éste en el desarrollo del individuo) y describe un estado de adaptación tal que permite el empleo satisfactorio de los recursos de la persona y del ambiente en aras del oportuno desarrollo de aquélla y el correcto manejo de los contextos interpersonales. En dicha situación de equilibrio influirían decisivamente ciertos recursos o habilidades cognitivas de la persona, la debida armonía entre individuo o sociabilidad y determinadas aptitudes sociales de aquélla. Autoestima positiva, locus de control interno, empatía y aptitudes para abordar problemas interpersonales, serían, por ejemplo, algunas de las *habilidades cognitivas* de mayor relevancia. El mantenimiento de sólidos vínculos sociales (con familiares, amigos y compañeros, etc.) junto a la autonomía en la selección de metas personales, por su parte, contribuirán al correcto balance entre sociabilidad e individualidad. Las mencionadas *habilidades sociales*, por último, harían fluida y operativa la transacción con el medio, coordinando de forma eficaz la autonomía y los recursos cognitivos del sujeto, de un lado, y su adecuada socialización, de otro”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos*. 6ª Ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2007, p. 614.

<sup>778</sup> En este sentido, explica Aníbal Bruno: “concurren para este estado de desajuste las condiciones internas, de su personalidad, y las condiciones externas, de su mundo circundante”. BRUNO, Aníbal. *Direito penal... Op. Cit*, p. 122.

<sup>779</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal... Op. Cit*, p. 122.

planteamientos de Lombroso) que existe un cierto número de personas que por disposición natural son peligrosas y, por así decir, la ejecución del crimen, para este grupo de individuos, aguarda tan sólo la ocasión de manifestarse<sup>780</sup>. A pesar de la crítica que se puede realizar a esta postura, lo cierto es que, entre otros aspectos, las características psicológicas, temperamentales, reaccionales y funcionales del ser humano pueden interferir directamente en su proceso de aprendizaje, de asimilación de los rasgos culturales y de aceptar lo que establece el orden social vigente, impidiendo que éste se adecúe a lo que se espera de un individuo cuando se está conviviendo en sociedad, que es el respeto a las normas y a las tradiciones socioculturales.

Las condiciones externas se refieren a las interferencias resultantes del mundo exterior, donde el sujeto está insertado<sup>781</sup>. Así, se trata de todo lo que está en la órbita circundante del individuo, es decir, se refiere a las diversas influencias que son producidas en la personalidad del hombre a partir de dichas interrelaciones sociales y culturales. Algunos factores del mundo exterior pueden interferir directamente en la integración social, en la formación del carácter y de la personalidad del individuo, como, por ejemplo, la familia, el trabajo, la escuela y los vínculos personales y profesionales. Aníbal Bruno señala que son “varias las agencias socializadoras —la familia, la escuela, los vecinos, la iglesia, las oficinas, los gremios culturales o deportivos— que promueven la adaptación del sujeto a las condiciones básicas de vida”<sup>782</sup>. De modo que el mundo exterior provoca en la persona estímulos que pueden o no favorecer su proceso de socialización, pues interfieren positiva o negativamente en la personalidad del ciudadano, conforme las condiciones,

---

<sup>780</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal... Op. Cit*, p. 122.

<sup>781</sup> Explica García-Pablos de Molina: “Todo parece indicar, por tanto, que las investigaciones sobre *carreras delictivas* matizadas por el principio de *competencia psicosocial* pueden aportar una información empírica valiosa en orden a la génesis y dinámica del comportamiento delictivo, esclareciendo las variables y factores del proceso; y al diseño de los programas de intervención más adecuados, con el objeto de promover los recursos personales y sociales del penado y la efectiva participación social del mismo”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Op. Cit.*, p. 614.

<sup>782</sup> Y sigue explicando: “Sob pressão dessas condições conclui-se o ajustamento, isto é, forma-se o hábito, uma disposição definida a responder de determinada maneira a certos estímulos da vida, a reprimir os impulsos anti-sociais com que a natureza original do indivíduo quereria responder a esses estímulos”. BRUNO, Aníbal. *Direito penal... Op. Cit*, p. 123.

factores y realidad de cada contexto social en que éste está interrelacionándose<sup>783</sup>.

Al referirse a las teorías de los sistemas de Parsons, Mapelli Caffarena destaca que, de conformidad con tal postura, la conducta humana se encuentra delimitada por sistemas o niveles de abstracción. Aunque no comparta tal opinión, Mapelli explica que, según esta teoría, dichos sistemas son: el personal, el cultural y el social. Así, “el sistema personal viene delimitado por las actuaciones de los demás, a través de las expectativas de conductas. El sistema social está motivado por situaciones concretas que se ofrecen en la comunidad («constituido a través de la interacción»). Y el sistema cultural constituye los símbolos y sistemas propios de individuo que actúa”<sup>784</sup>. Y todos estos sistemas, de acuerdo con la referida teoría, interfieren tanto en la forma de actuar del delincuente como de los demás ciudadanos. Mapelli critica tal postura pues considera que “la teoría de los sistemas de Parsons no puede aún aclarar por qué unos individuos actúan de manera conforme y otros desviada. Nada que se relacione, pues, con la naturaleza de la conducta ni con sus mecanismos de determinación nos explica sus diferencias, porque iguales circunstancias han de producir iguales resultados. Si la conducta conforme y desviada tienen la misma naturaleza y se someten a los mismos sistemas de abstracción, hemos de preguntarnos entonces: ¿cuál es el elemento que determina que una conducta sea conforme o desviada? Evidentemente, ha de tratarse de un factor exterior a la propia conducta”<sup>785</sup>.

Lo cierto es que las diversas condiciones exteriores así como las condiciones interiores son elementos determinantes en la formación de la personalidad del individuo<sup>786</sup>. La personalidad desajustada puede ser resultante de un medio corrompido, basta que durante el proceso de formación de la personalidad del sujeto se olvide de prestigiar, entre otras cosas, el respeto a

---

<sup>783</sup> Véase, el Auto Audiencia Provincial Cádiz, Ceuta, de 2 marzo 2005 [JUR 2005\144918].

<sup>784</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. «Desviación social y resocialización», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 23, Madrid, Edersa, 1984, pp. 314/315.

<sup>785</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. «Desviación social...», *Op. Cit.*, p. 315.

<sup>786</sup> Anibal Bruno considera: “como há aqueles homens constitucionalmente inajustável, que não se adaptam, quaisquer que sejam as condições do meio, há também condições sociais que não favorecem o ajustamento mesmo do homem normal”. BRUNO, Anibal. *Direito penal... Op. Cit.*, p. 123.

las reglas morales, a la ética y a la educación. También pueden interferir negativamente en la formación del carácter del imputado un ambiente emocional conflictivo, los comportamientos autodestructivos, la inestabilidad emocional, su fragilidad psicológica, algunas enfermedades, el uso de drogas<sup>787</sup>; las consecuencias provocadas por la miseria, por la ignorancia, por las decepciones y por los rechazos sociales; una vida personal caótica e inestable, un estado de ánimo de angustia y de depresiones, en fin, el desorden familiar<sup>788</sup> etc. Todos estos factores son algunos de los ejemplos de lo que puede estimular la producción de una personalidad desajustada y peligrosa que, conforme señala Aníbal Bruno, “podrá manifestarse en el crimen cuando las circunstancias externas le ofrezcan la oportunidad de así revelarse”<sup>789</sup>. Tratando sobre condiciones exteriores atinentes a la propia sociedad de riesgo, Sáinz-Cantero Caparrós destaca que el “nivel de desarrollo de la moderna vida comunitaria, el constante avance de la técnica en muy diversos campos y ámbitos a cual más trascendente, la complejidad en los procesos de producción de los bienes indispensables para la subsistencia, tal como hoy se la concibe, las aspiraciones para una mejora del nivel o la calidad de vida llevan como predicado inherente, las más de las veces obligado, que además se generen situaciones que puedan afectar de forma lesiva a las

---

<sup>787</sup> Por poner un ejemplo de la análisis de la influencia de las condiciones internas y externas, se puede destacar la valoración desarrollada en la Audiencia Provincial de Sevilla: “(...) Es la propia defensa la que tiene en cuenta en su recurso un informe de la médico forense según el cual Rodolfo ,....*padece un trastorno de personalidad de tipo compulsivo, con dificultad para el control de impulsos que se incrementa con el consumo de tóxicos...tiene dificultad para controlar su voluntad ante situaciones de necesidad de consumo....* (folios 35 y 36); y dado cuanto se lleva expuesto, no puede surtir los efectos queridos por la defensa el informe de la Policía Local sobre el Sr. Rodolfo a que se refiere también en su recurso (folio 252), como tampoco *las fuertes vinculaciones con el mismo de su familia, y las gestiones que ha realizado para el ingreso de aquél en un centro de rehabilitación* (folios 176 y 177)”. Auto Audiencia Provincial Sevilla, de 6 abril de 2005 [JUR 2005\149263] (subrayamos nosotros)

<sup>788</sup> Añaden Jescheck–Weigend: “Relevante puede ser, por ejemplo, la actitud interna negativa del autor frente a determinados bienes jurídicos que se funda sobre su personalidad (por ejemplo, desconsideración frente a la salud de los demás o un desmedida ánimo de lucro); pero, por otra parte, también los déficits psíquicos o mentales pueden atenuar la culpabilidad (verbigracia, la irritabilidad neurótica, la inteligencia limitada o dependencia psíquica de los demás)”. JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Trad., Olmedo Cardenete, 5ª ed., Granada, Editorial Comares, 2002, p. 959.

<sup>789</sup> BRUNO, Anibal. *Direito penal... Op. Cit.*, p. 124.

condiciones esenciales para la convivencia, sobre todo desde un punto de vista puramente individual<sup>790</sup>.

Por lo tanto, durante el delicado juicio de peligrosidad criminal se analiza, entre otros aspectos, conforme será discutido más adelante, toda la vida anterior del autor del delito. Y la observación de dicha vida anterior, como señalan Jescheck–Weigend, puede ser “relevante para favorecerle o para perjudicarlo en la individualización de la pena. La existencia de una integración social de aquél repercute positivamente en la medida en que aparezca como un error aislado de una personalidad intacta en todo lo demás, pues de este modo se abren perspectivas favorables para el futuro de modo de vida del autor (...). A la inversa, los déficits de importancia que hasta el momento han tenido lugar en la vida del sujeto y con los que se encuentra ligada la comisión del delito (verbigracia, la adicción al alcohol, a las drogas o al juego), dificultan su reintegración social<sup>791</sup>. De este modo, en el juicio de peligrosidad se busca examinar la extensión del riesgo (de la probabilidad) de que el sujeto desarrolle posteriormente una conducta delictiva. Así, puede decirse que el análisis de tal probabilidad, en resumen, consiste en verificar si la acción de las condiciones exteriores e interiores (*vid. supra*) interfirieran negativamente en la personalidad del individuo hasta el punto de provocarle un grave desajuste social. Cabe igualmente diagnosticar si, conforme al estado en que se encuentra el sujeto, este “grave” desajuste social puede producir la existencia de un riesgo objetivo para la sociedad, en lo que concierne a la elevada posibilidad del condenado de realizar un hecho delictivo en el futuro<sup>792</sup>.

## **2.2. Planteamiento general en relación a la suspensión**

Adentrándonos más específicamente en nuestro tema, es necesario aducir que el juicio de peligrosidad criminal consiste en valorar si,

---

<sup>790</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. *La codelinquencia en los delitos imprudentes en el Código penal de 1995*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, p. 10.

<sup>791</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. *Op. Cit.* p. 961.

<sup>792</sup> *Vid.*, BRUNO, Aníbal. *Direito penal... Op. Cit.*, p. 125.

suspendiendo la ejecución de la pena<sup>793</sup>, e imponiendo las condiciones necesarias, *ello es lo que basta para que el condenado no vuelva a delinquir*. En efecto, así, se observan esencialmente si las circunstancias del hecho y personales del autor permiten presumir si el penado es (o no) una persona que puede ser etiquetada como peligrosa<sup>794</sup>. Comentando esta afirmación, Muñoz Conde–García Arán consideran que este entendimiento, “en cierta forma, reduce la peligrosidad a su valoración en sentido negativo; en suma, de lo que se trata es de decidir si las características del autor permiten renunciar al ingreso en prisión”<sup>795</sup>. La verdad es que el juicio de peligrosidad se construye un pronóstico futuro de la conducta del sujeto, centrándose en la valoración del riesgo que el penado puede representar para la sociedad.

De este modo, el procedimiento para suspender la condena pasa por dos momentos consecutivos. En un primer instante, el juez analiza los requisitos objetivos fijado por la Ley. Concurriendo tales requisitos de la medida, en un paso siguiente, el juzgador pasa necesariamente a aquilatar la peligrosidad criminal del sujeto, sopesando su vida y el riesgo que puede representar su libertad frente a los bienes jurídicos, durante el plazo de prueba. Por lo tanto, es de primordial importancia examinar con detenimiento los sucesivos hechos de la vida del condenado, valorando toda la cadena causal correspondiente a los actos realizados por el sujeto durante su vida<sup>796</sup> —desde

---

<sup>793</sup> Para un importante sector de la doctrina, conforme aducen Muñoz Conde–García Arán, el concepto de «*peligrosidad del reo*» se distancia del sistema de penas “y que sólo debería servir para la aplicación de medidas de seguridad. Esto obliga a restringirlo, interpretándolo desde los principios que rigen en la aplicación de las penas, en gran parte distintos a los propios de las medidas de seguridad”. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 560.

<sup>794</sup> En esta línea: “Concurren en el presente caso las condiciones exigidas para la suspensión de la pena de prisión impuesta en la presente causa, por cuanto la pena es inferior a dos años, el penado ha delinquido por primera vez y dadas las circunstancias del hecho y personales del autor hacen presumir en el mismo una menor peligrosidad criminal”. Auto Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife, de 29 marzo 2005 [JUR 2005\115152]. También: Auto Audiencia Provincial Cádiz, Ceuta, de 2 marzo 2005 [JUR 2005\144918].

<sup>795</sup> *Ibidem supra*. Entiende Berdugo Gómez de la Torre: “la peligrosidad criminal del sujeto ha sido tradicionalmente entendida como el pronóstico de reiteración futura de conductas delictivas y así se manifiesta el art. 95.1 del Código penal”. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón. «Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del código penal». En CASTELLANO RAUSELL, Pedro (director). *Las últimas reformas penales*. En *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. III, Madrid, 2005, p. 192.

<sup>796</sup> Véase el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria: “(...) Sentado lo anterior, si examinamos la hoja histórico penal del condenado hoy recurrente, como con acierto concluyó

su pasado más remoto<sup>797</sup> hasta la actualidad— con la finalidad de identificar los elementos positivos y negativos de la personalidad del autor del delito; las circunstancias que le impelerán a cometer el ilícito penal; y el nivel de los esfuerzos necesarios con que debe el Estado proceder para dirigirle hacia su reinserción social. Tras todo este proceso global de análisis, verificado el impacto del comportamiento del condenado ante los bienes jurídicos, se proyecta tal proceder hacia el futuro y se valora<sup>798</sup>, según las reglas de la experiencia, si al suspenderse la pena impuesta es *probable* que el individuo vuelva (o no) a cometer un nuevo delito<sup>799</sup>. En esta perspectiva el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres desarrolla una clarificadora explicación sobre el contenido del significado de la peligrosidad criminal, que supone “una predisposición en contra del cumplimiento de las normas de convivencia social haciendo prevalecer frente a todo el interés propio o la convicción de que uno tiene razón diga lo que diga otro, aunque ese "otro" sea la Autoridad”<sup>800</sup>. Este tipo de comportamiento (el repetido desinterés en cumplir las reglas sociales) demuestra efectivamente una elevada posibilidad de que tal conducta se agrave hasta el punto de atacar efectivamente aquellas normas que, por su envergadura, son tuteladas por el Derecho penal.

Así, además de valorar la conducta anterior del sujeto, su estado de desajuste social y su trayectoria criminal, también es adecuado apreciar su comportamiento posterior a la ejecución del delito. En estas coordenadas, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona califica la peligrosidad como inclinación del individuo a la ejecución de delitos y se aquilata, en el instante de

---

el Juez sentenciador, consta que ha delinquir con anterioridad, tiene múltiples condenas y, en definitiva, no concurren los requisitos para suspender la ejecución de la pena ya que no es delincuente primario y, en cualquier caso, la peligrosidad criminal es evidente visto su historial delictivo (...). Auto Audiencia Provincial Cantabria, de 25 abril 2005 [JUR 2005\113980]

<sup>797</sup> “(...) la *peligrosidad criminal* del apelante, que resultan de los informes que obran en la causa sobre su inclinación delictiva cuando era menor de edad”. Auto Audiencia Provincial Sevilla, de 1 febrero 2005 [JUR 2005\140037]. (sin cursiva en el original).

<sup>798</sup> En el Auto de La Audiencia Provincial de Sevilla: “las características de los acciones por las que fue condenado; la tenencia de una navaja al ser detenido; los informes sobre su inclinación delictiva obrante en autos y el hecho de estar en prisión preventiva por otra causa al tiempo de dictarse la decisión impugnada, justifican la apreciación de peligrosidad criminal, en el sentido de tendencia a delinquir en el futuro, que avala la decisión recurrida. Auto Audiencia Provincial Sevilla, de 1 febrero 2005 [JUR 2005\140037].

<sup>799</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal... Op. Cit*, p. 124.

<sup>800</sup> Auto Audiencia Provincial Cáceres, 29 junio 2005 [JUR 2005\168215].

otorgar el beneficio, “tomando en consideración toda su trayectoria criminal, debiendo tomarse en consideración, también, aquellos hechos posteriores al delito aquí enjuiciado, pues contribuyen a conformar e integrar esta tendencia”<sup>801</sup>. Es decir, de acuerdo con este entendimiento la valoración de la peligrosidad se realiza en doble etapa indispensable: de un lado, *la conducta anterior del sujeto (su trayectoria delictiva)*; de otro, *la conducta desarrollada posteriormente a la ejecución del delito*.

Otra cuestión que hay que poner de relieve es que la decisión denegatoria de la suspensión, fundada en la existencia de un estado de peligrosidad del penado, debe ser motivada, pues se trata de una exigencia derivada de la propia Constitución<sup>802</sup> y de los principios de legalidad y del deber de motivación de las resoluciones judiciales. De modo que se impone al juez la obligación de exteriorizar todas las razones que sirven de apoyo a su decisión. Así, pese a ser la resolución que autoriza o no la concesión de este sustitutivo penal una facultad del aplicador de la ley, esto no quiere decir que tal decisión pueda ser dictada sin la debida motivación. Al contrario, la motivación “no es un requisito formal sino un imperativo de la razonabilidad de la decisión”<sup>803</sup>, que tiene la finalidad de evitar una manifestación judicial arbitraria o caprichosa.

Partiendo de esta premisa, conviene acentuar que conforme señala la doctrina jurisprudencial española, la motivación puede ser llevada a efecto de forma sucinta<sup>804</sup>, pues no se exige explicar lo que es obvio. Desde esta

---

<sup>801</sup> Auto Audiencia Provincial Barcelona, de 28 abril de 2005 [JUR 2005\171611].

<sup>802</sup> Subraya Morillas Cueva: “la motivación de las resoluciones judiciales, además de venir expresamente requerida por el artículo 120.3 de la constitución, es una exigencia asimismo derivada del artículo 24.1 del mismo Texto”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. En AAVV. «Sobre las difíciles alternativas...». Op. Cit., p. 211.

<sup>803</sup> Auto Audiencia Provincial Burgos, de 22 abril de 2003 [JUR 2003\143320]. Auto Audiencia Provincial Las Palmas, de 27 enero de 2004 [JUR 2004\70617]. Vid., Auto Audiencia Provincial Barcelona, de 19 junio de 2006 [JUR 2007\186599]

<sup>804</sup> Véase: “(...) En otras palabras, la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales (STC 196/1988, de 24-10) no supone que aquéllas hayan de ofrecer necesariamente una exhaustiva descripción del proceso intelectual que ha llevado a decidir en un determinado sentido, ni tampoco requiere un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado; basta, a los efectos de su control constitucional, con que dicha motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del derecho ajena a toda arbitrariedad y permita la eventual revisión jurisdiccional mediante los recursos legalmente establecidos (...)”. Auto Audiencia Provincial Burgos, de 22 abril de 2003 [JUR 2003\143320]. También: AAP Madrid (Sección 27ª), de 12 junio 2008. [JUR 2008\273367]; AAP Tarragona (Sección 4ª), de 25 marzo 2008 [JUR 2008\142186].



perspectiva, el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, de 30 abril de 2004, refiriéndose a los planteamientos del Tribunal Constitucional, enmarcó que “no impone una especial estructura en los razonamientos jurídicos y una motivación escueta y sucinta incluso parca y reducida no deja, por ello, de ser motivación”<sup>805</sup>. Sin embargo, esta decisión debe guardar absoluta congruencia con los hechos examinados y con la correcta interpretación y aplicación del derecho, obligando irremediabilmente al juzgador a expresar todos los motivos que le llevaron a entender existente la peligrosidad criminal en el sujeto, para que éste pueda ejercer su derecho a la revisión del *factum*, a través de un nuevo examen en los Órganos Judiciales superiores<sup>806</sup>. En relación con esta afirmación, Morillas Cueva, aludiendo inclusive a la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2001, señala que la motivación de la decisión presenta una doble finalidad: “a) de una lado, exteriorizar las reflexiones que han conducido al fallo como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que paralelamente potencia el valor de la seguridad jurídica, de manera que sea posible lograr el convencimiento de las partes en el proceso respecto de la corrección y justicia de la decisión; b) de otro, garantizar la posibilidad de control de las resoluciones por los Tribunales superiores, mediante los recursos que puedan”<sup>807</sup>.

Con arreglo a esta idea, es oportuno añadir y reconocer que se otorga al juez la difícil labor de interpretar la Ley y la espinosa tarea de apreciar libremente la prueba, pero también se le impone que ponga de manifiesto las razones de su entendimiento, señalando todas las circunstancias que le condujeron al dictamen final, demostrando con claridad el fundamento de los

---

<sup>805</sup> Auto Audiencia Provincial Castellón, de 30 abril de 2004 [JUR 2004\178808]. También, STC, num. 174/1987, de 3 de noviembre de 1987 [RTC 1987, 174]. Y: Es posible constatar que algunas decisiones son bastante sucintas: “(...) La justificación de la valoración que el Juez *a quo* efectúa para llegar a concluir en la peligrosidad del recurrente, para denegarle el beneficio de la suspensión de la ejecución de las penas de prisión impuestas es ciertamente lacónico, puesto que se limita a señalar que ‘resulta acreditada por la gravedad de los hechos por los que fue condenado’”. Auto Audiencia Provincial Madrid, de 25 julio de 2007 [JUR 2007\316257].

<sup>806</sup> Véase: “(...) Lo importante es que los razonamientos guarden relación y sean proporcionados y congruentes con el problema que se resuelve y que, a través de los mismos, puedan las partes conocer el motivo de la decisión a efectos de su posible impugnación y permitan a los órganos judiciales superiores ejercer la función revisora que les corresponde”. Auto Audiencia Provincial Castellón, de 30 abril de 2004 [JUR 2004\178808]; Auto Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife, de 23 julio de 2004 [JUR 2004\265819]

<sup>807</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. En AAVV. «Sobre las difíciles alternativas...». Op. Cit., p. 212

hechos, de la calificación jurídica, en fin, todos los pasos que le condujeron a fijar la pena impuesta<sup>808</sup>. Por lo tanto, se puede aducir que motivar es justificar; significa permitir a un observador imparcial conocer cuáles son los motivos que han servido de base para fundamentar razonablemente la decisión judicial en derecho, permitiendo prosperar el recurso y, consecuentemente, la revisión del contenido de la decisión atacada.

Otra cuestión que ha provocado bastante interés radica en la posibilidad de revisar el *decisum* que deniega la suspensión que se encuentra racionalmente motivada. Lo que mueve este debate es el hecho de que la suspensión de la pena es una facultad del juez y no una obligación. De este modo, prominentes voces sostienen que siempre que la suspensión esté razonablemente motivada no se puede hablar de revisión. En este sentido: “Desde nuestro punto de vista el auto por el que se concede o deniega la suspensión no es revisable por cuanto que es decisión discrecional siempre que esté motivada racionalmente. Podrá revisarse si la resolución aplica incorrectamente la Ley, pero no en otro caso”<sup>809</sup>. Con el debido respeto, nos encontramos en contraste diametralmente opuesto a esta postura. Ello porque el órgano judicial superior tiene la misma facultad discrecional de valorar la oportunidad de concesión o no de la medida suspensiva, atisbando la peligrosidad criminal del sujeto, que es sin duda un ejercicio de ponderación y de apreciación bastante subjetivo y complejo. De manera que puede el tribunal revisar todo el proceso deductivo seguido por el juez *a quo* a la hora de conceder o no este beneficio y aunque para algunos les parezcan razonables los argumentos expuesto por el juzgador, en caso contrario el Tribunal puede perfectamente discordar del entendimiento anterior, reformando la decisión, debiendo, por supuesto, motivar tal concepción también en argumentos razonables. Por lo tanto, abogamos en favor de los planteamientos que defienden la posibilidad de revisar el auto que decide sobre la suspensión puesto que la nueva resolución dictada también debe estar estrechamente

---

<sup>808</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. En AAVV. «Sobre las difíciles alternativas...». Op. Cit., p. 212

<sup>809</sup> Auto Audiencia Provincial Barcelona, de 13 junio de 2005 [JUR 2005\176543]. Auto Audiencia Provincial Madrid, núm. 988/2006 de 18 diciembre de 2006 [JUR 2007\143359]

vinculada a la Ley, racionalmente motivada e interpretada conforme las reglas del Ordenamiento jurídico.

### **2.3. Extensión y finalidad del requisito de la peligrosidad**

Al establecer en el artículo 80 del Código penal la valoración de la peligrosidad criminal del condenado como un criterio esencial para la concesión o no de la suspensión de la pena privativa de libertad, el legislador limitó el ámbito de aplicación de este beneficio a los condenados que, en principio, pueden ser presumiblemente resocializados y que no representan una amenaza a la sociedad<sup>810</sup>. De esta manera, lo que se intenta es evitar que el condenado que no aparenta ser peligroso y que puede ser reinsertado en la sociedad, no experimente los efectos nocivos que son causados por la pena de prisión de corta duración<sup>811</sup>. Así, el pronóstico de la peligrosidad criminal abarca, entre otras circunstancias, el análisis del grado de integración del condenado en las estructuras sociales que se expresa a través de la verificación del contexto de su vida familiar, de su situación laboral, así como también de sus antecedentes; en fin, corresponde a todo el comportamiento del penado antes y después de la realización del delito. Analizando estas circunstancias el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid decidió que “partiendo de este arrepentimiento efectivo, las circunstancias del penado permiten un pronóstico de futuro favorable, en tanto que de las mismas se infiere que se trata de una persona plenamente integrada socialmente, tanto desde el punto de vista familiar, como del laboral y que el hecho motivador de

---

<sup>810</sup> Por poner un ejemplo, se ha considerado tratarse de individuo de escasa peligrosidad, quien padece de un enfermedad grave como: “VIH positivo grupo 3 (Tbc diseminada en enero de 1998, correctamente tratada, con CD4 hasta 1096/mm3 -50%- y carga viral indetectable), nefrectomía derecha por infarto renal, y hepatopatía crónica VHC (...)”; considerando también el hecho de tener un trabajo estable, residir con su madre y hermano, aunque este sujeto sea el “(...) autor responsable de un delito de robo de uso intentado, otro de atentado y una falta de amenazas, con la concurrencia en el primero de la agravante de reincidencia, a las penas de 16 fines de semana de arresto, 2 años de prisión y 2 días de multa, respectivamente (...)”. Auto Audiencia Provincial Madrid, de 22 julio 2004 [JUR 2004\265959].

<sup>811</sup> Sobre la finalidad de la suspensión: Auto Audiencia Provincial Cádiz, Ceuta, de 2 marzo 2005 [JUR 2005\144918]; También, Auto Audiencia Provincial Madrid, de 23 octubre de 2003 [JUR 2004\87743]; *vid.*, Auto Audiencia Provincial Barcelona, de 18 abril 2005 [JUR 2005\122880]; y *el* Auto Audiencia Provincial Madrid, de 14 enero de 2004 [JUR 2004\251719].

la condena constituyó un acto aislado, según resulta de su absoluta carencia de antecedentes policiales<sup>812</sup>”.

Por cierto, aunque la suspensión sea un instituto eminentemente preventivo-especial, de otra parte, cabe reconocer que la implementación de la exigencia de la peligrosidad criminal del penado, como un requisito esencial, es consecuencia de los planteamientos preventivo-generales y también de seguridad colectiva<sup>813</sup>, en desprestigio, en cierto modo, de los argumentos preventivo-especiales. Explica Mir Puig que las exigencias preventivo-generales “ya se tienen en cuenta al permitir sólo la suspensión de penas no muy graves. La prevención especial depende de las probabilidades de recaída en el delito que manifieste el sujeto: de su peligrosidad criminal”<sup>814</sup>. De modo que tal juicio de peligrosidad debe ser manejado de forma bastante prudente puesto que no se puede olvidar la necesidad de fortalecer y utilizar los mecanismos legales alternativos a la pena privativa de libertad de corta duración. Con rotunda muestra de sensatez y conocimientos jurídicos, Morillas Cueva subraya que hay la necesidad de que el legislador y los jueces, como instancias político-criminales, dediquen todos los esfuerzos “a fortalecer los mecanismos sustitutivos y suspensivos, así como las instituciones más beneficiosas para el reo en la ejecución de la pena”<sup>815</sup>.

Lo cierto es que la reglamentación del requisito de la peligrosidad criminal invita a reducir el campo de concesión de la suspensión, porque ya no es suficiente que sea cumplida las exigencia de los requisitos establecidos en

---

<sup>812</sup> Auto Audiencia Provincial Madrid, de 20 febrero de 2004 [JUR 2004\234154]. En la misma línea, la Audiencia Provincial de las Palmas concedió la suspensión, motivando conforme destacamos a continuación: “el penado Simón es personal laboral fijo, tiene una antigüedad de catorce años y desempeña el puesto de operador de ordenador; (...) carece de antecedentes penales”. Auto Audiencia Provincial Las Palmas, de 27 enero de 2004 [JUR 2004\70617]

<sup>813</sup> Algunas doctrinas jurisprudenciales destacan que “(...) tanto la doctrina constitucional sobre el art. 25.2 CE, como las interpretaciones doctrinales sobre el art. 80.1 CP, se expresan en el sentido de que se trata de ponderar los otros fines de la pena, las necesidades de prevención general y seguridad colectiva. Las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad han de ser motivadas; han de exteriorizar los elementos necesarios para entender efectuada la ponderación de los fines de la institución y los bienes y valores en conflicto. Esto es, deben expresar la ponderación de las necesidades de seguridad colectiva (prevención general) y las necesidades de resocialización (prevención especial) en atención a la peligrosidad criminal del condenado”. Auto Audiencia Provincial Castellón, 22 julio 2005 [JUR 2005\253415].

<sup>814</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 692.

<sup>815</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. En AAVV. «Sobre las difíciles alternativas...». Op. Cit., p. 216.

el artículo 81 del Código penal español, pues su aplicación no se realiza de forma automática<sup>816</sup>, sino que es una facultad de los jueces<sup>817</sup> que valoran, ante todo, la tenencia del imputado al crimen y las circunstancias del delito cometido<sup>818</sup>. Desde esta perspectiva, puntualiza la amplia doctrina jurisprudencial española que la suspensión “no es automática, aunque concurren los requisitos legalmente previstos para su concesión, sino una facultad de los órganos judiciales, que debe ser administrada con prudencia y ponderación”<sup>819</sup>.

El juicio de peligrosidad, a parte de lo criticable que es (como lo veremos más adelante) es, en principio, un elemento importante porque puede perfeccionar el instituto de la suspensión condicional de la pena, supeditando su aplicación a aquellos condenados que pueden verdaderamente ser recuperados y pueden permanecer bajo el régimen de prueba sin causar algún peligro para la sociedad.

#### ***2.4. La incidencia de la peligrosidad del sujeto según el Código penal brasileño***

Al contrario que el Código penal español, que regula la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena como una facultad del juez, en Brasil,

---

<sup>816</sup> “la suspensión de la ejecución de la pena no es automática, aunque concurren los requisitos legalmente previstos para su concesión, sino una facultad de los órganos judiciales, que debe ser administrada con prudencia y ponderación”. Auto Audiencia Provincial Murcia, de 2 febrero 2005 [JUR 2005\92321]; también: Auto Audiencia Provincial Murcia, de 24 julio de 2003 [JUR 2003\235286]

<sup>817</sup> Sobre el criterio de oportunidad y sobre la facultad del juez: Auto Audiencia Provincial Barcelona, de 17 febrero 2005 [JUR 2005\109536]; también, Auto Audiencia Provincial Cádiz, Ceuta, de 7 febrero 2005 [JUR 2005\145660]; Auto Audiencia Provincial Sevilla, de 2 marzo 2005 [JUR 2005\144909]; Auto Audiencia Provincial Sevilla, de 2 febrero 2005 [JUR 2005\145850]. Aún, Auto Audiencia Provincial Madrid, de 14 enero de 2004 [JUR 2004\251719].

<sup>818</sup> Véase: “Concurren en el presente caso las condiciones exigidas para la suspensión de la pena de prisión impuesta en la presente causa, por cuanto la pena es inferior a dos años, el penado ha delinquido por primera vez y dadas las circunstancias del hecho y personales del autor hacen presumir en el mismo una menor peligrosidad criminal”. Auto Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife, de 15 junio, [JUR 2005\189043]; también, “Concurriendo, en esencia, los requisitos exigidos por los artículos 80 y 81 CP, y no atisbándose esa peligrosidad criminal en el recurrente por no existir un pronóstico de comportamiento delictivo futuro del penado”. Auto Audiencia Provincial Castellón, 22 julio 2005 [JUR 2005\253415].

<sup>819</sup> Auto Audiencia Provincial Murcia, de 5 abril de 2005 [JUR 2005\114932]

este instituto es considerado por la doctrina mayoritaria como un derecho subjetivo del penado, cuando éste cumple las exigencias de los requisitos legalmente fijados y no una facultad del aplicador de la ley<sup>820</sup>. No obstante es curioso observar que el Código penal brasileño establece, en su art. 77, que “la ejecución de la pena privativa de libertad, no superior a 2 (dos) años, *podrá* ser suspendida, de 2 a 4 años (...)”. A pesar de que el legislador haya utilizado en el texto punitivo el verbo “podrá”, lo cierto es que no se ha instituido un criterio discrecional de concesión de este beneficio, conforme apostillan pacíficamente tanto la jurisprudencia como la mejor exegesis doctrinal<sup>821</sup>. En realidad, en Brasil, la concesión de la suspensión *deberá* ser otorgada cuando estén presentes los requisitos legales exigidos, que son de naturaleza objetiva y subjetiva<sup>822</sup>.

Ocurre que entre los requisitos subjetivos, el Ordenamiento jurídico penal brasileño impone la verificación de la reincidencia (art. 77, I CP) y la necesidad de valorar la *culpabilidad*, los *antecedentes*, la *conducta social* y la *personalidad* del agente, así como los *motivos* y las *circunstancias* del delito para que se autorice la concesión del beneficio (art. 77, II CP)<sup>823</sup>. Es innecesario decir que a través de este requisito se busca realizar una prognosis de la conducta criminal del sujeto, a pesar de no constar expresamente en el Código la locución peligrosidad criminal<sup>824</sup>. Sin embargo es por medio de esta condición (establecida en el art. 77, II CP) como se aquilata la conveniencia o no de suspender la ejecución de la pena privativa de libertad, verificando los diversos factores que pueden trazar un perfil del condenado y diagnosticar su comportamiento futuro. Respecto del tema, Bitencourt enfatiza, con acierto, que “estos elementos tienen la delicada función de subsidiar la

---

<sup>820</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 4ª ed., São Paulo, Editorial Atlas, 2003, p. 532. También: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol. 1, 11ª Ed. São Paulo, Editorial Saraiva, 2007, p. 646. Vid. STF. HC 66256/SP, 1ª Turma, Rel. Min. MOREIRA ALVES, J. 03/06/1988.

<sup>821</sup> COSTA JR., Paulo José da. *Código penal comentado*. 9ª ed. rev., ampl. E atual. São Paulo, DRJ Editorial, 2007, p. 257/258.

<sup>822</sup> STF. HC 62892 / SP, 1ª Turma, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, J. 03/05/1985; STF. HC 60090/MG, 2ª Turma, Rel. Min. DJACI FALCAO, J. 03/08/1982.

<sup>823</sup> Redacción de art. 77,II del Código Penal Brasileño.

<sup>824</sup> En el redacción revocada, el Código penal brasileño anterior establecía en el art. 57, II CP: “II – os antecedentes e a personalidade do sentenciado, os motivos e as circunstâncias do crime autorizem a presunção de que não tornará a delinquir”.

previsión de la conducta futura del condenado”<sup>825</sup>. No obstante, el juicio sobre tal conducta, bajo este fundamento, debe ser realizado de forma global<sup>826</sup>, de modo que una sola circunstancia desfavorable, observada aisladamente, puede no ser lo suficientemente para que se deniegue la suspensión<sup>827</sup>. Así la doctrina brasileña destaca algunas situaciones que no impiden la concesión de este sustitutivo legal como, por ejemplo, la condena anterior por delito imprudente, por falta y por delito castigado con pena de multa<sup>828</sup>; tampoco vedan la suspensión la existencia de otro proceso ni la ausencia del reo durante el trámite procesal hasta su condena (antes de la audiencia admonitoria). De otra parte, la condena por delito doloso en el exterior, aunque no haya sido homologada en Brasil, impide la concesión de este beneficio<sup>829</sup>.

La verdad es que, pese a ser la suspensión, en Brasil, un derecho subjetivo del reo, la valoración específica del requisito subjetivo reside en el ámbito de la discrecionalidad del juzgador<sup>830</sup>. Es decir, se trata de una actividad discrecional escudriñar las informaciones atinentes a la conducta anterior del penado, a su histórico criminal, al estado de desajuste social, así como todo lo que corresponde a la conducta del reo posterior a la ejecución del delito; a la prognosis de su comportamiento en el futuro; y al juicio de probabilidad de que vuelva a delinquir. En este sentido apostilla el ministro Brossard que “el examen de los antecedentes reside en la esfera de la discrecionalidad propia del juez. Éste, al apreciar las informaciones sobre la vida anterior del reo, decidirá sobre la necesidad de un mayor o menor grado de reproche de la conducta delictiva”<sup>831</sup>.

---

<sup>825</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...* Op. Cit., p. 646. *Vid.*, STF. HC 69596/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, J. 06/10/1992.

<sup>826</sup> Según Regis Prado: “Cada uno de estos elementos debe ser cuidadosamente examinado y, cuando globalmente son desfavorables, es vedada la otorga de la suspensión de la pena” PRADO, Luiz Regis, *Comentários ao código penal: doutrina, jurisprudência selecionada*. 3ª ed. Reform., actual., y ampl. São Paulo, Editorial RT, 2006, p. 290.

<sup>827</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...* Op. Cit., p. 646.

<sup>828</sup> STF. HC 72605/SP, 2ª Turma. Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, J. 17/10/1995.

<sup>829</sup> COSTA JR., Paulo José da. *Código penal...* Op. Cit., p. 259.

<sup>830</sup> STF. HC 68423/DF. 2ª Turma, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, J. 07/05/1991.

<sup>831</sup> STF. HC 70871 / RJ, 2ª Turma, Rel. Min. PAULO BROSSARD, J. 11/10/1994

Extendiendo esta temática, a respecto de la valoración de determinados comportamientos, hay que subrayar un importante debate que ha ocupado el centro de los estudios penales en el referido país: se trata de discutir sobre la posibilidad o no de conceder la suspensión de la pena a los condenados por crímenes hediondos. El foco del problema reside en el enfrentamiento de dos aspectos normativos: de un lado, el hecho de ser la suspensión un derecho subjetivo del condenado cuando estén presentes todas las exigencias legales; de otro, el hecho de que la ley de crimenes hediondos (Ley n. 8.072/90) determina, entre otras consecuencias, que el cumplimiento inicial de la condena se desarrolle en régimen cerrado, estableciendo un tratamiento más severo cuando se haya ejecutado un delito calificado como hediondo. Se califican de hediondos, por poner un ejemplo, los siguientes delitos (sean consumados o en grado de tentativa): el atentado violento al pudor (art. 214 CP); el estupro (art. 213 CP); el homicidio cualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); la extorsión mediante secuestro (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º), etc.<sup>832</sup> A pesar de ser bastante graves las penas establecidas en estas modalidades de delito, puede existir determinada situación en que la pena final fijada sea igual o inferior a los dos años, como, por ejemplo, la tentativa de atentado violento al pudor. De forma que la cuestión debatida pasa necesariamente por el análisis de la conducta del sujeto y de su peligrosidad.

Anteriormente, solía denegarse la suspensión cuando se encontraba frente a situaciones en que el beneficiario era autor de un crimen hediondo, por entender tal beneficio como incompatible con la conducta criminal desarrollada por el autor. La jurisprudencia brasileña consideraba que la ley de crímenes

---

<sup>832</sup> Determina el artículo 1º de la Ley 8072/90: “Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); II - latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*); III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º); V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único); VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único); VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). VII-A – (VETADO) VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998); Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado”.



hediondos había buscado conferir un tratamiento más riguroso<sup>833</sup> a determinados tipos de delitos, fijando, por ejemplo, el cumplimiento inicial de la pena en régimen cerrado y vedando la posibilidad de conceder, entre otros beneficios, el indulto, la gracia y la amnistía<sup>834</sup>. Por lo tanto, para esta corriente, es incoherente aceptar la concesión de la suspensión para el condenado en tales delitos, porque no se corresponde con el espíritu represor de la citada ley brasileña de los crimines hediondos.

Recientemente, el Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil decidió, a través del importante voto del ministro Marco Aurelio, que es posible conceder la suspensión a los condenados por los tipos penales considerados hediondos<sup>835</sup>. Esta decisión consideró que estando presentes los presupuestos objetivos y subjetivos la suspensión de la pena no constituye un instituto incompatible con la ley de crímenes hediondos. Por lo tanto, la aplicación del régimen inicial cerrado sólo debe ser llevada a cabo en las hipótesis en que se averiguan la inexistencia de los requisitos imprescindibles para la concesión de la suspensión. Al fundamentar su decisión, el ministro reflexionó sobre diversos planteamientos como: el principio de la humanidad de las penas; el hecho de ser la suspensión una medida alternativa no relacionándose, por lo tanto, con el régimen de cumplimiento de la pena; enmarcó que no hay una prohibición expresa en la Ley n. 8.072/90 que vede la concesión de este beneficio. No obstante, por el contrario, enfatizó importantes posturas de la doctrina que aseguran la necesidad de tener en cuenta la gravedad del hecho, en cada caso en concreto, pero sin admitir que se niegue la aplicación de este beneficio sistemáticamente por el hecho exclusivo que el reo hubiese cometido un crimen hediondo. Por fin, el ministro Marco Aurelio se manifestó favorable a la

---

<sup>833</sup> Determina el artículo 2º de la Ley 8072/90: “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança. § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. § 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”.

<sup>834</sup> STF. HC 72697/RJ. Rel. Min. ILMAR GALVÃO, J. 19/03/1996.

<sup>835</sup> STF. HC 86698 / SP, Rel. Min MARCO AURÉLIO, J. 19/06/2007.

concesión de la suspensión fundamentando su decisión desde el punto de vista de la individualización de la pena, entendiendo que el artículo de la mencionada Ley de crímenes hediondos (n. 8.072/90) que determina la forma inicial del régimen de cumplimiento de la pena se relaciona directamente con la ejecución de la pena y no con la norma de derecho substancial instrumental reveladora de la suspensión condicional de pena<sup>836</sup>. Por lo tanto, actualmente el Supremo Tribunal Federal de Brasil entiende que es posible la suspensión de la pena, debiéndose analizar los requisitos de forma global, flexibilizando así el elemento aislado atinente a la valoración de la conducta delictiva ejecutada.

Tras realizar las consideraciones desarrolladas en los párrafos anteriores, queda señalar que la decisión que concede o deniega la suspensión en Brasil también debe ser fundamentada. La legislación impone al juez la obligación de manifestarse sobre la posibilidad de conceder o no este beneficio, exponiendo los motivos de su decisión, todas las veces en que la pena imputada sea igual o inferior a los dos años de privación de libertad<sup>837</sup>. Así, el juzgador debe expresar todas las razones en su dictamen, debiendo enfatizar y explicar claramente los motivos de su conclusión<sup>838</sup>, manifestando el raciocinio lógico que le motivó a denegar o conceder el beneficio<sup>839</sup>. Así hay que sopesar necesariamente los antecedentes del penado, su vida anterior, su conducta posterior, su culpabilidad, su personalidad, las circunstancias y los motivos del hecho delictivo<sup>840</sup>.

## **2.5. Algunas críticas a la peligrosidad criminal como criterio de concesión de la suspensión**

---

<sup>836</sup> STF. HC 86698/ SP, Rel. Min MARCO AURÉLIO, J. 19/06/2007.

<sup>837</sup> STF. 2ª Turma, HC 73.041-8/RJ, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, J. 21.11.95. Y STF. HC 70333 / RJ, 2ª Turma, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, J. 22/02/1994; igualmente: STF. HC 69800 / RJ, 2ª Turma, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, J. 16/02/1993

<sup>838</sup> STF. HC 77619/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, J. 03/11/1998; vid., STF. HC 77016/MG. 2ª Turma. Rel. Min. Néri da Silveira, J. 12/05/1998; STF. HC 72605/SP, 2ª Turma. Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, J. 17/10/1995.

<sup>839</sup> Según la jurisprudencia de Superior Tribunal de Justicia de Brasil: el hecho de tener mal antecedente no es lo que basta, por sí sólo, para denegar el Sursis STJ. Resp n. 56.241/RS, Rel. Min. Assis Toledo, DJ 06/02/95, p. 1.368

<sup>840</sup> STF. HC 72423/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. MARCO AURELIO, J. 29/08/1995

### 2.5.1. La ausencia de límites legales para interpretar la expresión peligrosidad criminal

Desde luego hay que repetir que, en principio, *el requisito de la peligrosidad criminal es un elemento importante a ser analizado en el momento de concederse la suspensión*. Pero también es necesario aducir y reconocer que la ausencia de una definición más clara de los exactos contornos dentro de los cuales se puede interpretar el significado de la expresión «*peligrosidad del reo*» es un punto que nos ha inquietado profundamente. Ello porque la Ley penal no define la extensión del campo conceptual de esta expresión. Una simple lectura en la actual redacción del Código penal es suficiente para constatar que no se han fijado los límites que esta expresión alcanza. Al contrario, tal comprensión viene a ser aclarada a través de la exégesis jurisprudencial y doctrinal. Respecto de esta preocupación, el Magistrado del Tribunal Supremo, Colmenero Menéndez de Luarca, denuncia que “la ley no dice qué haya de entenderse por peligrosidad criminal, aunque parece que se refiere a las posibilidades objetivas de que vuelva a delinquir”<sup>841</sup>. Como se puede ver, este autor, al interpretar el sentido que debe conferir a tal expresión, se acerca de forma cautelosa, y utiliza el verbo «*parecer*», en el momento de referirse al significado de la peligrosidad criminal como una probabilidad real de que el penado desarrolle una conducta delictiva.

Sin duda, este es un tema que merece una atención especial, puesto que el juicio de probabilidad se mueve básicamente entre el análisis de dos pilares indispensables: las circunstancias del hecho y del autor del delito<sup>842</sup>. Estos dos elementos se constituyen en un importante motor impulsor a la hora de conceder (o de negar) la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Ocurre que tal criterio, utilizado sin la debida ponderación, puede

---

<sup>841</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 185.

<sup>842</sup> Algunos autores destacan: “(...) han de considerarse las circunstancias del autor, no la naturaleza del delito, y lo que determinará la innecesaridad de la pena será la sensibilidad del sujeto a la condena, su integración social, instrucción, personalidad, relación familiar..., datos que muy probablemente no se encuentren en los autos, siendo muy recomendable obtenerlos, siendo diligencia exigible a la parte (AAP, Barcelona, 6ª, 180/2005, 29-3 y Barcelona, 6ª, 8-1-2003)”. ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier (Director) y otros. Doctrina penal de los tribunales españoles. 2ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 191.

generar un ambiente de absoluta inseguridad jurídica, puesto que transfiere al juzgador un margen de poder discrecional<sup>843</sup> tan amplio, que puede pensarse incluso en la posibilidad de que, en algunas ocasiones, puedan producirse decisiones arbitrarias, ofensivas al principio de la legalidad. Lo cierto es que, como advierte Morillas Cueva, “uno de los problemas que con mayor intensidad es planteado en toda la estructura normativa de los Códigos penales, y más concretamente con atención con el sistema de penas, sobre todo en fase de individualización, y todavía más en orden a los sustitutivos penales, es el del cumplimiento efectivo de algunas previsiones del principio de legalidad a veces enfrentado con dicha amplitud discrecional del aplicador de la norma”<sup>844</sup>.

A pesar de reconocer que la actividad judicial les proporciona a los aplicadores de la ley una experiencia singular, no nos parece que sea la mejor postura abogar radicalmente a favor de la reglamentación de mecanismos legales —sin un claro control normativo— que puedan consentir la elaboración de decisiones perjudiciales a la reinserción social del penado, bajo un fundamento de exclusiva indagación subjetiva, donde actúan, prioritariamente, los criterios inaccesibles e impenetrables de la conciencia, de la experiencia personal y de la línea ideológica y discrecional del juzgador. Se dice esto porque el concepto de peligrosidad, conforme señala Aníbal Bruno, está vinculado a la definición de peligro, que es concebido como una probabilidad de daño<sup>845</sup>. Es decir, el núcleo del estudio sobre la peligrosidad criminal del sujeto reside esencialmente en un juicio de probabilidad sobre la conducta futura del condenado. Las resoluciones dictadas, bajo el fundamento de la peligrosidad criminal, siempre cuentan con un “cierto grado de incertidumbre”<sup>846</sup>. Pues ¿Cómo prever si el sujeto volverá a delinquir durante la

---

<sup>843</sup> Enmarca Morillas Cueva: “una de las constantes más evidentes del estudio desarrollado anteriormente, es las amplias facultades que se les conceden a los jueces u tribunales a la hora de concretar y aplicar las diferentes alternativas a la pena de prisión”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. En AAVV. «Sobre las difíciles alternativas...». Op. Cit., p. 210.

<sup>844</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. En AAVV. «Sobre las difíciles alternativas...». Op. Cit., p. 210.

<sup>845</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito penal...* Op. Cit, p. 124.

<sup>846</sup> “Naturalmente, no es posible realizar un pronóstico infalible del comportamiento humano, de modo que las resoluciones que se dictan en esta materia cuentan con un cierto grado de incertidumbre y esta es la razón por la que el legislador permite acomodar el tiempo de la suspensión a este pronóstico”. Auto Audiencia Provincial Madrid, de 20 mayo 2004 [JUR 2004\241475].

suspensión de la pena? No hay una respuesta legal que apunte los criterios objetivos que deben presidir esta valoración. Al revés, el juicio de probabilidad es una valoración personal del juzgador, frente a cada situación en concreto<sup>847</sup>. Reside, por lo tanto, en la observación de las circunstancias del hecho delictivo ejecutado y en el examen del conjunto de factores externos e internos que incidieron en la personalidad del sujeto durante el curso de su vida<sup>848</sup>. Partiendo de esta valoración, se realiza un pronóstico<sup>849</sup> sobre la probabilidad objetiva de que el condenado cometa un nuevo delito. En parecidas líneas, Giménez García revela que la valoración de la peligrosidad “puede plantear problemas en orden a verificar dicho «juicio de peligrosidad», de naturaleza postdelictual, toda vez que ésta ya se ha manifestado en la causa en la que se va a decidir o no la suspensión de la ejecución, pero que se proyecta hacia el futuro: previsión de que vuelva a exteriorizarse su actividad delictiva. ¿De qué informes especializados puede disponer el Juez o Tribunal para objetivar o no

---

<sup>847</sup> “Suspensión de la Ejecución de las Penas Privativas de Libertad: improcedencia: penada en **paradero desconocido** desde su excarcelación que impide analizar la conveniencia de otorgarle tal derecho”. AAP Cantabria (Sección 1ª), de 10 abril 2008 [JUR 2008\226144]. “suspensión de la ejecución de las privativas de libertad: denegación: procedencia: peligrosidad criminal de penado: **falta de comparecencia en el juzgado**”. AAP Madrid (Sección 3ª), de 27 marzo 2008 [JUR 2008\181618].

<sup>848</sup> “(...) **Se ha denegado** la suspensión, por considerar que concurría la peligrosidad, cuando el condenado lo fue por un delito grave –robo con intimidación por parte de dos asaltantes frente a una sola víctima–, además de estudiarse los antecedentes policiales (AAP, Madrid, 23ª, 771/2005, 9-8); si ha sido condenado por cinco hechos similares (AAP, Cádiz, 5ª, 26/2006, 21-2); cuando tenía muchos antecedentes cancelables (AAP, Las Palmas, 1ª, 255/2005, 6-6 y Zaragoza, 265/2002, 29-11); cuando al cometer el hecho portaba un revolver y cincuenta cartuchos (AAP, Zamora, 25-10-2002); cuando se le había concedido este beneficio en múltiples ocasiones, sin cumplir su función resocializadora, sino que, por el contrario, siguió delinquiendo (AP, Barcelona, 239/2002, 25-6). **Se ha concedido** la suspensión al considerar que no existe peligrosidad, cuando el sujeto había delinquido hacía ya diez años, no existiendo ningún otro elemento en contra (AAP, Barcelona, 5ª, 15-7-2002), o desde hacía once años (AAP, Ciudad Real, 1ª, 110/2005, 9-5) o hacía seis, existiendo informes de los Servicios Sociales que indican que tanto el acusado como su familia están insertos en la sociedad, siendo el delito cometido un hurto (AAP, Santa Cruz de Tenerife, 1ª, 9-5-2006); cuando, aunque había sido condenado en esa misma causa por tres delitos de robo con intimidación, no mostraba perversidad, brutalidad o preactitud criminal, más o menos persistente (AAP, Castellón, 68-A/2001, 6-3); cuando, casado y trabajando había superado su adicción al alcohol, que fue la causa de sus problemas con la justicia (AAP, Cantabria, 1ª, 111/1999, 23-9); o cuando, con 18 años, comete dos robos con violencia atenuados, el mismo día, con un intervalo de cuatro horas y con idéntico *modus operandi*, lo que no revela por sí sólo peligrosidad (AAP, Madrid, 3ª, 141/2006, 6-3). Sin embargo, dado el adverbio utilizado por el Legislador, se pueden tener en consideración otros elementos de juicio como son, la gravedad del hecho (ATS 29-5-2001), la naturaleza del delito, forma de comisión y la gravedad de hechos (TC 209/1993, 28-6) o si la lesión curó o no pronto (AAP, Cádiz, 1ª, 14-9-2000)”. ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier (Director) y otros. Op. Cit., p. 191. (no está subrayado ni en negrita en el original).

<sup>849</sup> Sentencia Audiencia Provincial Guipúzcoa, de 3 enero 2005 [JUR 2005\78091].

esa posible peligrosidad? ¿Qué posibilidades reales tiene de contar con tales expertos... más allá del médico forense o los equipos de psicología y criminología que puedan estar al servicio del sistema judicial... si es que existen?... ¿y si no existen?”<sup>850</sup>.

Con fundamento en el juicio de peligrosidad es posible realizar, como ya se ha dicho, una amplia extensión interpretativa. Tan amplia que, al tratar sobre el tema de la discrecionalidad judicial, Barquín Sanz estima “que en materia de penas, los responsables de la elaboración del Código de 1995 no fueron muy respetuosos del principio de legalidad”<sup>851</sup>. Y tanto es así que la jurisprudencia varía sustancialmente con respecto al contenido de sus decisiones dictadas frente a casos aparentemente muy semejantes cuando vienen a sopesar el requisito discrecional y subjetivo de la peligrosidad criminal del penado. Y el factor determinante para que surjan entendimientos diversos es, exactamente, el análisis *de las circunstancias del hecho y también del autor*, que son las dos principales vertientes valorativas de este requisito.

Al manejar los citados criterios, la jurisprudencia oscila entre conceder la suspensión de la pena y no suspenderla, aunque el contexto que se presenta a la apreciación del juez sea bastante parecido. En este sentido, conviene destacar la valoración realizada en algunas decisiones sobre la conveniencia de autorizar este beneficio *a un autor que, por ejemplo, tiene antecedentes penales por hechos posteriores, pero que han sido sentenciados con anterioridad al enjuiciamiento del primer hecho delictivo cometido*. Es decir, para analizar y hacer una comparación en concreto, fijamos el siguiente marco: *la existencia de antecedentes penales; y, también, la existencia de una sentencia condenatoria por la comisión de un delito realizado en fecha posterior al que se está juzgando*. A partir de este problema, pueden encontrarse dos posturas distintas: una que deniega y otra que concede la suspensión condicional de la pena al condenado. Para ello recogemos dos decisiones de un mismo Órgano Judicial (la Audiencia Provincial de Cádiz), para que se demuestre bien que el análisis de las *circunstancias del hecho y del autor*

---

<sup>850</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (Dirección)—LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (coordinador). *Op. Cit.*, PP. 627/628.

<sup>851</sup> BARQUÍN SANZ, Jesus. “Sistema de sanciones y legalidad penal”. En *Aequitas-Revista Jurídica del Poder Judicial (México)*, 2000, p. 313.

permite motivar la decisión sobre la concesión o no de la suspensión, de forma bastante distinta, aunque los contornos fácticos presentados sean —como son en los supuestos señalados— muy semejantes.

Entre otros casos que podría citarse, nos parece interesante apuntar, como primer ejemplo, la decisión dictada en el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 7 de febrero de 2005, que consideró evidente la existencia de la peligrosidad criminal en el penado al valorar su trayectoria criminal, pues contra éste constaba una condena anterior por delito contra la salud pública (el mismo tipo penal). La Sala fundamentó su decisión del siguiente modo: “es evidente que el recurrente al delinquir por segunda vez *tenía perfecto conocimiento de que existía un procedimiento contra el mismo por delito contra la salud pública*, ya que las diligencias previas de las que resultó la actual condena datan del año 2001, y *a pesar de ello volvió a cometer hechos delictivos por el mismo tipo penal, de mayor gravedad* por lo que se desprende de la pena impuesta (...)”.

En esta primera parte de la motivación, la Sala tuvo en cuenta la trayectoria criminal del sujeto y el hecho de cometer delito más grave, como también el hecho del reo conocer la existencia de otro procedimiento por delito contra la salud pública<sup>852</sup>. Además, al observar la conducta del penado, los magistrados consideraron ausentes los intentos concretos de resocialización, concluyéndose que encontraban clara su peligrosidad criminal, tal como señala el Auto en cita: “(...) reflejando así la ausencia intentos válidos de resocialización o reinserción en dicho periodo, sino todo lo contrario, más bien un empeoramiento en su conducta que determinó su condena por hecho posterior más graves que el de la presente causa. Por lo anterior, evidenciando la existencia de peligrosidad criminal en el reo, esta Sala se muestra de acuerdo con el juicio de oportunidad realizado en instancia y procede

---

<sup>852</sup> Se puede constatar que varios juzgados deniegan la suspensión cuando se verifica la existencia de una hoja historia-penal. En este sentido: “(...) Por tanto, los numerosos antecedentes y la homogeneidad de los actos delictivos ejecutados por el recurrente, que roza el concepto de habitualidad, desaconsejan el beneficio de la suspensión de la condena, tanto por la peligrosidad que evidencia como por el riesgo de revitalizar en libertad los factores criminógenos que le impulsaron a delinquir repetidamente, junto con la frecuencia con que se cometen hechos análogos (...)”. Auto Audiencia Provincial Tarragona, de 9 enero de 2004 [JUR 2004\60841]. Además, Auto Audiencia Provincial Madrid, de 19 noviembre 2004 [JUR 2005\256714].

desestimar el recurso”<sup>853</sup>. Debe destacarse que, al valorar la trayectoria criminal del penado y verificar la existencia de otra condena<sup>854</sup>, inclusive, más grave, la Sala entendió ser patente la peligrosidad criminal del sujeto, denegando la suspensión de la pena anteponiendo los planteamientos concernientes a la seguridad colectiva y a la prevención general<sup>855</sup>. A este hilo, puede decirse que las decisiones jurisprudenciales suelen ser denegatorias del beneficio de la suspensión cuando se constata la reiteración delictual<sup>856</sup> a lo largo del tiempo<sup>857</sup>, aunque los antecedentes estén cancelados<sup>858</sup> o sean cancelables<sup>859</sup>, prescindiéndose de tener en cuenta los indicios que demuestren la evolución de la conducta del condenado en el sentido de su

---

<sup>853</sup> Auto Audiencia Provincial Cádiz, de 7 febrero 2005 [JUR 2005\145660]

<sup>854</sup> En semejante línea: Auto Audiencia Provincial Vizcaya, 28 julio [JUR 2005\237318]; Auto Audiencia Provincial Barcelona, de 25 mayo 2005 [JUR 2005\177477]; Auto Audiencia Provincial Cuenca, de 28 abril 2005 [JUR 2005\122056]; Auto Audiencia Provincial Barcelona, de 28 abril 2005 [JUR 2005\171611]; Auto Audiencia Provincial Barcelona, de 26 abril 2005 [JUR 2005\172001]; Auto Audiencia Provincial Sevilla, de 2 marzo 2005 [JUR 2005\144909]; Auto Audiencia Provincial Madrid, de 18 noviembre 2004 [JUR 2005\256734]; Auto Audiencia Provincial Madrid, de 12 marzo de 2004 [JUR 2004\233955]; Auto Audiencia Provincial Madrid, de 30 enero 2004 [JUR 2004\231287]; Auto Audiencia Provincial Madrid, de 14 enero de 2004 [JUR 2004\251719].

<sup>855</sup> En este sentido, es oportuno subrayar el Auto Audiencia Provincial Cantabria, de 2 junio 2005 [JUR 2005\148908].

<sup>856</sup> Véase: Auto Audiencia Provincial Barcelona, de 23 junio 2004 [JUR 2004\224656]. También: Auto Audiencia Provincial Madrid, de 11 mayo 2004 [JUR 2004\236951]; Auto Audiencia Provincial Huelva, de 19 abril de 2004 [JUR 2004\200436]; Auto Audiencia Provincial León, de 20 febrero de 2001 [JUR 2001\169378]; Auto Audiencia Provincial Barcelona, de 7 febrero de 2001 [JUR 2001\146888].

<sup>857</sup> Reo habitual es: “(...) quien haya cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello (...)”. Auto Audiencia Provincial Cádiz, de 8 octubre 2002 [JUR 2002\249058]

<sup>858</sup> Auto Audiencia Provincial Castellón, de 20 noviembre 2001 [JUR 2002\23496].

<sup>859</sup> “(...) Siguiendo este criterio habría que entender cancelado el antecedente referente a la condena por delito contra la seguridad del tráfico de la sentencia firme de 16 de diciembre de 1998, cuya extinción estaba fijada para el día 14 de febrero del 2001, puesto que entre esta última fecha y la de esta resolución - 21 de mayo de 2004 - han transcurrido más de tres años, o sea, sobradamente los plazos previstos en el apartado 2º del número 2 del art. 136 CP. De ahí, que de cara a la posible concesión del beneficio de la suspensión de condena hay que entender que el penado tiene cancelados sus antecedentes penales (...)”. Más adelante, tras valorar las diversas condenas existentes (todas canceladas o cancelables), Concluye la Sala: “(...) Es decir, hablamos de cuatro delitos contra la seguridad del tráfico. En estas circunstancias concretas parece lógico concluir que el penado es persona que difícilmente es capaz de controlar su ingesta alcohólica cuando tiene o quiere conducir un vehículo a motor. Y desde esta perspectiva específica parece también evidente, para la clase de delito del que hablamos, que se trata de un sujeto peligroso *puesto que reiteradamente ha sido sorprendido conduciendo vehículos a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas*, con lo de peligro, al menos abstracto, que ello tiene para otros usuarios de la vía pública (...)”. Auto Audiencia Provincial Barcelona, de 21 mayo 2004 [JUR 2004\189231].



reinserción social<sup>860</sup>. Así la conclusión sobre la peligrosidad criminal del sujeto pasa a ser proyectadas mucho más a partir de un dato concreto del pasado que se traduce en la observación de la efectiva habitualidad delictiva (hecho ya realizado), que propiamente en un pronóstico sobre la posibilidad real o remota de que el sujeto cometa una infracción penal en el futuro<sup>861</sup>.

Sin embargo, es necesario recordar que el análisis de la peligrosidad, con fundamento en la trayectoria criminal del sujeto, sobre todo cuando se constata la existencia de antecedentes cancelados o cancelables, debería ser planteada, teniéndose en cuenta la finalidad resocializadora de la pena y la necesidad de evitarse el efecto corruptor que la vida carcelaria puede producir en la personalidad del penado<sup>862</sup>.

Pues bien, partiendo del mismo marco (en análisis) *supra* mencionado y siguiendo el curso de este trabajo pasamos a observar el segundo ejemplo. En la segunda situación, la decisión contenida en el Auto de la Audiencia Provincial también de Cádiz, de 2 de marzo de 2005, consideró que el hecho simple de tener una condena anterior, por sí sólo, no es suficiente para denegar el beneficio de la suspensión de la pena<sup>863</sup>. De acuerdo con lo que decidió este Auto, el foco sobre la valoración de la peligrosidad criminal residió mucho más en la observación de la conducta desplegada por el condenado, tras cometer los hechos delictivos, así como en la verificación de los indicios razonables de su resocialización (detectados a partir de tal conducta), que en el

---

<sup>860</sup> Así: (...) tales resoluciones se hace referencia a la existencia de antecedentes penales, **aunque sean cancelables, a lo reciente de las últimas detenciones**, a la falta de garantías de que el condenado pueda llevar una vida honrada en libertad, así como a razones de prevención y de reinserción social del condenado; y tales razones, valoradas en su conjunto, permiten no sólo apreciar la concurrencia de peligrosidad criminal del sujeto, entendida como probable reiteración de acciones delictivas, sino también calificar de razonable y ponderada la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena (...). Auto Audiencia Provincial Murcia, de 24 julio de 2003 [JUR 2003\235286]. (sin negrita en el original)

<sup>861</sup> “Con ello no puede desconocerse esa proclividad o tendencia a la comisión de delitos lo que es índice de una clara peligrosidad criminal, concepto que se obtiene, **no por la mayor o menor facilidad o posibilidad de cometer defraudaciones en estos momentos, sino de esa reiteración delictual a lo largo del tiempo al haber sido condenado por las citadas defraudaciones** contra el Erario público entre el año 1993 y el año 1998”. Auto Audiencia Provincial Valladolid, de 1 septiembre 2004 [JUR 2004\262463]. (sin negrita en el original)

<sup>862</sup> Sobre la finalidad de la suspensión: Auto Audiencia Provincial Barcelona, de 21 mayo 2004 [JUR 2004\189231]; Auto Audiencia Provincial Murcia, de 10 septiembre de 2003 [JUR 2003\250643].

<sup>863</sup> Em esta línea, Auto Audiencia Provincial Barcelona, de 15 julio 2002 [JUR 2002\261384]

análisis de la trayectoria criminal del sujeto. La Sala astibió tal peligrosidad de la siguiente forma: "(...) debe destacarse que, si bien los hechos por los que se tramitó esta causa no son de *especial gravedad*, el motivo fundamental de la denegación por parte del juez "a quo" es la trayectoria criminal del recurrente, que ha sido condenado en otra ocasión por delito contra el patrimonio, con pena de prisión de un año<sup>864</sup>". La primera parte del fundamento de esta decisión coincide con la decisión anteriormente destacada con respecto a la existencia de una trayectoria delictiva. Pero, al verificar las circunstancias del autor, la Sala autorizó suspender la ejecución de su pena, ahora primando al fin preventivo-especial y no la seguridad colectiva ni la prevención general, aunque constase la trayectoria criminal del reo, su *conocimiento sobre la existencia de un procedimiento contra su persona* y la realización de un hecho delictivo posterior. Por lo tanto, cabe subrayar el tenor de los motivos que autorizaran la suspensión, en el Auto en cita: "(...) Sin embargo, quedan apenas dos meses para que termine el plazo de suspensión de aquella pena, no constan otros delitos y se puede observar que en *el comportamiento del reo durante casi tres años, se han producido ciertos avances o efectos que permiten observar intentos válidos de resocialización o reinserción, teniendo en cuenta la situación laboral del apelante*. Por lo anterior, a diferencia de otros supuestos, en el presente no se observa por esta Sala la existencia de peligrosidad criminal en el reo, al momento de dictar la presente resolución"<sup>865</sup>. El núcleo de la valoración de la Sala residió en el análisis del comportamiento del sujeto, tras cometer el crimen, y en los indicios de su recuperación, detectados sobre todo a partir de su situación laboral. De forma que al otorgar

---

<sup>864</sup> Auto Audiencia Provincial Cádiz, de 2 marzo 2005 [JUR 2005\144918].

<sup>865</sup> Y sigue: Además se señala un plazo de tres años de suspensión, conforme al art. 80.2 del Código Penal, atendidas las circunstancias que concurren en este caso y las personales del recurrente, con las consecuencias del art. 84 y 85 del Código Penal, en caso de incumplimiento del mencionado plazo. Auto Audiencia Provincial Cádiz, de 2 marzo 2005 [JUR 2005\144918]. Bajo muy semejante fundamentación, también se concedió la suspensión de la pena al siguiente supuesto: "(...) se desprende que el condenado se sometió a tratamiento, habiendo alcanzado los objetivos del mismo y encontrándose trabajando, sin que conste que haya vuelto a delinquir desde el año 1.998, por lo que no puede mantenerse que en la actualidad siga concurriendo el elemento de peligrosidad criminal inicialmente apreciado, sin olvidar que el fin esencial de la pena es, precisamente, la reinserción social del delincuente, que, en el caso de autos, parece haberse alcanzado, por lo que el cumplimiento actual de la pena dejaría de responder a esa finalidad esencial (...)". Auto Audiencia Provincial Murcia, de 10 septiembre de 2003 [JUR 2003\250643]. Y también: Auto Audiencia Provincial Cádiz, de 8 julio 2004, [JUR 2005\197704].

la suspensión se tubo en cuenta la finalidad de la suspensión que “(...) es la de evitar los perjuicios que el cumplimiento de penas privativas de libertad de corta duración (...)”<sup>866</sup> pueden ocasionar al penado.

Los contenidos de las dos decisiones subrayadas se muestran propicios para el debate. Ello porque tanto en un supuesto como en el otro el recurrente presentaba antecedentes penales por hechos ejecutados en fechas posteriores al delito que estaba siendo juzgado, pero, en ambos casos, la sentencia correspondiente al segundo ilícito fue dictada más rápidamente que la anterior, existiendo así concretamente, en las dos hipótesis, una sentencia condenatoria anterior. De este modo en las dos situaciones se evidenciaba la trayectoria criminal del individuo. Sin embargo, las características personales del autor fueron el eje diferencial para autorizar o denegar la concesión del beneficio. En el según ejemplo, las condiciones del medio exterior, el comportamiento posterior del condenado y su situación laboral produjeron, aparentemente, su resocialización. De signo bien contrario fueron los argumentos contenidos en el primer supuesto que se tuvo en cuenta la existencia de antecedentes penales, en la gravedad del hecho, en el conocimiento que tenía el condenado sobre la existencia de un procedimiento contra su persona y en la ausencia de conducta que apuntase su resocialización.

A partir de los ejemplos anteriores, puede notarse que la Ley penal no establece criterios precisos y objetivos dentro los cuales pueda moverse el magistrado al apreciar la existencia de indicios concretamente elevados que le indique la probabilidad de que el sujeto venga a desarrollar una conducta criminal en el futuro. Es cierto que no es fácil alcanzar la esencia del fenómeno de la peligrosidad, como explica Aníbal Bruno, definiendo “los contornos de los casos singulares. Pues en cada hipótesis tenemos un *hombre-problema*, frente al cual habrá de renovarse el juicio sobre su peligrosidad”<sup>867</sup>.

---

<sup>866</sup> Auto Audiencia Provincial Cádiz, de 2 marzo 2005 [JUR 2005\144918].

<sup>867</sup> En el original: “O núcleo irredutível do conceito é esse potencial de criminalidade que se define da maneira mais breve como probabilidade de delinquir. Não é possível alongá-lo até alcançar a essência do fenômeno e definir o contorno dos casos singulares. Em cada hipótese particular temos um homem-problema, em face do qual se há de renovar o julgamento de perigosidade”. BRUNO, Aníbal. *Direito penal... Op. Cit.*, p. 126.

Pues bien, la verdad es que el hecho de afirmar que un individuo es peligroso —cuando se está valorando la posibilidad de conceder la suspensión de la pena— es una cuestión nítidamente delicada porque, en regla, el delito cometido por el sujeto presenta como consecuencia una pena privativa de libertad de corta duración y, además, se exige para acceder a la suspensión, antes de verificarse su peligrosidad, que «*el reo haya delinquirido por la primera vez*», conforme determina el apartado primero del artículo 81 CP. Así, el «*hombre-problema*» que solicita la suspensión es, antes de todo, un delincuente primario<sup>868</sup> o no siendo un delincuente primario su incursión en el crimen debe haber sido algo puntual o circunstancial de forma que sus antecedentes penales deben estar cancelados<sup>869</sup> o susceptibles de serlo<sup>870</sup>. Por lo tanto, se trata de un delincuente primario u ocasional<sup>871</sup> que ha llevado a

---

<sup>868</sup> “En el presente caso, el condenado Ramón es la primera vez que delinque (carece de antecedentes penales, la pena por la que ha sido condenado no exceden de dos años, es muy reducida e incluso ha desaparecido en la actualidad (arresto de catorce fines de semana), sin que aparezca signo o dato alguno que permita atisbar o que revele una peligrosidad criminal en el recurrente ajena a esta condena examinada”. Auto Audiencia Provincial Castellón, 22 julio 2005 [JUR 2005\253415]. También: Auto Audiencia Provincial Zamora, de 9 enero de 2001 [JUR 2001\97235].

<sup>869</sup> Sobre cómo se cancela los antecedentes dice la jurisprudencia: “para ser cancelados los antecedentes, exige el artículo 136.2º del CP un período de tiempo sin delinquir, según la gravedad de la pena impuesta y dicho tiempo se computa desde el día siguiente a aquel en que quede extinguida la pena. Como hay penas que le han sido suspendidas, su extinción no se producirá hasta que transcurra el período de suspensión, empezando entonces el plazo para la cancelación de los antecedentes”. Auto Audiencia Provincial Cádiz, de 8 octubre 2002 [JUR 2002\249058]. Cuando se verifica que los antecedentes del condenado no están todavía cancelados, la jurisprudencia suele denegar la suspensión: Auto Audiencia Provincial Valladolid, de 1 septiembre 2004 [JUR 2004\262463].

<sup>870</sup> Desde esta perspectiva, recientemente, la Audiencia Provincial de Barcelona, de 19 de junio de 2006, reformó la decisión del juez *a quo* para conceder la suspensión, bajo la siguiente justificativa, señalando que: “(...) es lo cierto que no puede predicarse fundadamente la existencia de peligrosidad en el recurrente por el hecho de haber sido condenado ejecutoriamente mediante sentencia firme de 3.12.99 como autor de un delito de desobediencia, (por el que se le concedió la condena condicional con fecha 15.11.00), y otro de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, a las penas de seis meses de prisión por el primero, y de tres meses de multa y un año y un día de privación del derecho a conducir vehículos de motor por el segundo. Tales extremos no han sido, a nuestro entender, adecuadamente ponderados por el Juez de lo Penal en la resolución hoy apelada, que, en efecto, no se ve revestida de la suficiente fundamentación sobre el referido extremo de la peligrosidad del sujeto, para sustentar la denegación que se ocurre. *Y es que, para ello, debe tenerse en cuenta no sólo la naturaleza de los delitos precedentes por los que recayó condena, ya mencionada, sino también el tiempo transcurrido desde que los mismos tuvieron lugar.* Auto Audiencia Provincial Barcelona, de 19 junio de 2006 [JUR 2007\186599] (subrayamos). *Vid.*, Auto Audiencia Provincial Zamora, de 7 diciembre 2005 [JUR 2005\39229]; Auto Audiencia Provincial Zamora, de 16 diciembre de 2003 [JUR 2003\43587].

<sup>871</sup> En el caso que nos ocupa estima este Tribunal que la pretensión de suspensión de la ejecución debe prosperar, pues para apreciar la peligrosidad criminal del reo, se deben valorar las distintas circunstancias concurrentes en el caso antes de conceder o denegar un beneficio

cabo (conforme regla general) un delito que la pena siquiera excede a los dos años de privación de libertad. De esta forma, hay que tener bastante cautela antes de denegar la suspensión, bajo el fundamento de la peligrosidad criminal, para que la decisión denegatoria no se constituya en un acto discriminatorio ni tampoco ineficaz.

No se puede perder de vista que, a diferencia de la pena privativa de libertad de corta duración (en especial de la prisión), la suspensión es un instituto mucho más eficiente desde el punto de vista preventivo-especial y que tiene la finalidad de evitar los efectos nocivos causados por la pena privativa de libertad, tanto en lo que se refiere al contacto del reo primario (u ocasional) con condenados más avezados en el crimen; como también al que corresponde al desarraigo social, laboral y, principalmente, familiar<sup>872</sup> que son provocados por el encarcelamiento. En relación con esta afirmación, el Auto de la Audiencia Provincial de Zamora destaca que “la suspensión de la ejecución de la pena se presenta como un instituto resocializador en el sentido de que intenta evitar al delincuente primario el efecto desocializador del ingreso en prisión”<sup>873</sup>.

Es preocupante verificar la inestabilidad o la variación de los criterios utilizados para realizar el juicio de peligrosidad. Conforme ya se ha dicho, la peligrosidad criminal es una valoración discrecional del juez que atisba los indicios de que el condenado puede ser potencialmente peligroso<sup>874</sup>. Y tal peligro puede ser revelado a través de un comportamiento antisocial, que apunte su estado de desajuste con respecto a las reglas culturales y sociales. Por lo tanto, al depender del contexto expuesto en determinada hipótesis, tal

---

fundamentalmente previsto por la Ley para los delincuentes ocasionales, cuyo ingreso en prisión se evita concediéndoseles una nueva oportunidad de rectificar su conducta”. Auto Audiencia Provincial Madrid, de 2 junio 2004 [JUR 2004\236176]

<sup>872</sup> “no es ocioso recordar que el beneficio de la suspensión condicional de la pena tiene como espíritu y finalidad evitar que los delincuentes primarios u ocasionales, que no reúnan características de peligrosidad criminal y condenados a penas de prisión no muy dilatadas, ingresen en el Centro Penitenciario, con el quebranto y desarraigo que ello supone en su vida familiar, laboral y social” Auto Audiencia Provincial Valladolid, de 1 septiembre 2004 [JUR 2004\262463]. También, Auto Audiencia Provincial Madrid, de 11 mayo 2004 [JUR 2004\236951].

<sup>873</sup> Auto Audiencia Provincial Zamora, de 7 diciembre 2005 [JUR 2005\39229]; ver también, Auto Audiencia Provincial Madrid, de 11 mayo 2004 [JUR 2004\236951]

<sup>874</sup> Debe subrayarse: “(...) peligrosidad criminal del reo, concepto discrecional en el que el Juez o Tribunal debe valorar las distintas circunstancias concurrentes en el caso antes de conceder un beneficio (...)” Auto Audiencia Provincial Cádiz, de 13 diciembre 2002 [JUR 2003\113458]

síntoma de peligrosidad puede ser detectado a partir del análisis de innumerables elementos como, a título de ejemplo, puede subrayarse, entre otros, la omisión de su esfuerzo para satisfacer la responsabilidad civil<sup>875</sup>; la ausencia de arraigo personal<sup>876</sup> y la carencia de una situación laboral estable<sup>877</sup>; también, la existencia de procedimientos y antecedentes policiales y penales<sup>878</sup>; la gravedad de los hechos objeto de condena<sup>879</sup>; su repercusión social<sup>880</sup>; los medios empleados para cometer el ilícito<sup>881</sup>; el perjuicio económico causado<sup>882</sup>; la existencia de informes penitenciarios desfavorables<sup>883</sup>; la evolución negativa de los efectos de la toxicomanía y su resistencia al tratamiento<sup>884</sup>; la ejecución de otros delitos cuando gozaba del beneficio de la suspensión<sup>885</sup>; el riesgo que representa la excarcelación del

---

<sup>875</sup> Véase: “(...) no consta que el condenado haya efectuado esfuerzo alguno por satisfacer total o parcialmente los perjuicios ocasionados a la víctima con su conducta (...)”. Auto Audiencia Provincial Madrid, de 18 julio de 2003 [JUR 2003\256500].

<sup>876</sup> Auto Audiencia Provincial Valladolid, de 1 septiembre 2004 [JUR 2004\262463]

<sup>877</sup> “(...) siendo, por otro lado, *relevante el hecho de que el mismo se encuentre en una situación laboral estable* por lo que no tendría sentido de finalidad de reinserción y resocialización propia de la pena de prisión (alegación 1ª) (...)”. Auto Audiencia Provincial Córdoba, de 10 julio de 2003 [JUR 2003\219162].

<sup>878</sup> *Vid.*: “constan en el *procedimiento numerosos y variados antecedentes penales y policiales*, (...)” Auto Audiencia Provincial Vizcaya, 28 julio 2005 [JUR 2005\237318]; Auto Audiencia Provincial Castellón, de 9 febrero de 2002 [JUR 2002\120213]; Auto Audiencia Provincial Zamora, de 15 enero de 2002 [JUR 2002\86524].

<sup>879</sup> Auto Audiencia Provincial Madrid, de 20 mayo 2004 [JUR 2004\241475]; Auto Audiencia Provincial Cádiz, de 8 octubre 2002 [JUR 2002\249058]; Auto Audiencia Provincial Cádiz, de 11 junio 2002 [JUR 2002\224584].

<sup>880</sup> “(...) a la peligrosidad que conlleva la entrada en casa habitada y a la alarma que provoca en la sociedad (...)”. STS núm. 208/2000, de 18 de febrero [RJ 2000\871]. En semejantes líneas: “(...) No ha lugar a lo solicitado teniendo en cuenta la gravedad del hecho cometido por los condenados, la repercusión negativa que tales hecho causan a la sociedad (...)”. Auto Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife, de 10 marzo 2005 [JUR 2005\116218]. *Vid.*, Auto Audiencia Provincial Madrid, de 24 marzo 2004 [JUR 2004\238173].

<sup>881</sup> Auto Audiencia Provincial Madrid, de 20 mayo 2004 [JUR 2004\241475].

<sup>882</sup> Auto Audiencia Provincial Madrid, de 20 mayo 2004 [JUR 2004\241475].

<sup>883</sup> Dice la jurisprudencia: “(...) Y por otra parte, los *informes penitenciarios* a que nos hemos referido evidencian que debido a su drogodependencia, no puede descartarse el riesgo de reiteración delictiva si fuera ahora excarcelado (...)”. Auto Audiencia Provincial Sevilla, de 2 febrero 2005 [JUR 2005\145850].

<sup>884</sup> Auto Audiencia Provincial Sevilla, de 2 febrero 2005 [JUR 2005\145850].

<sup>885</sup> “(...) En el presente caso, aun cuando se evidencia que concurren los requisitos legales del artículo 81 y que no ostenta formalmente la condición formal de reo habitual, pone de manifiesto una objetiva peligrosidad criminal no desvirtuada, *máxime cuando ha sido beneficiario de otras suspensiones de condena*: (...)”. Auto Audiencia Provincial Zamora, de 7 diciembre 2005 [JUR 2005\39229]. También, Auto Audiencia Provincial Madrid, de 19 noviembre 2004 [JUR 2005\256714]”.

condenado para la víctima<sup>886</sup>; los efectos que se esperan alcanzar con la suspensión<sup>887</sup> y, entre otros aspectos, la ausencia de modificaciones operadas en la conducta del penado tras haber cometido el delito<sup>888</sup>. En esta perspectiva, Villacampa Estiarte–Torres Rosell–Luque Reina afirman que “habitualmente los órganos jurisdiccionales no tienen los medios necesarios para efectuar juicios de pronóstico sobre la base de criterios científicos, con lo cual las apreciaciones al respecto acostumbran a ser meramente intuitivas”<sup>889</sup>. En fin, no hay un elemento específico ni una respuesta científica a partir de la cuál pueda extraerse un pronóstico en el que se verifique la posible ejecución de una conducta delictiva en el futuro.

### **2.5.2. Otros aspectos críticos a reflejar y opinión personal**

Al margen de lo que se ha discutido en los párrafos anteriores, puede añadirse que hay otras razones que estimulan la crítica en contra del criterio de peligrosidad, como factor denegatorio de la suspensión a los condenados que nunca han delinquido anteriormente en su vida. Entre otros argumentos, debe enfatizarse que el juicio de peligrosidad parece chocarse directamente con los planteamientos preventivo-especiales, que son indiscutiblemente prioritarios en el momento de la ejecución de la pena.

Como se sabe, el criterio de peligrosidad criminal puede suponer para el reo perder la oportunidad de experimentar la ejecución de su pena a través de

---

<sup>886</sup> Sobre este panorama, un supuesto de violencia de género: “(...) Por lo que dándose la circunstancia, de que en la inicial denuncia, de la víctima relató no solo los hechos por lo que ha sido condenado sino una habitualidad desde dos años antes y que en el momento de la detención, el condenado iba persiguiendo a la víctima, se puede considerar como cierta la peligrosidad del condenado por lo menos en relación con su pareja. En consecuencia procede la desestimación del recurso. Auto Audiencia Provincial Murcia, de 7 junio de 2004 [JUR 2004\192711]; Auto Audiencia Provincial Murcia, de 2 febrero 2005 [JUR 2005\92321].

<sup>887</sup> “La prognosis exige considerar todas las circunstancias que hacen posible una conclusión sobre la vida futura del reo: la personalidad del condenado, su vida anterior, las circunstancias del delito, su comportamiento, sus circunstancias personales y”. Auto Audiencia Provincial Madrid, de 23 marzo de 2004 [JUR 2004\238214]

<sup>888</sup> Auto Audiencia Provincial Soria, de 26 febrero de 2004 [JUR 2004\83820].

<sup>889</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina–TORRES ROSELL, Núria–LUQUE REINA, M. Eulàlia. Op. Cit., p. 25.

un instituto más resocializador<sup>890</sup>, más benéfico y más eficiente que la cárcel. Por el contrario, tal requisito pavimenta el ingreso del individuo en prisión para cumplimiento de una pena de corta duración, vedando el acceso a las alternativas a la privación de la libertad.

No se puede olvidar que la pena debe ser planteada en la perspectiva de su finalidad preventiva, descartando cualquier injerencia de los argumentos retribucionistas. Además, es evidente que la orientación preventivo-especial debe prevalecer en el momento del análisis de cómo será ejecutada la pena. La jurisprudencia considera que, a la hora de aplicar la pena, debe tenerse en cuenta el efecto que se pretende alcanzar: “en este momento esos fines se consideran al margen de la pura retribución, fundamentándose en la prevención, especial cuando se actúa sobre el delincuente, bien por la intimidación individual, bien por la inocuización, o bien por la rehabilitación o reinserción social, siendo ésta última la finalidad que prima en nuestro Derecho por imperativo del artículo 25.2 CE (...)”<sup>891</sup>. También es reseñable que importantes voces alejan inclusive la propia misión del Derecho penal de los fundamentos retributivos, explicando que la estructura valorativa de la norma punitiva no conduce a la retribución sino a la prevención. En este sentido, Olmedo Cardenete señala que “la importancia de la estructura valorativa de la norma punitiva no conduce, ni tiene por qué hacerlo, a un fin retributivo de la función de la pena (...). Antes al contrario, contribuye decisivamente a la función preventiva de la sanción”<sup>892</sup>.

También la jurisprudencia de Otros Ordenamientos jurídicos pone de relieve que es importante para el Estado centrar todos los esfuerzos en el sentido de buscar la recuperación del delincuente y acentúa que la suspensión condicional de la pena puede ser uno de estos caminos, pues el eje que

---

<sup>890</sup> “(...) la concesión del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena no puede, ni mucho menos, afectar a los fines de la pena, que no es otro que el de la prevención especial mediante la reeducación y reinserción social del delincuente, y que, bien al contrario y atendido a la reducida pena que se le impone, resultaría acorde a tal finalidad y al sentido del beneficio que se pretende (evitar los efectos de la ejecución de penas cortas privativas de libertad). Por todo ello, el recurso debe ser estimado y el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena concedido”. Auto Audiencia Provincial Castellón, 22 julio [JUR 2005\253415].

<sup>891</sup> Auto Audiencia Provincial Castellón, de 30 abril de 2004 [JUR 2004\178808].

<sup>892</sup> OLMEDO CARDENETE, Miguel-ARAÚJO NETO, Felix. *Introducción al derecho penal*. Lima, ARA Editores, 2007, p. 46.



preside tal instituto es la finalidad resocializadora. De este modo, por razones de política criminal, se recomienda autorizar la libertad del sujeto, bajo el cumplimiento de determinadas exigencias, para que los perjuicios causados por el encarcelamiento sean evitados, buscando lograr la recuperación del condenado cuando sea posible<sup>893</sup>. Ello porque, tal y como señala Roxin, “en la imposición de la pena en la sentencia hay que tomar en consideración en la misma medida las necesidades preventivas especiales y generales (...). Por último, en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial”<sup>894</sup>.

Partiendo de estas premisas, hay que reflejar cuál es la dirección más prudente cuando no se sabe concretamente si el delincuente es peligroso o no. Frente a tal situación, surge el siguiente debate: a) denegar la suspensión, realizando un pronóstico negativo sobre la supuesta conducta futura del delincuente, a partir de un juicio incierto (o de probabilidad); b) o arriesgar y conceder la suspensión, permitiéndole tener la oportunidad de experimentar un instituto de cuño más resocializador, ante la certeza de que la pena corta de prisión no cumple la finalidad preventivo-especial.

Desde nuestro punto de vista entendemos que, ante tal duda, es pertinente y más aconsejable abogar en favor de la oportunidad del instituto más resocializador, más eficiente y más adecuado a lo exigido a la pena durante su ejecución; que es conseguir los efectos preventivo-especiales, lo que nos lleva a coincidir con la segunda hipótesis anteriormente señalada. Sin embargo, hay que decir que no se puede descartar por completo el criterio de la peligrosidad criminal en la suspensión, al contrario, hay que matizarlo, reducirlo y plantearlo dentro de dos grandes perspectivas:

En la primera vertiente, entendemos que se debe conceder la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, de forma automática, al reo que ha delinquido por primera vez, presentes los requisitos

---

<sup>893</sup> TACRSP: “Lo que más importa AL Estado no es punir, sino reeducar el delincuente y reconducirle a la sociedad como parte integrante de aquellos que respetan el derecho de la libertad ajena, en su mas amplio entendimiento, que es el limite del derecho del otro. (JTACRIM 457/390), in MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal...* Op.Cit., p. 533.

<sup>894</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2003, p. 97.

del art. 81 CP. Como se ha dicho, este artículo establece como condiciones imprescindibles para suspender la pena privativa de libertad «que el reo haya delinquirido por primera vez»; que «se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado»; y que «la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años». Estas condiciones, por sí solas, filtran suficientemente el acceso a la suspensión, porque además de exigirse la ausencia de una trayectoria criminal, también ubica la suspensión en el ámbito de las hipótesis en que la privación de la libertad del imputado es de corta duración, pues no supera los dos años.

Además, la legislación penal permite imponer al reo determinadas condiciones durante un determinado plazo, lo que viene a restringir sus derechos, una vez que tiene que cumplir una serie de exigencias durante el periodo de prueba, para mantenerse irrefragable su permanencia en libertad. De este modo, cabe al juez aplicar más restricciones o menos dependiendo del caso en concreto, apreciando incluso para la fijación de tales restricciones su peligrosidad criminal. Así, si el condenado no viene a respetar las condiciones establecidas, soportará las consecuencias de sus actos, que puede incluso resultar en la revocación de la suspensión de la pena y provocar, ahora sí, su ingreso en prisión.

Por esta razón, parece ser incompatible con la finalidad de la pena ingresar el reo primario en prisión, al realizar un pronóstico, mejor dicho, un juicio anticipado sobre su comportamiento, que va a ser todavía sometido a prueba, bajo serias condiciones e incluso bajo la evidente amenaza de prisión.

Así lo planteamos porque, como se ha dicho anteriormente, la peligrosidad criminal se mueve exclusivamente sobre el terreno movedizo de las hipótesis y de la probabilidad. Es decir, el centro de la valoración reside en una proyección absolutamente incierta que *puede o no producirse*. En esta perspectiva merece destacarse la curiosa explicación sobre este tema manifestada en el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres: «La peligrosidad criminal consiste en un *juicio de probabilidad*; salvo que el juzgador posea *dotes adivinatorias*, en cuyo caso probablemente se dedicaría a otro oficio más *lucrativo*, no se trata de concluir con certeza absoluta que una persona volverá a delinquir sino de analizar las posibilidades de que delinca de nuevo (bien

respecto del mismo delito, bien respecto de otro cualquiera)”<sup>895</sup>. De forma que no poseyendo, por supuesto, los jueces tales dotes adivinatorias, defendemos que debe ser reducido el campo de denegación de la suspensión, cuando se fundamenta en la peligrosidad criminal, por las siguientes razones: uno, porque la pena privativa de libertad de corta duración no cumple la finalidad preventivo-especial; dos, porque excluye la posibilidad de aplicarse una medida alternativa, que es indiscutiblemente más benéfica y más eficiente que, simplemente, ejecutar la pena privativa de libertad; tres, porque hay que respetar el principio de la humanidad de las penas; cuarto, porque en la realidad práctica, el beneficio de la suspensión viene siendo otorgado casi automáticamente cuando se verifica que el reo presentan historial limpio<sup>896</sup>. Tal y como dice Morillas Cueva, hay que propugnar “la intensa defensa de las alternativas a la pena de prisión, en todas las fases por las que transcurre la vida de la pena, con especial detenimiento en los auténticos y específicos sustitutivos a dichas penas, al menos para las privativas de libertad de corta duración”<sup>897</sup>.

Desde la segunda perspectiva, estimamos que cuando se trata de reos que poseen antecedentes cancelados o cancelables, en que se constate la existencia de una trayectoria criminal, para estos supuestos, debe realizarse el juicio de peligrosidad criminal. Ello porque la existencia de una hoja de antecedentes (cancelados o no) puede demostrar la inclinación del sujeto hacia el delito<sup>898</sup>. Así, cuando se verifique tal hipótesis, la solución es confiar en la experiencia, “profesionalidad, conocimientos y prudencia del juzgador”<sup>899</sup>, que realizando con equilibrio y ponderación el juicio de probabilidad criminal del

---

<sup>895</sup> Auto Audiencia Provincial Cáceres, 29 junio, [JUR 2005\168215]; Auto Audiencia Provincial Castellón, de 6 octubre 2003 [JUR 2004\602]

<sup>896</sup> CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena en España: descarceración y reincidencia», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 15, 2005, p. 225.

<sup>897</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. En AAVV. «Sobre las difíciles alternativas...». Op. Cit., p. 210.

<sup>898</sup> Hay autores van más allá todavía y afirman que ni siempre se puede presumir la peligrosidad del sujeto incluso cuando éste sea reincidente: “Esta presunción es efectivamente criticable, pues no sirve para explicar todos los casos de reincidencia, multirreincidencia, pues no todo reincidente volverá a recaer en el delito si, por ejemplo, la comisión del delito obedece a problemas puntuales (familiares, laborales, etc.). AGUADO LÓPEZ. Sara. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político-criminales*. Madrid, Ed. Iustel, 2008, p. 49.

<sup>899</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. En AAVV. «Sobre las difíciles alternativas...». Op. Cit., p. 213.

sujeto pueda distinguir, motivadamente, entre los diversos supuestos, aquellos en que la suspensión de la pena es la dirección más adecuada y eficiente para lograr su reinserción social, en detrimento de los casos en que la concesión de tal sustituto sería absolutamente ineficaz. Mientras tanto, no se puede perder de vista, conforme enfatizan Jescheck–Weigend, que las “distorsiones en la ‘vida anterior’ de la persona no pueden ser aplicadas sin más como causa de agravación de la pena, sino que a ser posible la sanción debe ser configurada de tal modo que corrija las costumbres o los rasgos de su personalidad favorecedores de la criminalidad”<sup>900</sup>. Respecto de lo que se acaba de decir debe destacarse que la suspensión sólo debe ser evitada, por motivos de peligrosidad criminal, cuando verdaderamente se detecte rasgos elevados de dificultad en la reintegración social del sujeto, que posee un historial criminal cancelado o cancelable.

Por lo tanto, también hay que establecer criterios mínimos para la utilización del juicio de peligrosidad. Estos son: uno, la exigencia, obligatoria, de la producción previa de informe criminológico sobre la peligrosidad del sujeto. Esto no quiere decir que el juez esté necesariamente vinculado al contenido de tal informe. Al contrario, propugnamos que el juicio de peligrosidad criminal debe ser realizado de forma discrecional, a través de la cultura y de la experiencia del juzgador, constituyéndose en una valoración más amplia que el propio informe criminológico, pero, aún así, la realización de tal documento debe ser obligatoria, pues sirve de parámetro a ser tenido en cuenta a la hora de sopesar todos los aspectos atinentes a este requisito y en el momento de motivar el veredicto final.

Respecto de lo anterior, es interesante observar que importantes investigaciones científicas demuestran que varias decisiones que deniegan o conceden la suspensión han sido llevadas a efecto sin la existencia de cualquier informe criminológico sobre la peligrosidad del condenado. Asegura Cid Moliné “(...) sobre el uso de la suspensión por parte de los jueces españoles: en primer lugar, la decisión de los jueces sobre si conceder o denegar la suspensión se realiza, en la inmensa mayoría de los casos, sin la ayuda de un informe criminológico relativo al pronóstico de peligrosidad de la

---

<sup>900</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit. p. 961.

persona (...)"<sup>901</sup>. A consecuencia de las conclusiones de la citada investigación científica, se ha comprobado que el análisis de dicho juicio de previsibilidad, en la práctica, está siendo realizado sin que haya un informe criminológico correspondiente al pronóstico de peligrosidad del sujeto, lo que refuerza todavía más la crítica de que la decisión fundada en el citado diagnóstico es resultante de una indagación exclusivamente subjetiva y ampliamente discrecional del juzgador.

Dos, es indispensable la motivación de las decisiones sobre la suspensión o no de la pena con fundamento en la peligrosidad. El deber de motivar es necesario sobre todo porque excluye (o reduce) la posibilidad de que se produzcan dictámenes judiciales arbitrarios, puesto que se exige la manifestación de una decisión basada en criterios de la racionalidad, debiendo estar estrechamente vinculada al derecho<sup>902</sup>.

Tres, entre los diferentes criterios utilizados para realizar el juicio de peligrosidad del sujeto, el juez debe tener en cuenta las dos importantes columnas que posibilitan tal valoración que son: las circunstancias del hecho y del autor. Al analizar estos dos requisitos debe conceder importancia máxima al comportamiento desarrollado por el reo posteriormente a la ejecución del delito, a los factores operados en su conducta que demuestren sus esfuerzos hacia el

---

<sup>901</sup> CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena...», Op. Cit., p. 225.

<sup>902</sup> Comentando la sentencia de 23 de abril de 2001, del Tribunal Constitucional, destaca Morillas Cueva: "En un sistema legal de determinación de la pena caracterizado por la estrecha vinculación del Juez a la Ley, como bien manifiesta la sentencia en cita, el arbitrio judicial se encuentra fuertemente limitado y poco espacio queda para la motivación judicial, en la medida en que esta se erige en expresión de la racionalidad de la decisión y, por tanto, en excluyente de la arbitrariedad judicial". MORILLAS CUEVA, Lorenzo. En AAVV. «Sobre las difíciles alternativas...». Op. Cit., p. 212.

camino de la resocialización<sup>903</sup>, a la reparación del daño y, también, al riesgo que representa la excarcelación del condenado para la víctima<sup>904</sup>.

### 3 «La existencia de otros procedimientos penales» contra el sujeto.

A más, el art. 80,1 del Código penal español establece también otro criterio, éste añadido por la LO 15/2003, que es «la existencia de otros procedimientos penales» contra el sujeto. Se trata de un aspecto bastante relevante de la regulación penal, puesto que la ley determina, de forma expresa, la necesidad de atender a este criterio antes de otorgar la medida suspensiva. De acuerdo con lo que dicta la legislación vigente, para que se valore este requisito no es necesario que haya sentencia firme. Para ello, es suficiente la constatación de otros procedimientos penales, en que el condenado protagonice la condición de reo. En este sentido, cabe destacar las palabras de Colmenero Menéndez de Luarca: “al menos deberá constar la existencia de procedimiento en los que el penado ocupe el estatus de imputado, aunque no haya recaído auto de procesamiento o de incoación de procedimiento abreviado o de adopción de alguna medida cautelar”<sup>905</sup>.

---

<sup>903</sup> Para Jescheck–Weigend: “hay que valorar favorablemente el ‘buen comportamiento’ que el sujeto adopta tras el hecho durante un largo e ininterrumpido plazo de tiempo (BGH StV 1988, pág. 487; OLG Düsseldorf StV 1993, pág. 310), pues ello indica que no son necesarios amplios esfuerzos dirigidos hacia su reintegración social. De forma más intensa habla a favor del autor el hecho de que tras el delito haya adoptado medidas para evitar su reincidencia posterior como, por ejemplo, la participación en cursos de reciclaje para conductores tras haber cometido un delito de conducción bajo los efectos del alcohol. Objeto de un tratamiento especial han de ser dos modalidades de conducta postdelictiva que últimamente están siendo objeto de una intensa discusión, a saber, el *comportamiento procesal* del autor, por un lado (vid. Infra § 83 IV 2), y la *reparación* de las consecuencias del hecho, por otro (vid. Infra § 83 IV 3)”. JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit. p. 963.

<sup>904</sup> Jescheck–Weigend hablan en: “los esfuerzos del autor dirigidos a la reparación del daño y a la conciliación con la víctima. JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. Op. Cit. p. 965.

<sup>905</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 185. En este sentido, también apunta Berdugo Gómez de la Torre: “Este nuevo criterio planteará dificultades en la práctica sobre la forma de constatar la existencia de esos otros procedimientos penales abierto. No bastarían los antecedentes policiales aunque, con ciertas reservas, pueden constituir un indicativo de la peligrosidad del sujeto, y habría que averiguar el Juzgado que conoce del asunto y deberá de acreditarse el estado en el que se encuentran estos procedimientos”. BERDUGO GÓMEZ DE

Por tanto, la existencia de imputación formal contra el condenado interfiere, de forma relevante, en el proceso de valoración sobre la concesión de la medida suspensiva. Ello porque, si trata de un dato importante (decisivo) para trazar un perfil del comportamiento social del condenado.

Sobre este criterio, cabe destacar la existencia de importantes objeciones. De un lado, algunos autores resaltan impedimentos de orden práctico, como por ejemplo, la ausencia en España, todavía, de las condiciones técnicas adecuadas para mantener disponible, de forma siempre actualizada, todas las informaciones necesarias sobre todos los procedimientos que puedan existir contra todas las personas, lo que dificulta el momento de realizar dichas consultas<sup>906</sup>.

De otra parte, otros autores advierten la posibilidad de este requisito revestirse de inconstitucionalidad, porque se enfrentaría, según importantes voces, al principio de la presunción de inocencia. En esta línea, Mir Puig considera que debe reconocerse que este “criterio puede tropezar con el principio constitucional de presunción de inocencia, por lo que no bastará una consideración automática de procedimientos no concluidos con condena ejecutoria, sino sólo en cuanto aporten concretos y suficientes indicios de peligrosidad criminal del sujeto”<sup>907</sup>. En realidad, parece ser patente la inconstitucionalidad de este criterio, ya que la ley, expresamente, crea un dispositivo legal que veda la concesión de la medida suspensiva, bajo el fundamento de existir otros procedimientos contra el condenado, aunque no haya la producción de una sentencia firme. Así, a nuestro juicio, entendemos que esta redacción, conforme está configurada en el art. 80 CP, vulnera el principio constitucional de la presunción de inocencia, porque se impone un

---

LA TORRE, Juan Ramón. «Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del código penal». En CASTELLANO RAUSELL, Pedro (director). *Las últimas reformas penales*. En *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. III, Madrid, 2005, p. 193.

<sup>906</sup> En esta vertiente, el magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Colmenero Menéndez de Luarca ha enmarcado que las dificultades reales para la apreciación de este criterio “se derivan de un insuficiente desarrollo del acceso y control informático de los datos existentes para hacerlos suficientemente disponibles”. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 185.

<sup>907</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 692.

obstáculo legal fundado en hechos que no han sido probados. Por tanto, se regula un dispositivo altamente peligroso y atentatorio a la estructura del Estado social y democrático de Derecho. Ello porque, la inocencia del reo debe ser presumida hasta que exista, efectivamente, una declaración de culpabilidad manifestada por una sentencia firme. No se puede excluir la posibilidad de que una persona venga a gozar de un beneficio, que le facilitará su proceso de reinmersión social, simplemente porque existe otro (u otros) procedimiento penal contra su persona. ¿Y si es inocente el sujeto en este otro procedimiento? Por tanto, entendemos que la constatación «de otros procedimientos penales», por sí sola, no puede ser motivo suficiente para denegar la suspensión, sino puede servir para fortalecer la valoración que se realiza en el ámbito de la peligrosidad del sujeto.

En realidad, creemos que el análisis de la existencia de otros procedimientos penales debe ser llevado a efecto en el momento de verificar la peligrosidad criminal (conforme explicamos, a nuestro entender, defendemos que el análisis de la peligrosidad criminal debe limitarse a los supuestos en que el reo presente antecedentes penales cancelados o cancelables). Por lo tanto, este criterio debería ser tratado como una extensión del análisis de la peligrosidad del sujeto y no como un requisito autónomo y suficientemente fuerte para denegar la aplicación de la suspensión. Quizás, haya sido esta la pretensión del legislador español. Ello porque, no hay duda de que, a la hora de conocer los distintos aspectos atinentes a la peligrosidad del penado, el juzgador deberá tener en cuenta, también, como un indicador a más, para la formación de su convencimiento, todo el curso de la conducta social desarrollada por el sujeto, observando, por supuesto, si existen otros procedimientos penales contra el sujeto. En este sentido, comenta Colmenero Menéndez de Luarca: “aunque el Código penal lo configura como un aspecto distinto de la peligrosidad, en realidad es más bien un exponente de su existencia”<sup>908</sup>.

---

<sup>908</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 185.



#### IV. Definición del plazo de suspensión de la pena.

El art. 80,2 del Código penal establece 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».

La imposición del plazo de suspensión ocurre en función de la gravedad de la pena que se pretende suspender. Si se trata de pena privativa de libertad inferior a dos años (casos generales<sup>909</sup>), el plazo de suspensión puede ser fijado de dos a cinco años. De otra parte, si se trata de penas leves, el periodo de suspensión será de tres meses a un año. Según García Arán, “los plazos de suspensión establecidos en el art. 80.2, distinguen acertadamente entre las penas inferiores a dos años (plazo de dos a cinco años) y las penas leves (plazo de tres meses a un año) con lo que se evita que la suspensión de la pena de una falta suponga un plazo de suspensión excesivamente largo”<sup>910</sup>.

Es necesario decir que desde una perspectiva político-criminal, la suspensión se caracteriza porque intenta individualizar la ejecución de la pena. De forma que, al plantear la oportunidad de conceder o no este beneficio, el juzgador dispone de parámetros objetivos de valoración que están estrechamente vinculados con el autor del delito<sup>911</sup>. Así, conforme disciplina esta normativa, la delimitación del periodo de sometimiento a prueba debe ser

---

<sup>909</sup> Debe tenerse que el Código establece excepción a esta regla general en los supuestos específicos de drogodependencia. En estos casos, el plazo de suspensión será de tres a cinco años (art. 87,3), pudiendo además conceder «razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años» (art. 87,5). En este sentido, Gracia Martín–Boldova Pasamar–Alastuey Dobón destacan que: “Esta diferenciación de plazos no rige, sin embargo, para la suspensión de la ejecución de la pena en los supuestos de penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2.º del artículo 20”. GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 310.

<sup>910</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación...* Op. Cit., p 104

<sup>911</sup> *Vid.* PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 80, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 490.

establecido por un Juez o Tribunal, previa audiencia entre las partes, que tendrá en cuenta un triple criterio: «las circunstancias personales del delincuente»; «las características del hecho»; y «la duración del pena». Según Hernández Hernández, estas tres circunstancias son “complementarias de la relativa a la «peligrosidad del sujeto»”<sup>912</sup>.

Es oportuno enmarcar que el legislador al fijar la expresión «circunstancias personales del delincuente» ha pretendido que el Juez observe si estas circunstancias “han variado sensiblemente desde que se cometió el delito hasta el momento de fijar el plazo, de forma que los motivos o circunstancias personales que le llevaron a cometerlo han desaparecido, con lo que no tendría sentido fijar un plazo prolongado”<sup>913</sup>.

Sin embargo, importantes voces doctrinales dicen que el plazo de prueba debe ser establecido en periodo igual o superior al de la pena suspendida, no debiendo ser impuesto en tiempo inferior a esta. De modo que, como plantea García Arán, “en cuanto a las circunstancias personales del autor y las características del hecho, creo deben valorarse como índices reveladores de la suficiencia de la suspensión y, por tanto, del plazo impuesto, para el logro de los fines de la institución, esto es, la evitación de un nuevo delito sin ejecución de la pena de prisión”<sup>914</sup>.

Desde nuestro punto de vista creemos acertado lo que opina García Arán. Ello porque estamos ante un sujeto ya condenado y de una duración de pena privativa de libertad ya definida. De manera que cabe ahora, en esta fase, modificar la forma de ejecución de la pena, para que ésta sea más adecuada desde el punto de vista de los planteamientos de carácter preventivo-especial. Así, aplicar la suspensión, imponiendo un plazo inferior a lo que ha sido establecido inicialmente para la pena privativa de libertad, en sentencia condenatoria, es suavizar desacertadamente la respuesta estatal. De forma que, la característica del hecho y las circunstancias personales deben servir de indicativo de que el condenado puede corresponder a los fines que se pretende

---

<sup>912</sup> Hernández Hernández, en comentarios al art. 80, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dirección). Op. Cit., p. 297.

<sup>913</sup> SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 331

<sup>914</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación...* Op. Cit., p 104

a través de esta medida que es rehabilitar el individuo, evitando que éste vuelva posteriormente a delinquir, sin la necesidad de ingresarle en prisión. Por lo tanto, el plazo debe ser el mismo de la pena privativa suspendida, pudiendo ampliarle desde que sea necesario según orientaciones de naturaleza preventiva especial.

## **V. Requisitos necesarios para la suspensión.**

Para aplicar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, el Código penal determina que concurren requisitos legales<sup>915</sup>, con la presencia de los cuales será posible viabilizar la concesión de tal beneficio. Los requisitos para suspender la pena fijada serán cobrados, como apuntan Cobo del Rosal–Vives Antón, con más rigidez o no a depender “del tipo de delincuente de que se trate”<sup>916</sup>. Esta afirmación se justifica sobre todo, porque se observa claramente que la forma de aplicación de la suspensión puede ser agrupada en dos grandes vertientes, a depender de la persona que pretende tal beneficio: en la primera perspectiva se incluyen los supuestos comunes, mejor dicho, los casos considerados ordinarios, debiéndose imperiosamente aplicar las condiciones impuestas por la regla general<sup>917</sup>, disciplinadas en los arts. 80 y 81 del Código Penal Español; y en la segunda, se encuentran las hipótesis de excepcionalidades, que son los supuestos en que el delincuente esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables<sup>918</sup>

---

<sup>915</sup> “El Código establece diversos requisitos de necesaria concurrencia, define algún criterio orientativo de la decisión y describe también algunas reglas de procedimiento”. GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., pp. 301/302).

<sup>916</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel–VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 853

<sup>917</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 477. En este sentido, también considera Berdugo Gómez de la Torre: “Los requisitos no han variado, son objetivos, referidos a la clase y duración de la pena, que ha de ser privativa de libertad y no exceder de los dos años, y subjetivos, primariedad del reo y satisfacción de las responsabilidades civiles en la medida de sus posibilidades económicas”. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón. «Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del código penal». En CASTELLANO RAUSELL, Pedro (director)... Op. Cit., p. 191.

<sup>918</sup> Cfr., GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 302.

(véase el precepto contenido en el art. 80.4 CP<sup>919</sup>), los supuestos en que el condenado es menor de edad<sup>920</sup>, los casos en que el penado ha cometido el delito bajo la influencia de su drogodependencia o alcoholismo (conforme dispone el art. 87 CP<sup>921</sup>) y, también se puede mencionar los supuestos relacionados con la violencia de género, ya que las recientes modificaciones de la LO 1/2004 ha establecido algunas condiciones especiales, para estos casos<sup>922</sup>.

Pero, antes de entrar precisamente en cada uno de los requisitos relativos a las situaciones mencionadas en el párrafo anterior, conviene remarcar que para la concreción de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad es imprescindible que haya previamente, en cualquier caso, la existencia de una sentencia condenatoria que, declarando la culpabilidad del reo, imponga y fije una pena privativa de libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo 82<sup>923</sup> del nuevo Código penal español.

Así, ante la existencia de sentencia condenatoria a pena privativa de libertad, cabe al Juez sentenciador examinar las «*circunstancias personales del delincuente, circunstancia del hecho y duración de la pena*»<sup>924</sup>, que son los

---

<sup>919</sup> Establece el art. 80, 4 del Código penal español que «Los Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo».

<sup>920</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel–VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal...* Op. Cit. p. 853

<sup>921</sup> Dispone el art. 87,1 del Código Penal, redacción conforme las modificaciones introducidas por la LO 15/2003, que «Aun cuando no concurren 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». Vid. LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho penal, parte general*. 18ª ed. Madrid, Editorial Dykinson, 2008, p. 260. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 697.

<sup>922</sup> Como será visto más adelante en esta investigación, la LO 1/2004 ha introducido importantes modificaciones, creando una especie de supuesto especial cuando el delito cometido constituye violencia de género.

<sup>923</sup> «Art. 82. Declarada la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos establecidos en el artículo anterior, los jueces o tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena».

<sup>924</sup> Art. 80,2 del Código penal español.

criterios necesarios para la concesión de ese beneficio. Sin embargo, conviene advertir que, como fue anteriormente explicitado, la concesión de la suspensión constituye una decisión discrecional del magistrado, que debe necesariamente ser fundada en derecho<sup>925</sup>, y que presenta como criterio rector<sup>926</sup> de tal manifestación judicial la valoración acerca de «*la peligrosidad del reo*<sup>927</sup>», conforme establece el art. 80.1 del Código penal, debiendo observar los demás requisitos necesarios antes de conceder este beneficio. En esta línea, también advierte Colmenero Menéndez de Luarca que se trata de “una decisión discrecional, pero el Código impone, de un lado, la concurrencia necesaria de algunos requisitos que integran un aspecto reglado de la concesión, y, de otro, la atención expresa a dos aspectos, lo que debe ponerse en relación con las exigencias de motivación (...)”<sup>928</sup>. Estos dos aspectos que mencionan el autor citado son, los ya comentados, de peligrosidad criminal y necesidad de constatar la existencia de otros procedimientos penales contra el condenado<sup>929</sup>.

Por tanto, se debe verificar ahora cada uno de los requisitos señalados en el art. 81 del Código penal<sup>930</sup>, que son exigibles en los supuestos generales, mejor dicho, como dicen Cobo del Rosal–Quintanar Díez, en los casos en que sea condenado “un delincuente genérico”<sup>931</sup>.

---

<sup>925</sup> “el ejercicio de dicha facultad viene condicionada estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad que, por lo demás, vendría prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución”. Auto Audiencia Provincial La Rioja, de 16 marzo de 2007 [ARP 2007\473].

<sup>926</sup> Conforme el Auto de la Audiencia Provincial de Albacete, de 29 de junio de 2004: “es muestra de esta regla lo dispuesto en el artículo ochenta del código penal, que permite al juez o tribunal dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad, ‘atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto’”. Auto Audiencia Provincial Albacete, 29 de junio de 2004 [JUR 2004/197373].

<sup>927</sup> Vid, MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 107. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 691.

<sup>928</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 185.

<sup>929</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., pp. 691/692.

<sup>930</sup> LUZÓN CUESTA, José María. Op. Cit., p., p. 257.

<sup>931</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel–QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *Instituciones...* Op. Cit., p. 362.

## **1. «Que el reo haya delinquido por la primera vez».**

La primera condición que exige el Código penal español, inserta en el apartado primero del art. 81, es que para acceder a la suspensión de la ejecución de la pena es necesario, antes de todo, «*que el reo haya delinquido por la primera vez*». Conforme la redacción del Código penal del 95, «*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*<sup>932</sup>».

Este tradicional requisito es una de las condiciones más peculiares e incluso inspiradoras de la suspensión. Ello porque, uno de los factores que más estimularan la institución y la manutención de este beneficio en diferentes Ordenamientos jurídicos fue la necesidad de crear mecanismos que evitasen el contagio criminal de un sujeto, condenado por la práctica de un «*primer delito*», con prisioneros más avezados. Sin duda alguna, la regulación de este requisito manifiesta, claramente, dos aspectos: la naturaleza individualizadora de este instituto jurídico<sup>933</sup> y su finalidad resocializadora y reeducadora.

Ya se ha dicho que lo que provoca la obstrucción de la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, con fundamento en este requisito, es la existencia previa de un delito. Entre tanto, es imperioso considerar que la imputación de tal delito debe ser fijada por una sentencia firme. Por tanto, para que se niegue la suspensión no es suficiente constatar que el sujeto haya desarrollado una conducta delictiva, sino que es necesario tal conducta ilícita haya sido declarado por una sentencia condenatoria y firme. Sobre este tema, Colmenero Menéndez de Lúcar afirma que la interpretación del término delinquir “no debe ser extensiva, de manera que debe quedar limitado a aquellos casos en los que conste una sentencia condenatoria y firme

---

<sup>932</sup> Art. 81.1 del Código penal español.

<sup>933</sup> SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 314.

por delito en el momento de cometer el nuevo hecho”<sup>934</sup>. Además, añade el autor citado que “la fecha a tener en cuenta es de la sentencia condenatoria según se desprende de la primera sentencia citada”<sup>935</sup>.

Así, no es a través de este requisito que se analiza la existencia de un sentencia que no sea firme, pero que declara la culpabilidad del sujeto por la ejecución de un delito. El juicio sobre tal manifestación judicial, así como también de la existencia de otros procedimientos instaurados contra el condenado, debe ser emprendida conforme la expresa regulación contenida en el art. 80.1 del Código penal, que determina: «en dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste». Por tanto, éste es el ámbito donde se debe valorar las condenas no firmes y demás procedimiento contra el sujeto<sup>936</sup>.

Debe añadirse que sobre la extensión que se puede conferir al verbo «delinquir» (por la primera vez), la doctrina señala otra importante problemática que es también un importante punto de mira de los debates jurídicos<sup>937</sup>. En realidad, no es la existencia de cualquier condena anterior que impide la concesión de la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad. Conforme la opinión de distintos juristas, este requisito sólo veda la aplicación de la medida suspensiva cuando existe, anteriormente, una sentencia condenatoria firme cuyo contenido imputa al sujeto la responsabilidad por la ejecución de una conducta *delictiva considerada dolosa*. En este sentido, aclara Colmenero Menéndez de Luarca que “es preciso que al cometer el hecho respecto del que se ha impuesto la pena sobre cuya suspensión se va a

---

<sup>934</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 190.

<sup>935</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 191.

<sup>936</sup> *Vid.*, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 191.

<sup>937</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 693.

decidir, exista ya una condena firme por delito doloso<sup>938</sup>. De manera que, como se puede notar, no se confiere al verbo delinquir, de forma alguna, una interpretación extensiva.

En lo que dice respecto a la existencia de condena firme por delitos imprudentes, el propio Código penal, en el art. 81,1, ya resuelve tal cuestión. Así, hay que enmarcar que, actualmente, a la hora de decidir por la concesión de la medida suspensiva, no se debe tener en cuenta la existencia de condena firme por la ejecución de delito considerado imprudente. No importa, incluso, que sean varias las sentencias condenatorias por este tipo de delito. En esta línea, expone Mir Puig que “la actual redacción impide tener en cuenta toda condena anterior por delito imprudente. Supone una ampliación de las posibilidades de suspensión condicional, porque el CP anterior sólo excluía «la primera condena por imprudencia» (anterior art. 93)<sup>939</sup>. Esta innovación introducida por el Código del 95 ha sido bastante acertada, puesto que, como es sabido, la violación al Ordenamiento jurídico, mediante la ejecución de este tipo de conducta, se procede de forma involuntaria. Es decir, se consume un hecho ilícito simplemente porque el sujeto no ha acercado de los cuidados necesarios, estando ausente, por lo tanto, la voluntad libre y consciente de emprender una acción prohibida por la Ley penal. De manera que, hoy por hoy, de acuerdo con la disposición expresa en el Código penal, es pacífico el entendimiento sobre la exclusión de la condena por delito imprudente<sup>940</sup> de la extensión interpretativa que se confiere al verbo «delinquir».

---

<sup>938</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 191.

<sup>939</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 694. En este mismo sentido, dice Colmenero Menéndez de Luarca: “a estos efectos no serán tenidas en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes, sea cual sea su número, superando así las previsiones del art. 93 del Código Penal de 1973 que sólo excluía del cómputo a la primera condena por imprudencia”. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 191. Sobre éste punto, también explica Hernández Hernández que la el “Código vigente, en este primer requisito, excluye, al igual que el precepto correspondiente del de 1973, las condenas anteriores por delitos imprudentes, pero, y ello es lo importante, sin limitación alguna, a diferencia del artículo derogado que lo hacía con referencia expresa a la primera condena”. Hernández Hernández, en comentarios al art. 81, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dirección). Op. Cit., p. 300.

<sup>940</sup> Es importante señalar que, al valorarse la peligrosidad del sujeto, la constatación de reiteración delictiva puede impedir la concesión de la suspensión: “(...) Decir que el



Sin embargo, el problema se presenta de forma más evidente cuando se refiere a aquellas hipótesis en que el sujeto ha sido condenado anteriormente por falta. Y ello porque el Código penal omite proceder a un tratamiento directo a respecto de este tema. No obstante, aunque haya silenciado la Ley, el sentido mayoritario, conforme considera Mapelli Caffarena, señala que “*delinquir* debe entenderse en su sentido literal, esto es, como comisión de delitos, de manera que la comisión de una o más faltas no impide disfrutar de la remisión”<sup>941</sup>. Ésta interpretación restrictiva del verbo delinquir, como la que ha sido aquí citada, aparta la falta del ámbito de impedimentos de la suspensión, conforme aboga la doctrina dominante<sup>942</sup>. A este hilo, debemos decir que compartimos el posicionamiento dominante por entender la más coherente. Ello porque, para nosotros, hay una llamativa razón, que es la siguiente: si el legislador no considera los hechos imprudentes como obstáculos a la concesión de la suspensión —conforme redacción del apartado primero del art. 81— que, en tesis, son conductas que presentan mayor gravedad, no hay tampoco motivo para negar la aplicación de este beneficio —incluso con mucho

---

**condenado no es peligroso** cuando ha sido condenado cuatro veces por delito contra la seguridad del tráfico en las fechas que luego se indicará es realmente sorprendente. Le constan las siguientes condenas: en el año 2000, por hechos del año 1998; en julio de 2005 por hechos de abril del mismo año (la condena que se está ejecutando en este procedimiento); en enero de 2006 por hechos de diciembre de 2004 y en abril de 2007 por hechos del mismo mes y año. Además, en dos de estas condenas, también lo fue por delito de desobediencia (...). AAP Barcelona (Sección 6ª), de 20 mayo 2008. [JUR 2008\204804]. Ver: AAP Castellón (Sección 2ª), de 7 abril 2008 [JUR 2008\189310]; AAP Madrid (Sección 27ª), de 3 abril 2008 [JUR 2008\162357]

<sup>941</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 109. En semejante línea se mueve BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón. «Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del código penal». En CASTELLANO RAUSELL, Pedro (director)... Op. Cit., p. 192.

<sup>942</sup> Entre otros autores que podrían ser citados: “La mayor parte de la doctrina aboga por un sentido restrictivo del término, de forma que se refiera a no haber cometido anteriormente un delito, sin que los antecedentes por falta puedan ser obstaculizadores de la concesión del beneficio”. SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 315; Dice Hernández Hernández: “(...) haciendo relación al verbo «delinquir», destacar que ha de interpretarse restrictivamente y referirse sólo a los delitos o contravenciones graves o menos graves (artículo 13.1 y 2) y no a las leves o faltas (artículo 13.3)”. Hernández Hernández, en comentarios al art. 81, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dirección). Op. Cit., p. 300; *Vid* también, GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 302.

más razón— simplemente porque se constata que el condenado ha desarrollado una acción que se inserta en la categoría de las faltas<sup>943</sup>.

Además, cabe subrayar que el Juez o Tribunal, poseyendo la facultad discrecional de la aplicación de la suspensión, deberá vigilar, siempre, la conducta social del sujeto, en el ámbito de la peligrosidad del reo, independientemente de que éste haya cometido o no su primer delito. Así, la condena por falta debe ser objeto de examen en el momento en que se realice el juicio sobre la peligrosidad criminal del culpado, que, conforme regula el Código penal, es un factor decisivo a la hora de conceder o no la suspensión. Por tanto, a nuestro entender, la existencia de condena anterior por falta, por sí sola, aislada de todo el contexto al que se inserta el delincuente, no puede servir para obstruir la concesión de la suspensión ni, tampoco, para servir de fundamento para una afirmación categórica y certera que, posteriormente, el sujeto delinquirá si viene a ser beneficiado por la concesión de la medida suspensiva. No obstante, lo que de otra parte se puede aceptar es que la condena anterior por falta puede servir como un indicio, no más que esto, de una personalidad que puede, supuestamente, ser propensa al criminen. *Tal verificación se resuelve, como se ha dicho, en instante del análisis de la peligrosidad criminal del reo*, sólo posible en la observación de cada caso específico, que es la difícil tarea que deberá ser llevada a cabo por el Juzgador, que decidirá, libre y motivadamente, cuál es la respuesta estatal más eficaz para que se promueva la recuperación y resocialización del condenado.

Finalmente, cabe también enmarcar que los antecedentes penales cancelados<sup>944</sup>, así como los antecedentes referentes a conductas que hayan

---

<sup>943</sup> En esta misma perspectiva: “Las razones para adherirse a esta interpretación mayoritaria son varias: en primer lugar, por la voluntad del legislador revelada en los antecedentes legislativos, dado que el primer proyecto de condena condicional ya hablaba de «no haber cometido otro delito». Por otra parte, sería absurdo, en una interpretación proporcionalista del beneficio, vetar la suspensión condicional por haber cometido una simple falta y que, en cambio, múltiples condenas por delitos imprudentes, reveladoras de una mayor peligrosidad y gravedad, no fueron obstáculos a la concesión”. SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 315.

<sup>944</sup> “(...) **cancelables tales antecedentes que, por ello, no pueden ser computables**, y que determinan que, desde tal punto de vista, no exista objeción formal alguna para la concesión de la suspensión (...). AAP Madrid (Sección 27ª), de 9 junio 2008. [JUR 2008\212030]. También: “(...) antecedentes que se encuentran cancelados pero que todavía aparecen en la hoja histórico penal: imposibilidad de contabilizarlos en contra del reo (...)”. AAP Barcelona (Sección

sido despenalizadas tampoco pueden servir para impedir la concesión de la suspensión<sup>945</sup>.

En definitiva, a la vista de ese posicionamiento, resta entonces aducir que para que no sea posible acceder al beneficio de la suspensión, con base al impedimento provocado por ese requisito, es menester que el *sujeto disponga de anterior condena por un hecho delictivo ejecutado dolosamente*<sup>946</sup>. Por tanto, ante un supuesto general, el primer dato que se debe conocer es si tiene el delincuente algún antecedente penal, puesto que “no le basta con no ser habitual sino que debe ser un *delincuente primario*, es decir, que no tenga iniciada una carrera criminal”<sup>947</sup>.

## **2. «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».**

El apartado segundo del art. 81 del Código penal español establece un requisito objetivo que determina el límite máximo que permite suspender la pena privativa de libertad. Este requisito reduce el ámbito de concesión de la

---

5ª), de 26 mayo 2008. [JUR 2008\195201]; AAP Barcelona (Sección 21ª), de 11 abril 2008 [JUR 2008\206603]; SAP Madrid (Sección 26ª), de 26 marzo 2008 [JUR 2008\207123]

<sup>945</sup> Sobre este último aspecto, dice Colmenero Menéndez de Luarca: “Podría plantearse el caso de antecedentes por conductas delictivas que en la actualidad hayan sido despenalizadas, bien por una modificación legal o por una sentencia del Tribunal Constitucional declarando la inconstitucionalidad de alguna norma penal sustantiva. En ese caso, el antecedente penal tampoco debería ser tenido en cuenta”. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 191.

<sup>946</sup> “suspensión de la ejecución de las privativas de libertad: denegación: procedencia: existencia de **antecedentes penales**”. AAP Madrid (Sección 7ª), de 28 julio 2008. [JUR 2008\328731]. También: AAP Murcia (Sección 3ª), de 2 julio 2008. [JUR 2008\345568]; AAP Barcelona (Sección 5ª), de 11 junio 2008. [JUR 2008\266024]; AAP Madrid (Sección 2ª), de 5 junio 2008. [JUR 2008\212109]; AAP Tarragona (Sección 4ª), de 7 mayo 2008 [JUR 2008\205595]; AAP Las Palmas (Sección 6ª), de 23 abril 2008 [JUR 2008\197072]; AAP Barcelona (Sección 10ª), de 22 abril 2008 [JUR 2008\170793]; AAP Girona (Sección 4ª), de 15 abril 2008 [JUR 2008\206540]. AAP Girona (Sección 4ª), de 14 abril 2008 [JUR 2008\206578]; AP Tarragona (Sección 2ª), de 14 abril. [JUR 2008\179802]; AAP Madrid (Sección 2ª), de 25 marzo 2008 [JUR 2008\181930]; AAP Toledo (Sección 1ª), de 24 marzo 2008 [JUR 2008\190299]; AAP Tarragona (Sección 2ª), de 17 marzo 2008 [JUR 2008\142300]; AAP Guipúzcoa (Sección 1ª), de 12 marzo 2008 [JUR 2008\173003].

<sup>947</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 479.

medida suspensiva, limitando su aplicación los supuestos en que la pena impuesta (o la suma de ellas) no superan a los dos años privación de libertad, salvo en las hipótesis excepcionales. Destacan Suárez-Mira Rodríguez–Judel Prieto–Piñol Rodríguez que este requisito “señala un límite temporal a partir del cual no cabe la suspensión —salvo en los casos especiales—. El plazo es de dos años y se computa sobre el total de penas impuestas”<sup>948</sup>. Así, cabe explicitar la redacción del art. 81, 2 del Código penal, que establece: «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*».

Antes de adentrar en el contexto de las distintas perspectivas que debe observarse a partir de lo que determina este requisito (art. 81.2 CP), un dato nos ha llamado bastante la atención: conforme se puede claramente observar, el Código penal se refiere de forma distinta a la medida de la pena que es susceptible de suspensión. En un primer instante, en la redacción del art. 80.1, la Ley penal establece la posibilidad de suspender la pena privativa de libertad «no superior» a dos años. Tal orientación coincide con la regla del art. 81.2 del Código penal, conforme se ha destacado en el párrafo anterior. Sin embargo, en un segundo momento, exactamente en el art. 80.2, el legislador emplea otro término. En éste artículo, la norma penal utiliza la expresión «inferiores a dos años». La utilización de términos tan distintos podría acarrear serios problemas a la hora de suspender una pena impuesta en la medida exacta de los dos años de privación de libertad. Ello porque, es evidente la confusión que puede sobrevenir: en un apartado la norma posibilita la suspensión de la pena no «superior» a dos años; y en otro apartado regula la suspensión de la pena «inferior» a dos años<sup>949</sup>. Por tanto, podría dudarse a la hora de conceder el referido beneficio a una pena aplicada en la exacta medida de dos años. Sin embargo, aunque se constate la existencia de este equivoco del legislador, debe explicitarse que la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia vienen

---

<sup>948</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 481.

<sup>949</sup> Sobre estas peculiaridades contenidas en el apartado primero y segundo del art. 80 del Código penal, destaca Colmenero Menéndez de Luarca que “en el primero se refiere a penas no superiores a dos años y en el segundo a penas inferiores a dos años”. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., pp. 191/192.

confiriendo es en el sentido de la más favorable. Es decir, se suspende la pena «no superior» a los dos años de privación de libertad. De acuerdo con estos planteamientos, apunta Colmenero Menéndez de Luarca que “la interpretación más favorable se inclinaría por el primer entendimiento de la norma, lo que viene avalado además por lo dispuesto más adelante, ahora en el art. 81.2, en el que nuevamente se establece que la pena impuesta no debe ser superior a dos años”<sup>950</sup>.

La cuestión del cómputo de la pena, conforme está establecida por la Ley penal española, debe ser examinada en tres diferentes perspectivas: la primera, ante los casos en que existe una única pena impuesta; la segunda, cuando ocurra la acumulación de penas, incluyéndose, por supuesto, el tratamiento sobre la hipótesis de concurso real de delito; y la tercera, frente a las situaciones en que se debe computar la pena derivada del impago de la multa.

En la primera vertiente, debe averiguarse los casos en que se impone una única pena privativa de libertad. Ello porque, se reviste de importancia la modificación realizada por el Código penal actual, puesto que, en este ámbito, se ampliaron las posibilidades de suspender las penas privativas de libertad, fijando en dos años el límite de concesión. Cabe decir que este plazo es más flexible que el tiempo que fijaba la legislación penal anterior, que establecía en un año el límite máximo para conceder la suspensión de la ejecución de la pena impuesta.

Esa elevación revela que, en la presente vertiente, el legislador español se inclinó favorablemente en la dirección de los argumentos de prevención especial. Algunos segmentos de la doctrina consideran avanzada esta línea que ha seguido la Ley penal española, al tomar una firme posición en preferencia de la prevención especial, en detrimento de lo que plantea la prevención general. Sobre dicha aportación, señala Mapelli Caffarena que “(...)

---

<sup>950</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 192.

algún sector de la doctrina ha considerado una excesiva cesión de los intereses preventivo-generales en favor de los preventivo-especiales”<sup>951</sup>.

Otros autores critican vehementemente tal modificación, afirmando que no existe una justificación plausible para fijar en dos años el límite de pena suspendible. Este importante sector doctrinal afirma que al establecer el mencionado plazo, el legislador español no ha utilizado criterios que hayan sido efectivamente coherentes con el actual sistema de clasificación de penas. Conforme el juicio crítico de Suárez-Mira Rodríguez y otros, “esta duración ha sido acogida favorablemente, aunque hubiera sido deseable que la suspensión se hubiese acomodado a la duración de las penas menos graves, lo que habría permitido una mayor coherencia con el sistema de clasificación de penas”<sup>952</sup>.

A pesar de parecer interesante la idea de vincular a la clasificación de pena menos grave el límite de la pena privativa de libertad posible de suspenderse, en verdad, no nos parece que haya motivo para ello. Desde nuestro modesto punto de vista lo importante realmente, en el momento de suspender la pena, es analizar el *tiempo* en que el reo estaría cumpliendo condena en la cárcel y no observar la gravedad del delito que se ha practicado el sujeto. De forma que consideramos por lo tanto extremadamente prudente la postura del legislador español al fijar el tope de tal pena en la medida de los dos años de privación de libertad, que es un tope razonable y conveniente desde el punto de vista preventivo.

La segunda aportación sobre este requisito versa sobre la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, cuando ocurran situaciones en que haya pluralidad de penas y otros casos en que se produzcan el empleo de penas conjuntas. Es evidente que, en este contexto, se inserta el concurso real de delitos.

La actual redacción del Código penal español determina que «*la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas*» no supere al cómputo de los dos años. Tal expresión removi6 las dificultades existentes y los inconvenientes

---

<sup>951</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 110.

<sup>952</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 481.

que pudiesen impedir la exacta comprensión sobre la posibilidad o no de suspender la pena ante los supuestos de acumulación o pluralidad de penas privativas de libertad. Conforme la aclaradora explicación de Mir Puig, el mandato legal resolvió “la duda que antes existía acerca de cómo computar la duración de la pena a efectos de decidir si excede o no del plazo fijado en caso de que la sentencia condene por varios delitos”<sup>953</sup>. De modo que, actualmente, no resta más cualquier duda de que la suspensión sólo será concedida si la suma de las penas aplicadas no viene a exceder al cómputo de dos años de pena privativa de libertad. En relación a este punto, comentan Gracia Martín–Boldova Pasamar–Alastuey Dobón que el “nuevo Código zanja esta cuestión al establecer que el cómputo de la pena que puede ser suspendida —una que no sea superior a dos años— debe llevarse a cabo mediante la acumulación —suma— de todas las penas individuales impuestas”<sup>954</sup>.

Así, diferentemente de lo que ocurrió con relación al tratamiento legal conferido a aquellos casos en que existe apenas una única pena impuesta, en cuya hipótesis se ha configurado una ampliación del ámbito de concesión de la medida suspensiva (primera vertiente aquí analizada), de modo bastante distinto, en los supuestos en que ocurre pluralidad (o acumulación) de penas, el Código ha provocado una restricción considerable del campo de aplicación de la suspensión (*vid.* art. 81.2 CP). Ello porque, anteriormente, eran suspendidas cada una de las penas aplicadas, independientemente de que éstas pudiesen sumarse a otras penas. Así, a la vista de los cambios realizados y, por consiguiente, de lo que dispone actualmente el Código penal sobre el cómputo de la pena, suele encontrar en la doctrina distintos posicionamientos. En este sentido, Villacampa Estiarte–Torres Rosell–Luque Reina señalan que “el legislador de 1995 pretendió finalizar con una práctica jurisprudencial anterior, que admitía la remisión condicional de penas impuestas en una misma resolución atendiendo a su singularidad”<sup>955</sup>.

---

<sup>953</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 694

<sup>954</sup> GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 304.

<sup>955</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina–TORRES ROSELL, Núria–LUQUE REINA, M. Eulàlia. *Op. Cit.*, p. 27.

Sin embargo, antes de destacar las posturas favorables y en contra de las últimas reformas que culminaron en la actual regulación de este dispositivo, debe, antes de todo, aclarar algunos aspectos de la evolución legislativa. Primeramente cabe señalar que el Código penal derogado establecía la posibilidad de conceder la medida suspensiva a cada pena privativa de libertad, cuando su aplicación no superase la cifra de un año de duración. Entre tanto, esta determinación legal fue modificada con la entrada en vigor del Código penal del 95. En el inicio de su vigencia, la Ley penal determinaba: «Que la pena impuesta, o la suma de las impuestas *en una misma sentencia*, no sea superior a los dos años de privación de libertad». Por tanto, como se puede ver, el texto original del Código elevó la suspensión a los supuestos en que la pena aplicada no superase a los dos años de privación de libertad, pero tal cómputo debería recaer en una misma sentencia.

Es importante decir que esta forma de establecer el cómputo de las penas susceptibles de suspensión (en una misma sentencia) fue bastante criticada. Entre las objeciones más severas puede destacarse lo que señala la pluma de Colmenero Menéndez de Luarca. Dice este autor: “este sistema de cómputo puede ser criticado, ya que la experiencia demuestra que el dictado conjunto de penas en una misma sentencia por varios hechos delictivos no siempre obedece a razones jurídicas, sino que depende en muchos casos de elementos puramente aleatorios, lo que podría dar lugar a perjuicios dudosamente justificados en algunos casos”<sup>956</sup>.

Posteriormente, la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, ha eliminado de este dispositivo la parte referente a que la suma de condenas impuestas en una misma sentencia. Al que consta en la doctrina, uno de los motivos que favoreció esta modificación ha sido justamente la necesidad de intentar evitar la consumación de los efectos citados en la crítica expuesta en el párrafo anterior<sup>957</sup>. Así, como resultado de todo este proceso de reformas, la

---

<sup>956</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 192.

<sup>957</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 192.



actual redacción de Código penal ha pasado a establecer: «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 este sentido, conviene destacar el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid: “el referido artículo ha sido modificado por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, en el sentido de que el apartado segundo, se recoge en la actual legislación, 2) que la pena o penas impuestas o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal concepto la derivada del impago de la multa. Precepto que suprime la necesidad de que las penas se hubieran impuesto en una misma sentencia (...)”<sup>958</sup>.

Al analizar los planteamientos doctrinales sobre los rasgos de esta última reforma, puede afirmarse que las posturas son las más distintas. De un lado, algunos autores consideran que, en tema de suma de penas, el plazo de dos años, fijado como límite máximo para permitir acceder a la suspensión, es extremadamente exiguo, pues restringe excesivamente la posibilidad de concesión del mencionado beneficio. Tal afirmación se impone porque durante la vigencia del Código penal derogado (el anterior al de 1995) solía suspender cada una de las penas aplicadas, a condición de que tales penas no superasen un año de privación de libertad. Procede subrayar que el plazo actual establecido en dos años, según lo que dicen Suárez-Mira Rodríguez–Judel Prieto–Piñol Rodríguez, “ha sido criticada por ser un límite poco generoso, pues atender a la suma de las penas impuestas supone restringir los beneficios de la suspensión, máxime cuando anteriormente se mantenía la tesis de que cualquier pena inferior a un año era suspendible, aunque se acumulase a otras en una misma sentencia”<sup>959</sup>.

---

<sup>958</sup> AAP Madrid, de 25 julio de 2007 [JUR 2007\316257]; también: AAP Sevilla, de 16 noviembre de 2006 [JUR 2007\195122].

<sup>959</sup> Esta crítica se encuentra en la 2ª Edición del Manual: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de derecho penal, parte general*. Tomo I, 2ª Ed.. Madrid, Editorial Civitas, 2004, p. 453. En este sentido, asegura M. Serrano Pascual que anteriormente “si el reo era condenado por varios delitos a varias penas se entendía que estaban habilitados para conceder la suspensión de todas aquellas penas que no rebasaran el año de privación de libertad, aunque todas ellas sumadas sí la superaran”. SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 304.

En otra orden de pensamiento, otros autores exponen que el hecho de fijar el cómputo de la pena en el límite máximo de dos años, en las hipótesis en que suceda la acumulación de penas, ha sido bastante positivo. Ello porque el legislador español ha seguido —en tales situaciones— una orientación trazada desde el punto de vista preventivo-general. Cabe decir, por tanto, que el legislador del 95 ha optado —en el supuesto en que se cumulan las penas— por una dirección diversa de la que ha regulado cuando se trata de la existencia de una única sentencia impuesta (dirección preventivo-especial). A esta corriente se adhieren Gracia Martín–Boldova Pasamar–Alastuey Dobón, cuyos autores entienden que ha sido una “solución acertada desde el punto de vista del límite general de dos años que se fija para la suspensión en función de las exigencias de la reafirmación del Ordenamiento jurídico y de la prevención general”<sup>960</sup>.

Partiendo desde otra consideración, Colmenero Menéndez de Luarca critica la actual reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, porque considera que tal modificación no ha conseguido establecer una disposición legal clara. Por tanto, considera que el texto actual “se entiende más por lo suprimido que por lo añadido”<sup>961</sup>. Además, en un artículo publicado recientemente, explicita la presencia de problemas a la hora de apuntar cuáles son las sentencias que se insertan en el cómputo de los dos años. Sobre este aspecto, Colmenero Menéndez de Luarca destaca que la actual regulación no aclara sobre el procedimiento que se debe adoptar, cuando existen otras condenas suspendidas y no se vislumbran razones que lleve a la revocación del beneficio. Añade que la redacción tampoco resuelve la cuestión sobre la posibilidad de computar o no, en la franja de los dos años, las penas emanadas por distintos Tribunales y que establecen el cumplimiento efectivo de la condena<sup>962</sup>.

---

<sup>960</sup> GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 304.

<sup>961</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 192.

<sup>962</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 192.

La verdad es que, actualmente en España, el juzgador puede tener en cuenta a la hora de analizar la conveniencia de conceder la suspensión, tanto las diversas condenas impuestas, en sentencia firme, como también las penas suspendidas. De modo que, en definitiva, se suman la totalidad de las penas dictadas por sentencia firme<sup>963</sup>.

Cabe aducir que este es el procedimiento que aplica también a los casos de concurso real de delito. Ello porque, como se sabe, para que se configure un concurso real de delitos es imprescindible que concurra una pluralidad de infracciones derivada de diversos hechos a cargo de un mismo autor, resultando así en la imposición de una pluralidad de penas. En este sentido, reconoce Suárez López que “para que nos encontremos ante un concurso real de delitos han de darse los siguientes requisitos: pluralidad de infracciones, pluralidad de hechos, unidad subjetiva y efectiva o potencial de enjuiciamiento”<sup>964</sup>. La regla del art. 81.2 CP se aplica perfectamente a los supuestos de concurso real, permitiendo que el sujeto acceda al beneficio de la suspensión, *desde que la acumulación de las penas (relativas a la producción de cada uno de los delitos practicados) no supere dos años de privación de libertad*. Por tanto, debe repetirse que también para los supuestos de concurso real de delito, la redacción vigente ha sido considerada acentuadamente restrictiva, una vez que antes, conforme ya se ha explicitado, la norma penal derogada era más generosa, cuando se constataba la existencia de pluralidad de penas impuestas. De modo que, en semejante línea de raciocinio, Serrano Pascual remata al decir que “sólo de forma nominal el nuevo Código amplía el ámbito de la suspensión condicional, dado que en realidad restringe

---

<sup>963</sup> En opinión de Colmenero Menéndez de Luarca: “Desde el punto de vista práctico, la cuestión no puede considerarse en vías de solución, subsistiendo posibles efectos no deseables y no justificados, hasta el momento en que cualquier Juez o Tribunal de España que deba adoptar una decisión sobre esta materia pueda tener a su disposición las sentencias firmes dictadas en ese momento contra el penado, así como los datos relativos a la suspensión de las penas impuestas en las mismas”. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 192.

<sup>964</sup> SUÁREZ LÓPEZ, José María. *El concurso real de delitos*. Madrid, Ed. EDERSA, 2001, p. 62.

considerablemente la interpretación mucho más generosa que venían adoptando los tribunales en su práctica”<sup>965</sup>.

Conviene resaltar que menos conflictiva es la interpretación sobre el concurso ideal. Pues, en estos casos, como es sabido, el autor desarrolla una conducta que, provocando varios hechos delictivos, resulta en la imposición de una única pena, que debe ser agravada. Por tanto, en hipótesis de concurso ideal la cuestión es más sencilla ya que al final se produce una única pena (agravada), no pudiendo ésta superar el límite legal de dos años de privación de libertad, para que se viabilice la posibilidad de conceder la suspensión.

La tercera línea de examen recae sobre el cómputo relativo a la conversión de la pena de multa en pena privativa de libertad. Éste es, sin duda, un punto de trascendental importancia, ya que la legislación penal de España ha establecido que el cómputo relativo a esta modalidad de pena *no se incluye en la franja de los dos años de duración de la pena privativa de libertad*. Tal reciente determinación fue instituida por la reforma realizada por la Ley Orgánica 15/2003, atendiendo una demanda de la doctrina, que defendía “el cómputo individualizado de las penas por razones de justicia material, puesto que, en caso contrario, la posibilidad de suspender la pena de prisión dependería exclusivamente de la capacidad económica del penado para afrontar el pago de la multa: quien pudiese pagarla vería suspendida la pena de prisión, mientras que quien no pudiese pagarla tendría que cumplirla”<sup>966</sup>.

Con la reforma ejercida por la Ley Orgánica 15/2003 se resolvió, expresamente en el Código penal, una problemática cuestión que era la interpretación acerca de la responsabilidad subsidiaria derivado por impago de multa<sup>967</sup>. El imperativo legal vigente antes de la reforma de la LO 15/2003 dejó de disciplinar los supuestos en que concudiesen la aplicación de una pena privativa de libertad (como, v.g., la pena de prisión) y otra derivada por impago

---

<sup>965</sup> SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 305.

<sup>966</sup> GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 305.

<sup>967</sup> “Después de la reforma estos problemas han quedado orillado, pues la propia norma contenida en el inciso final del núm. 2 del art. 81 excluye del cómputo la derivada del impago de multa”. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel – PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 481.

de multa. El problema era resolver, conforme ejemplifican Gracia Martín–Boldova Pasamar–Alastuey Dobón “cuando la suma de las dos superase los dos años pero la prisión por sí sola no los rebasase”<sup>968</sup>. Para explicitar aún más el origen de toda la dificultad de interpretación existente y para bien comprender el motivo de la mencionada querrela doctrinal es de significativa importancia destacar, otra vez, la redacción de la norma penal vigente antes de la mencionada reforma. Establecía el Código: «Que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años de privación de libertad<sup>969</sup>». Y nada más. No había cualquier mención sobre la exclusión del cómputo relativo a la pena privativa de libertad originada por el impago de una multa<sup>970</sup>.

El silencio de la Ley penal sobre los casos de impago de multa favorecía siempre, *aunque otra fuese la orientación apuntada por importantes segmentos de la doctrina*, el surgimiento de intransigentes posicionamientos que defendían la posibilidad de aceptar conjugar el cómputo relativo a la aplicación de una pena de prisión con otra pena derivada por impago de multa. Ello porque, al referirse el Código penal exclusivamente a «la suma de las penas impuestas», y entendiéndose por «penas impuestas» las penas privativa de libertad, resultaba sin aclaración si se sumaba también a tal «pena impuesta» la duración correspondiente a la pena generada por el impago de la multa, que, como no cabe cualquier duda, es también una modalidad de pena privativa de libertad.

Algún sector de la doctrina critica el hecho de este dispositivo al no excluir de la suma de las penas impuestas, también, el cómputo relativo a la aplicación de la pena de localización permanente. De acuerdo con esta corriente de pensamiento, la parcela máxima de tiempo que la localización permanente puede añadir es de doce días, siendo, por lo tanto, considerado

---

<sup>968</sup> GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 305.

<sup>969</sup> Art. 81.2 Código penal de 1995, antes de la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003.

<sup>970</sup> Conviene destacar que hemos encontrado jurisprudencia denegando la suspensión cuando: “(...) suspensión de las penas privativas de libertad: improcedencia: incumplimiento de la pena de multa con la que se sustituyó la pena de prisión impuesta al penado (...)”. AAP Tarragona (Sección 2ª), de 21 abril 2008 [JUR 2008\187800].

bastante ínfimo. Sin embargo, en alguna ocasión podría ser decisivo para evitar la concesión de la medida suspensiva. Alega también que la localización permanente constituye una pena que presenta régimen de cumplimiento absolutamente distinto de la pena de prisión, porque puede ser ejecutada en el domicilio del condenado<sup>971</sup>. De este modo, conforme comparte Colmenero Menéndez de Luarca, “sería extraño de una condena a dos años de prisión por un delito de lesión junto a otra de 10 días de localización permanente por una falta de lesión”<sup>972</sup>.

A principio este argumento parece ser bastante seductor. Y ello porque la pena que puede sumar a partir de la aplicación de la localización permanente es exigua. Sin embargo, es cierto que las consecuencias que la referida suma puede ocasionar son bastante significativas. Como se ha dicho, el cómputo referente a tal pena, en determinadas ocasiones, puede ser decisivo para denegación la suspensión que, como es sabido, constituye una medida sumamente útil al proceso de resocialización del individuo.

Se trata, pues, de un tema que debe exponerse a la crítica, puesto que si de una parte es preciso establecer criterios que sean coherentes, de otra, es necesario también sopesar determinados valores. Es decir, de un lado, el criterio adoptado por este dispositivo presenta clara lógica porque fija un plazo en que se suman todas las penas privativas de libertad impuestas, salvo la derivada del impago de multa. De tal modo, se incluye en cómputo relativo a la pena localización permanente. Por tanto, de acuerdo con la actual regla, no importa que la pena máxima de la localización permanente sea la de doce días. En realidad, lo que interesa es que la imposición de todas las penas privativas de libertad no exceda el plazo de dos años.

Sin embargo, de otro lado, se observa la necesidad de propugnar por un camino que posibilite una rediscusión sobre la real utilidad de incluir la pena localización permanente en el referido cómputo. Y ello por ser imprescindible

---

<sup>971</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p.193.

<sup>972</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 193.

que haya una valoración si es realmente oportuno permitir que una pena que no supera los doce días pueda, en algunas ocasiones, constituir el motivo de la denegación de una medida que es enteramente benéfica a la recuperación del condenado. Se debe cuestionar si el hecho de traspasar la barrera de los dos años, *en apenas doce días*, correspondiente a una condena de localización permanente, por sí sólo, debe constituir el factor determinante de la no concesión de la suspensión, que es, como se ha dicho anteriormente, un beneficio que es bastante aconsejable desde la perspectiva preventivo-especial.

Como es sabido, la pena de localización permanente es considerada como una pena leve. Por tanto, es una consecuencia que se aplica aquellas conductas que presentan menor potencial ofensivo. Por tanto, desde nuestro punto de vista, la redacción de dicho dispositivo debería dejar a cargo de la discrecionalidad judicial aquellos supuestos en que, al lado del cómputo referente a la pena de prisión, debe añadirse también lo que corresponde a la pena de localización permanente. Es decir, cuando ya exista una pena de prisión aplicada, debe el Juez valorar la oportunidad y la conveniencia de la insertar en el cómputo de los dos años, la condena atinente a la pena de localización permanente. Y hay dos fuertes justificativas para ello. La primera se refiere al escaso grado ofensivo que posee la conducta motivadora de la aplicación de la localización permanente. Y la segunda, dice respecto a la insignificancia del tiempo que puede ser añadido por esta pena. En realidad, parece desposeer de sentido impedir la concesión de una medida benéfica, como es la suspensión, simplemente porque la suma, *in casu*, de la pena de prisión y de la localización permanente ha superado en pocos días el límite legal establecido en el Código penal. Por tanto, para nosotros, cuando la pena de prisión puede ser suspendida cabría al juez o Tribunal determinar, motivadamente, la concesión o no de la medida suspensiva, en las situaciones en que el cómputo relativo a la pena de localización provoca la superación del límite de los dos años.

Sin embargo, en que pese nuestra opinión y la de otros autores, actualmente no es posible conceder la suspensión cuando la suma de las

penas privativas de libertad, salvo la citada excepción, superan la medida de los dos años.

### **3. «Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado».**

El Ordenamiento Jurídico español no admite suspender la responsabilidad civil derivada del delito o de la falta<sup>973</sup>, conforme la redacción del art. 80.3, que establece que «la suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados».

A la inversa, el apartado tercero del art. 81 del Código penal determina, como requisito para acceder al beneficio de la suspensión, la necesidad de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado por la práctica delictiva. Esta reciente condición —inexistente en el Código penal anterior— impone expresamente, conforme la actual redacción, «que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas».

Es de observarse que el legislador, en este requisito, utiliza el término «responsabilidades civiles», debiendo por lo tanto decir que, conforme definición del art. 110<sup>974</sup> CP, se ha entendido por esta terminología tanto la

---

<sup>973</sup> «Se acordará la suspensión previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena, no siendo extensiva la suspensión a la responsabilidad civil». COBO DEL ROSAL, Manuel—QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *Instituciones...* Op. Cit. p. 362.

<sup>974</sup> Establece el artículo 110 del Código penal Español:

«Artículo 110.

La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

La restitución.

La reparación del daño.

La indemnización de perjuicios materiales y morales».



restitución, como la reparación del daño y la indemnización de perjuicios morales y materiales<sup>975</sup>.

Puede verificarse que, aunque la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito sea requisito esencial, el propio Código penal prevé, «después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal», la posibilidad de prescindir de este requisito y autorizar, sin la satisfacción de la responsabilidad, la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena de privación de libertad. Para ello, es necesario comprobar —y que sea efectivamente declarada— la real imposibilidad del reo de reparar (en su totalidad o parcialmente) los perjuicios causados a la víctima. Quizás, por ello, algunos autores suelen subrayar que el requisito de cumplimiento de la responsabilidad civil “no es una condición necesaria para la concesión de la suspensión”<sup>976</sup>. Pero tal afirmación sólo es procedente cuando se trata de personas que no pueden hacerse cargo de la responsabilidad, debiéndose ser declarada su incapacidad económica de cumplir esta finalidad. Explican García Pérez y Sánchez Malear que si “el juzgador estima que en ningún modo el penado tiene la capacidad económica mínima necesaria para afrontar las responsabilidades que le impuso (lo que estará en función de la importancia o cuantía de éstas) deberá declararlo así expresamente en el mismo auto en el que venga a decidir si otorga o no la suspensión de la ejecución de la pena al susodicho penado”<sup>977</sup>.

Respecto a la institución de este requisito en la Ley penal, puede destacarse que tal condición ha sido motivada, especialmente, por la influencia de modernos planteamientos político-criminales<sup>978</sup> que han buscado proteger

---

<sup>975</sup> Cfr.: MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 111.

<sup>976</sup> GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)—BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel—ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 306.

<sup>977</sup> GARCÍA PÉREZ, J. J. y SÁNCHEZ MELGAR, J., en comentarios al art. 81, en SÁNCHEZ MELGAR, J (coordinador). *Código penal, comentarios y jurisprudencia (artículos 1 a 237)*. Vol. I, Madrid, Sepin Editorial Jurídica, 2004, p. 514.

<sup>978</sup> En este sentido: “He aquí otra manifestación de la preocupación, que alienta la Política criminal más actual, por conseguir la satisfacción de la víctima en cuanto a su derecho a ser indemnizada por la el daño causado por el delito”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 695. Desde su punto de vista, dice Serrano Pascual: “Ya hemos visto en un capítulo anterior hasta qué punto y de qué forma el nuevo Código Penal se hace eco de las más modernas tendencias político-criminales sobre reparación a la víctima. La inclusión de esta

derechos de la víctima, especialmente, el de asegurarle la reparación de los prejuicios originados de la ejecución de un delito. De manera que, actualmente, salvo los casos de declarada imposibilidad, la no satisfacción de la responsabilidad civil es un claro impedimento al acceso a la medida suspensiva. En este aspecto, plantea Mir Puig que “ahora no sólo disminuye la pena si se procede a la reparación del daño (art. 21,5<sup>o</sup>), sino que niega la suspensión de la ejecución de la pena si no tiene lugar —salvo la declaración de ser imposible total o parcialmente a que se refiere la ley”<sup>979</sup>.

Sin embargo, parece importante también aducir que, a pesar de que este requisito haya sido una novedad implementada por el Código del 95, bajo fuertes inspiraciones de tendencias político-criminal, la satisfacción de la responsabilidad civil, en la práctica, ya era, antes de la vigencia del nuevo Código, una condición observada por los juzgadores antes de conceder la suspensión<sup>980</sup>, aunque en la anterior legislación penal no existiese expresa determinación legal. Ante tal hecho, el Tribunal Constitucional declaró, en la sentencia 14/1988, la inconstitucionalidad de esa pretensión por entender que tal práctica vulneraba el art. 17.1 de la Constitución Española, que dispone, textualmente, que nadie «puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley»<sup>981</sup>. Por tanto, la mencionada declaración de

---

última condición, novedosa en nuestra suspensión condicional, es una muestra muy modesta y poco eficaz de ese eco”. SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 318.

<sup>979</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 695.

<sup>980</sup> SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 318.

<sup>981</sup> Dispone Art.17 de la Constitución de España:

«Art. 17. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional».

inconstitucionalidad fue una reacción al hecho de obstaculizar la concesión de la medida de suspensión, privando a alguien de su libertad por una causa (la de no satisfacer la responsabilidad civil del delito), en aquella época, no prevista en ley.

Ocurre que el nuevo Código se refiere expresamente al cumplimiento de este requisito, como inevitable condición para acceder a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (salvo las excepciones). Así, cabe aducir que el legislador español desbancó el eje que fundamentaba la decisión del Tribunal Constitucional, una vez que ha insertado en el Ordenamiento jurídico, la necesaria previsión legal para la consecución de este propósito, que es la indispensable obligación de satisfacer la responsabilidad civil originada del evento delictivo como condición para la concesión de la suspensión de la pena privativa de libertad.

Frente a este nuevo ánimo legislativo penal, la doctrina asume diferentes posturas. De un lado, figuran determinadas corrientes de pensamiento que juzgan la redacción de este artículo como excesivamente rigurosa en algunos aspectos y flexible en otros. Para Mapelli, es bastante excesiva en casos, por ejemplo, como ocurre con la posibilidad de impedimento de la concesión de la suspensión basado en la no restitución de cosas «en poder de tercero» —que las adquiere legalmente o de buena fe (art. 111.1 CP)—, aunque pueda el condenado entregarle el valor correspondiente al bien. Para estos autores se “trata ya de una responsabilidad civil excesivamente alejada del delito como para hacer depender de ella la concesión del beneficio y se corre el riesgo de institucionalizar una suerte de *prisión por deudas*”<sup>982</sup>.

Desde otra perspectiva algunos autores consideran la legislación flexible cuando se trata de hipótesis en que el condenado no dispone de patrimonio suficiente para satisfacer la responsabilidad civil, aunque en su entorno sea posible verificar la existencia de bienes suficientes para cumplir con la responsabilidad civil<sup>983</sup>. En este sentido, también critica Mapelli: “Es, en

---

<sup>982</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 112.

<sup>983</sup> Sobre esta problemática, es importante destacar la siguiente decisión: “(..) Ahora bien, desde el punto de vista teórico es evidente que esta provisional constatación de que se han agotado todos los recursos y vías al alcance del Tribunal para la averiguación y embargo de los

cambio, poco exigente este requisito frente a aquellos condenados que carecen de bienes —impersonalidad personal— pero, sin embargo, su entorno dispone de patrimonio suficiente y existen razones que justifiquen que contra el mismo, ajeno pero próximo, se satisfaga la responsabilidad civil. En el Código, en cambio, esta posibilidad queda obstruida porque la mera constatación de la insolvencia personal da por concurrido el requisito<sup>984</sup>.

Otra vertiente de pensamiento parte desde el entendimiento de que la reparación es una obligación legal. Esta corriente defiende que el reo siempre satisfaga a la víctima, pero debe acercarse a este requisito la necesidad de observar toda la conducta del delincuente, posteriormente al acometimiento del hecho delictivo. En este sentido, dice Prat Westerlindh, que se “debe dar satisfacción a las víctimas del delito, y si no se tienen, al menos la conducta del reo debe dirigirse a atemperar el mal causado siempre que la víctima desee. En ocasiones no basta con pagar la responsabilidad civil, la satisfacción moral del perjudicado puede ser más importante<sup>985</sup>. Para el autor en cita, es de fundamental importancia verificar la conducta desarrollada por el reo tras la

---

bienes del condenado puede coincidir con la existencia de evidencias o indicios fundados de que el sentenciado, en realidad, es materialmente solvente y plenamente capaz de hacer frente a las responsabilidades civiles impuestas. A este respecto, bastará indicar, a título de ejemplo, que el Tribunal puede haber constatado tras las oportunas averiguaciones patrimoniales que un condenado no posee bienes susceptibles de apremio en España y, al mismo tiempo, haber obtenido pruebas de que el culpable posee bienes en un Estado o territorio que se encuentra fuera de su jurisdicción.

Sin duda esta posibilidad de distinguir conceptualmente entre la insolvencia formal (entendida como insuficiencia del patrimonio descubierto y embargado para hacer frente a las responsabilidades civiles impuestas) y la capacidad real y material de hacer frente a estas obligaciones lo que ha llevado al legislador a utilizar la expresión: “salvo que el Tribunal (...) declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente” a las responsabilidades civiles originadas; en vez de aludir a la simple declaración de insolvencia total o parcial.

A lo anterior debe añadirse que aunque pretendiera equipararse el auto de insolvencia con la declaración de imposibilidad de pago prevista en el artículo 81.3.<sup>a</sup> in fine CP, como quiera que el auto de insolvencia es, por esencia, provisional y modificable, de ello se sigue que el Juez o Tribunal siempre podría, con posterioridad a su dictado, pronunciarse nuevamente sobre la capacidad del condenado para hacer frente a las responsabilidades civiles si aparecieran nuevas evidencias o datos reveladores de la solvencia. AAP Barcelona (Sección 2<sup>a</sup>), de 7 mayo 2008. [JUR 2008\251727]. Ver también: AAP Murcia (Sección 3<sup>a</sup>), de 16 abril 2008 [JUR 2008\234366]; AAP Guipúzcoa (Sección 1<sup>a</sup>), de 4 abril 2008 [JUR 2008\171651].

<sup>984</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4<sup>a</sup> Ed.. Op. Cit., p. 112. En este sentido, dicta la jurisprudencia: “Suspensión de la ejecución de las privativas de libertad: extraordinaria: procedencia: **aunque no conste que el condenado hubiera satisfecho la responsabilidad civil, sí obra el Auto de insolvencia**”. AAP Barcelona (Sección 20<sup>a</sup>), de 15 mayo 2008. [JUR 2008\205069].

<sup>985</sup> PRAT WESTERLINDH, Carlos. Op. Cit., p. 49.

consumación de una acción ilícita, es decir, debe examinarse la forma como el autor ha actuado después del delito, intentando reducir los daños y los efectos del fenómeno criminal. De modo que debe llevarse a cabo la observación de elementos como “el reconocimiento público del hecho y de la culpabilidad, el ofrecimiento de ayuda a la víctima, la solicitud de perdón”<sup>986</sup>, porque, aquí, son considerados esenciales para la concesión de la suspensión, inclusive, más relevantes —en algunas situaciones— que el propio pago de indemnizaciones.

De otra manera, otros posicionamientos, igualmente sólidos, señalan que es inadmisibles imponer la amenaza de la pena privativa de libertad con exclusiva finalidad de compeler al reo a cumplir la responsabilidad civil originada del ilícito<sup>987</sup>. Para este sector doctrinal, es inaceptable el uso del Derecho penal y, especialmente, de la aplicación del beneficio de la suspensión como un instrumento para presionar el condenado a cumplir intereses que corresponden a esfera de los intereses meramente individuales, materia que debería ser analizada en las instancias del Derecho civil.

Lo cierto es que, conforme ya se ha advertido, el nuevo Código penal asegura que, ante a los supuestos en que el condenado no pueda reparar los daños causados a la víctima, en estos casos, la privación de libertad no será necesariamente la única consecuencia a ser aplicada. Al contrario, la declarada ausencia de medios económicos excluye la fuerza imperativa de este dispositivo legal. De forma que, “la labor del Juez en este sentido debe limitarse a comprobar el requisito meramente objetivo de que se hayan satisfecho dichas responsabilidades o, en otro caso, que el condenado carece de recursos para afrontar su pago”<sup>988</sup>.

Además, sobre este requisito, cabe aún añadir que se ha planteado algunas vertientes de distintas dificultades: la primera se refiere al pago fraccionado de la responsabilidad civil; la segunda, a la acreditación de la real imposibilidad del reo en cumplir la exigencia de reparar los daños originados del delito; la tercera, la posibilidad de retraso en la concesión de la suspensión ya que la responsabilidad civil puede ser determinada en distinto momento del

---

<sup>986</sup> PRAT WESTERLINDH, Carlos. Op. Cit., p. 49.

<sup>987</sup> SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 318.

<sup>988</sup> SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 319.

fallo; y, la cuarta, los casos en que el condenado disfruta de la suspensión sin que hubiera satisfecho la responsabilidad civil y mejora de situación posteriormente.

En la primera vertiente —en los casos del pago fraccionado de la responsabilidad civil (art. 125 CP<sup>989</sup>)—, la dificultad que se ha manifestado es la de saber si, una vez que sea concedida la suspensión y permitiéndose el fraccionamiento de la responsabilidad civil, en las hipótesis de incumplimiento de alguna de las cuotas fijadas, debe tal beneficio ser revocado o no. Tal problema ha sido planteado porque el hecho de no pagar alguna de las cuotas correspondientes a las fracciones de la responsabilidad civil no está descrito expresamente entre las causas de revocación de la suspensión<sup>990</sup>, disciplinada en el art. 84 del Código penal<sup>991</sup>. A la vista de dicho problema, parte de la doctrina apunta que el juzgador podría establecer la satisfacción de la responsabilidad civil como una de las condiciones a ser observadas durante el plazo de suspensión (art. 83.1 CP). De esta forma, el incumplimiento de las cuotas fijadas generaría la revocación de la suspensión<sup>992</sup>.

El problema se acentúa cuando se argumenta, conforme entendimiento de un representativo segmento de la doctrina, que el hecho de aplazarse el

---

<sup>989</sup> «Art. 125. Cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer de una vez todas las responsabilidades pecuniarias, el Juez o Tribunal, previa audiencia al perjudicado, podrá fraccionar su pago, señalando, según su prudente arbitrio y en atención a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable, el período e importe de los plazos». Actual Código penal español.

<sup>990</sup> SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 319.

<sup>991</sup> Las causas de revocación de la suspensión:

«Artículo 84.

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

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

Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta.

Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años.

Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado.

3. [Añadido por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.] En los supuestos en los que la pena suspendida fuera la de prisión por comisión de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 de este Código, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes señalados en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 de este Código determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena».

<sup>992</sup> SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 319.

pago de la responsabilidad ya revelaría la imposibilidad parcial del individuo de cumplir la responsabilidad civil<sup>993</sup>. La doctrina de Suárez-Mira Rodríguez–Judel Prieto–Piñol Rodríguez, apuntando las diversas perspectivas que sobre esta temática, señala que “las soluciones doctrinales varían, pues mientras un sector considera que el fraccionamiento implica el reconocimiento de una insolvencia parcial, otros entienden que no debe haber obstáculos para la concesión, y en su caso revocación, cuando se abandone el cumplimiento fraccionado. Finalmente, también se sostiene que no se podrá revocar la suspensión concedida al no ser ésta una de las causas legalmente contempladas para ello”<sup>994</sup>.

La segunda línea de problemática que se nos presenta se reporta a la manera de comprobar la imposibilidad del delincuente en satisfacer la responsabilidad civil. Para llegar a la decisión de tal imposibilidad, es imprescindible, aunque retrase el dictamen sobre la capacidad o incapacidad (total o parcial) económica del reo, previa audiencia, inclusive con la participación del Ministerio Fiscal y también, por supuesto, de los interesados, para que se discuta la posibilidad de cumplir la responsabilidad civil<sup>995</sup>. Y además, por supuesto, debe existir un auto de insolvencia.

Sin embargo, conforme la doctrina, no basta la mera existencia de un auto de insolvencia, a pesar de ser éste un elemento importantísimo e indispensable<sup>996</sup>, sino que es menester cumplir también los demás trámites fijados por el legislador. Comentando sobre este procedimiento, Serrano Pascual considera que “en lo que no ha reparado el legislador es, por una

---

<sup>993</sup> Este hilo de planteamiento está subrayado en la doctrina de Gracia Martín que comentan: “en los casos en que se aplaze el pago de la responsabilidad civil, ello supone el reconocimiento implícito de una insolvencia parcial, y, por lo tanto, dicha circunstancia no podrá impedir la suspensión”. GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 306.

<sup>994</sup> Vid, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 482.

<sup>995</sup> SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 319.

<sup>996</sup> De otra parte, para Mapelli Caffarena: “No es preciso que se produzca una declaración de insolvencia, sino la imposibilidad total o parcial de hacer frente a la responsabilidad; de manera que, no sólo queda más mitigado el rigor de este requisito para obtener el beneficio, sino que se es coherente con la nueva regulación de la responsabilidad civil, que, en ocasiones, no requiere un acto de disposición patrimonial, sino un hacer o dejar de hacer”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 112.

parte, en el retraso que esto puede suponer en la adopción de la decisión, y, por otra, en el peligro de que dicho trámite se convierta, como ya se ha advertido antes, en una forma de presión sobre el condenado, utilizando un instrumento típicamente penal (la suspensión condicional) como instrumento de satisfacción de intereses individuales para cuya satisfacción ya se prevén otros cauces típicamente civiles<sup>997</sup>.

Conforme también destaca la doctrina de Colmenero Menéndez de Luarca, es importante explicitar que cuando se presenten los supuestos correspondiente a materia de competencia de los juicios rápidos, según lo que regula el art. 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>998</sup>, es suficiente para dar por cumplido este requisito, que el condenado se comprometa a satisfacer la responsabilidad civil derivada del delito, en el plazo que venga a ser establecido por el juzgador<sup>999</sup>.

La tercera preocupación es que la imposición de la reparación civil puede ser establecida posteriormente al fallo condenatorio. Conforme art. 115 del CP, «Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución». Así, dejando para fijar la responsabilidad civil en momento distinto de la ejecución, ello puede provocar un retraso en la concesión de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Para Mapelli, «la exigencia de que ya esté satisfecha la responsabilidad («que se hayan satisfecho...») puede generar retrasos en la

---

<sup>997</sup> SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 319/320.

<sup>998</sup> Dicta la LECrim, en su art. 801:

(...)

3. Para acordar, en su caso, la suspensión de la pena privativa de libertad bastará, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 81.3 del Código Penal, con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije. Asimismo, en los casos en que de conformidad con el artículo 87.1.1 del Código Penal sea necesaria una certificación suficiente por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado de que el acusado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin, bastará para aceptar la conformidad y acordar la suspensión de la pena privativa de libertad el compromiso del acusado de obtener dicha certificación en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije.

<sup>999</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 194.



concesión del beneficio que carecen de toda justificación en aquellos casos en los que la responsabilidad recae sobre terceras personas, sobre una empresa aseguradora o la Administración del Estado y las dilaciones se deben a motivos burocráticos ajenos al propio condenado”<sup>1000</sup>.

La cuarta perspectiva se refiere a los supuestos en que el condenado goza del beneficio de la suspensión, sin que hubiera satisfecho la responsabilidad civil, por haber sido reconocida su incapacidad (total o parcial) económica para cumplir tal obligación, pero que después mejora de situación o se descubre que había ocultado su patrimonio. En estos casos, si el condenado no cumple la responsabilidad o si se descubre que ha ocultado (o está ocultando) intencionalmente su patrimonio, no cabe duda de que la solución que debe ser adoptada es la inmediata revocación de la suspensión. En dicho sentido se manifiesta Mapelli Caffarena: “debió preverse la revocación de la suspensión cuando un sujeto disfruta de ella sin haber cumplido con las responsabilidades civiles y durante el período de suspensión mejora de fortuna. No obstante, la obligada audiencia a los interesados que exige el artículo 81.3 CP, bien puede ser empleada por el órgano judicial para transmitirle esa idea”<sup>1001</sup>.

## **VI. Condiciones de la suspensión y otras obligaciones del penado.**

Durante el cumplimiento de la suspensión algunas condiciones deben ser establecidas al reo. Estas exigencias pueden ser clasificadas en dos grupos distintos: de un lado, la condición (de no delinquir) es impuesta a todo tipo de reo y es aplicada a todas las modalidades de pena privativa de libertad, siendo, por lo tanto, una exigencia de carácter general; de otro, son condiciones destinadas exclusivamente cuando se suspende la pena de

---

<sup>1000</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 112.

<sup>1001</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 113.

prisión<sup>1002</sup>. También, debe analizarse destacadamente, entre los supuestos de suspensión de la pena de prisión, los casos de violencia de género (art. 153 y 173,2 CP).

## 1. La condición preceptiva.

La condición primera para que cualquier pena privativa de libertad prosiga suspendida es que el *sujeto no delinca*, durante todo el plazo de prueba establecido por el Juez sentenciador<sup>1003</sup>. Ésta es una condición de naturaleza genérica, inherente a la propia concesión de la medida, ya que se impone por fuerza del imperativo legal a cualquier tipo de delincuente y a todas las modalidades de pena privativa de libertad. El incumplimiento de esta determinación, conforme será tratado más adelante, resulta en la inmediata revocación de la medida suspensiva<sup>1004</sup>. El art. 83 del Código penal establece expresamente que la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad quedará *siempre* vinculada a que el sujeto no practique cualquier hecho delictivo durante todo el tiempo en que tal pena esté suspendida<sup>1005</sup>.

Mientras tanto, parece inevitable señalar que la violación de esta condición sólo ocurre a partir del instante en que existe una sentencia condenatoria dictada que no sea recurrible. Así, la extensión de la interpretación del término «delinquir» se limita aquellas hipótesis en que se

---

<sup>1002</sup> Para Hernández Hernández: “Han de dividirse las mismas en dos supuestos, uno, el condicionado general aplicable a todo reo cuya ejecución de pena privativa de libertad, de cualquier clase, fuese suspendida y, otra, específica, sólo para el supuesto de que la pena suspendida fuese de «prisión»”. Hernández Hernández, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dirección). Op. Cit., p. 303.

<sup>1003</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 120.

<sup>1004</sup> Según Serrano Pascual: “La primera condición —la comisión de un nuevo delito— es una condición preceptiva, dado que surge por imperativo legal, y de consecuencias ineludibles, ya que supone necesariamente la revocación del beneficio. Las segundas —imposición de obligaciones— son potestativas y su incumplimiento no tiene por qué suponer necesariamente la revocación de la suspensión”. SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 332.

<sup>1005</sup> Gracia Martín–Boldova Pasamar–Alastuey Dobón señalan: “La condición de vigencia de la suspensión más importante —pues su incumplimiento como vamos a ver determina su revocación— es la de no delinquir durante el período de prueba, es decir, durante el plazo de la suspensión fijado por el Juez o Tribunal”. GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 312.

configura la existencia de una sentencia condenatoria firme (sentido normativo), imputando al sujeto la consumación de un evento delictivo, realizado durante el plazo de prueba.

Es importante destacar que algunos autores subrayan que la redacción del Código penal no establece, en ningún caso, la posibilidad de conceder la suspensión, condicionándola al desarrollo de «buena conducta» o de conductas ejemplares. Por tanto la existencia de otros procedimientos contra el beneficiario de la suspensión —aunque le sea imputado durante el plazo de prueba— no puede, por sí sólo, determinar la revocación de la medida suspensiva si no existe una declaración de culpabilidad expresa en una sentencia firme<sup>1006</sup>. Sobre este aspecto, es relevante consignar que el problema parece que no reside propiamente en la necesidad de ejercer una «buena conducta» o conductas ejemplares ni, tampoco, en la ausencia de un dispositivo legal que condicione la concesión de esta medida al desarrollo de este tipo de comportamiento, durante todo el periodo de prueba. Más que esto, la cuestión se fija en otro punto: en el principio de la inocencia del reo. El hecho de constatar la presencia de un procedimiento contra el beneficiario de la suspensión no quiere consecuentemente decir —en absoluto— que el sujeto haya desarrollado una conducta inaceptable desde el punto de vista legal. Y ello porque no existe una declaración firme de culpabilidad; siquiera se ha agotado todos los trámites procesales ni, tampoco, todos los mecanismos de defensa. En realidad, lo que existe es una mera sospecha de culpabilidad. Por tanto, no se debe revocar el beneficio de la suspensión hasta que se determine la responsabilidad del sujeto en una condena firme.

Este es el entendimiento que prevalece en la doctrina. Según esta corriente, para que se viole la *condición de no delinquir*, llevando a efecto toda su consecuencia (la revocación del beneficio), no basta la existencia del hecho ilícito, es imprescindible que exista una sentencia firme declarando la

---

<sup>1006</sup> Sobre este aspecto, considera Colmenero Menéndez de Luarca que “no está previsto por el Código condicionar la suspensión a la buena conducta, por lo que, en principio, la incoación de un procedimiento contra el condenado no es suficiente para incumplir la condición de no delinquir. Por otro lado, entiendo que ha de tratarse de delitos y no de faltas, por coherencia con lo antes mantenido”. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 194.

culpabilidad del sujeto<sup>1007</sup>. Estos autores plantean que se trata de una exigencia de la seguridad jurídica<sup>1008</sup> y también de respeto al principio constitucional de la presunción de inocencia del reo. Tan sólida es esta opinión que sus partidarios, conscientes de los problemas relativos a la morosidad judicial y, por consecuencia, concededores de la posibilidad de que la sentencia se pronuncie después del cumplimiento del periodo de prueba, asimismo, se mantienen firme en la incursiva de sólo aceptar el incumplimiento de esta condición general, cuando recaiga una sentencia firme durante el periodo de prueba. En este sentido, así manifiestan Gracia Martín–Boldova Pasamar–Alastuey Dobón: “aún a pesar de los inconvenientes que se plantean a causa de la diferente celeridad de los procesos, debe admitirse la necesidad de que haya recaído sentencia condenatoria firme para estimar incumplida la condición suspensiva de no delinquir durante el plazo de prueba, pues se trata de una exigencia de la seguridad jurídica extrínseca al fundamento de la institución”<sup>1009</sup>.

Pero, como se puede verificar, este pensamiento enfrenta dos órdenes de cuestiones, solucionables por la vía de la interpretación habitual, conforme apunta García Arán<sup>1010</sup>. La primera se refiere a los supuestos en que durante el plazo de prueba sea declarada sentencia firme correspondiente a la práctica delictiva *acometida antes de la suspensión*. Y la segunda resulta cuando el autor delinque durante la suspensión, pero la *condena sólo se produce*

---

<sup>1007</sup> “es indudable, que la expresión, volver a delinquir, sólo puede entenderse como la efectiva comisión de un hecho delictivo, lo que exige, aquí sí, la existencia de una sentencia firme que así lo declare”. AAP Madrid (Sección 27ª), de 28 julio 2008. [JUR 2008\320758].

<sup>1008</sup> En este sentido: GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación...* Op. Cit., p 110; SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 334; GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 312.

<sup>1009</sup> GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 312/313. En opinión de Colmenero Menéndez de Luarda que “La revocación será posible mientras la pena suspendida no haya prescrito, aunque esta consideración colisiona con la realidad, pues el conocimiento de las condenas recaídas por hechos cometidos durante el plazo de suspensión puede ser posterior a la decisión que acuerda la remisión definitiva, no solo por las dificultades de comunicación en tiempo, sino porque en numerosos casos la sentencia aún no se habrá dictado en la fecha en la que haya transcurrido íntegramente el plazo de suspensión. Y en principio entiendo que ésta es una decisión definitiva”. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 197.

<sup>1010</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación...* Op. Cit., p 110/111.

*después de que el periodo de prueba se ha expirado y la pena privativa de libertad suspendida ya ha sido remitida.*

En referencia al primer enunciado, que destaca el designio de revocarse la suspensión por causa de la existencia de sentencia firme, dictada durante el plazo de prueba, *pero relativa a hechos delictivos ejecutados anteriormente a tal suspensión*, tal aspiración debe ser rechazada. Ello porque, la afirmación de tal *desiderátum* sólo podría realizarse con fundamento en el Código penal derogado. En este sentido, explica Gracia Martín: “con base a una interpretación literal del art. 14 de la Ley de Condena Condicional de 1908”<sup>1011</sup>. Por lo tanto, conviene decir que, de acuerdo con la Ley penal vigente, actualmente es imposible admitir la revocación de la suspensión por tal hecho, puesto que el art. 83.1 CP determina que el condenado no debe delinquir durante «el plazo fijado por el juez o tribunal». De manera que puede decirse que no revoca la suspensión el hecho de existir una sentencia condenatoria, *durante el plazo de prueba*, que corresponda a un evento delictivo practicado antes de la concesión de este beneficio<sup>1012</sup>. En esta línea se mueve García Arán que entiende que “el sentido preventivo especial de la condena condicional debe limitar la revocación sólo al caso en que el delito se ha cometido durante el plazo de suspensión, porque éste es, en propiedad, el supuesto del fracaso del sometimiento a prueba”<sup>1013</sup>.

---

<sup>1011</sup> GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 312. Abordando también esta problemática, Mapelli Caffarena explica que: “Puede suceder –y es además frecuente– que transcurra el plazo sin ser condenado, y, con posterioridad, lo sea por un hecho punible cometido dentro del período de suspensión. La derogada Ley de Condena Condicional resolvía expresamente estos supuestos inclinándose a favor del cumplimiento de la pena que fue suspendida, salvo que hubiere prescripto. A falta de otra referencia legal caben varias soluciones. Una, sería mantener esa misma solución apoyándose en la interpretación literal del art. 83 CP y en razones históricas; otra, más favorable al condenado, sólo admitiría la revocación si tanto la sentencia firme como el delito se produjeron en el plazo de suspensión (Gracia Martín), y una tercera solución –la que nos parece más correcta–, es revocar el beneficio, sólo si la sentencia firme llegó antes de que el órgano judicial resuelva la remisión definitiva de la condena (art. 85.2 CP) (García Arán)”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 121.

<sup>1012</sup> PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 83, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 501.

<sup>1013</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación...* Op. Cit., p 111. En este mismo sentido, Colmenero Menéndez de Luarda propaga que “(...) lo que importa es que el delito se haya cometido dentro del plazo de suspensión. Por lo tanto, no serán valorables las condenas producidas durante ese plazo por hechos anteriores a él”. COLMENERO MENÉNDEZ DE

Y en relación a la segunda interrogante, la que *el hecho delictivo se produce durante el plazo de prueba*, pero la condena firme sólo se dicta después del término del periodo de prueba, encontrándose remitida la pena. En situaciones como esta, aunque sea patente el malogro de la medida suspensiva, tampoco se puede admitir la revocación del beneficio, por dos razones: una porque “la certeza sobre que el sujeto ha delinquido sólo puede resultar de una sentencia firme”<sup>1014</sup>, que hasta aquí no existe; y la otra, porque la pena sustituida ya habrá sido definitivamente remitida, encontrándose por lo tanto entre las hipótesis de extinción de la responsabilidad criminal del sujeto<sup>1015</sup>.

Sin embargo, como ya se ha advertido, aunque la solución explicitada en el párrafo anterior sea la más justa y la dominante, partiendo desde otro punto de vista, importantes voces se posicionan de forma contraria. De esta manera, Mir Puig, según su opinión, remarca que “la condición central del mantenimiento de la suspensión es que el reo no vuelva a delinquir durante el plazo de suspensión (art. 83,1). Es indiferente que la sentencia condenatoria de un delito cometido durante dicho plazo se pronuncie dentro del mismo término o con posterioridad a él”<sup>1016</sup>. Según esta opinión, ante la existencia del hecho

---

LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 197.

<sup>1014</sup> GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 314.

<sup>1015</sup> En este sentido, Gracia Martín y Alastuey Dobón: “Entendemos, sin embargo, que la razón decisiva y determinante a favor de la solución de no cumplimiento de la pena suspendida en la hipótesis que analizamos es la siguiente: si el sujeto no ha delinquido durante el plazo de suspensión —y no habrá delinquido si no ha recaído sentencia condenatoria firme durante el mismo— entonces se habrá cumplido la hipótesis del art. 85.2, cuya consecuencia es la remisión de la pena; y entonces no podrá imponerse dicho cumplimiento por concurrir una hipótesis de «extinción de la responsabilidad criminal» (art. 130.3.º CP)”. GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 314.

<sup>1016</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 695. Según PRATS CANUT y TAMARIT SUMALLA: “aunque el Código Penal no lo diga expresamente, a diferencia de lo que hacía la Ley de 1908 de condena condicional, cuando recaiga sentencia firme condenatoria con posterioridad al transcurso del plazo de prueba, pero sobre hechos producidos durante el mismo, se deberá revocar la suspensión y por tanto acordar el cumplimiento de la pena suspendida. En conclusión, el criterio de revocación de la suspensión será el momento de realización del hecho delictivo, sin que se produzcan superposiciones y confusión entre hecho y condena, tal y como ocurría en la regulación anterior a los efectos de revocación. PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 83, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 501.

delictivo en el curso del plazo de prueba, independientemente que se pronuncie durante o después del cumplimiento de la suspensión la sentencia firme, tal hecho debe resultar en la revocación del beneficio, determinando al autor el cumplimiento de la pena suspendida. En este sentido, la FGE en la Circular 1/2005, de 31 de marzo, entendió que en estas situaciones la revocación de la suspensión debe ser procedida, incluso si se hubiera acordado la remisión definitiva de la pena. La razón más evidente que se extrae de esta postura es porque el reo no ha cumplido la condición principal asignada al suspender la pena que es no delinquir durante el periodo de prueba, de forma que la concesión del beneficio no ha conseguido cumplir con su misión<sup>1017</sup> resocializadora y reeducadora.

En consideración a la fuerza del argumento planteado en la postura mencionada en el párrafo anterior, es necesario considerar los siguientes comentarios: en primero lugar, cabe destacar que es necesario oponerse enteramente a esta corriente, sobre todo porque, como ya se ha anticipado, es innegable que tal línea de pensamiento permite emprender una inadmisibles ofensiva a la seguridad jurídica<sup>1018</sup> y al principio de presunción de inocencia del reo, como ya se ha planteado. En segundo, la falta de celeridad en los trámites procesales —que pueden ocurrir por varios motivos (que exceden los límites de este estudio)— no puede jamás justificar un posicionamiento a favor de la revocación de la medida suspensiva cuando ya se ha concluido su plazo de prueba, encontrándose la pena suspendida definitivamente remitida. En esta etapa, la responsabilidad criminal ya se encuentra extinta. Tanto es así que el

---

<sup>1017</sup> Vid también, GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)—BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel—ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 314.

<sup>1018</sup> Señala la obra de Suárez-Mira Rodríguez—Judel Prieto—Piñol Rodríguez: “se estudia el supuesto de sentencia recaída después de la remisión definitiva, pero respecto de hechos ocurridos dentro del período de prueba. Las soluciones pueden sintetizarse del siguiente modo: en el primer caso se entiende que no cabe revocar la suspensión pues, ciertamente, el supuesto no ha quebrantado las obligaciones asumidas cuando se le sometió a la prueba —por esta solución se inclinó la FGE en la Consulta 3/83 de 22 de abril, que fue ratificada por la Consulta 1/1995, de 16 de febrero—; en el segundo caso la cuestión es más compleja porque realmente el penado ha incumplido sus obligaciones, y por ello habría que acordar la revocación aunque, en la práctica y por razones de seguridad jurídica, tampoco se estima posible fundar una revocación. Sin embargo, la FGE en la Circular 1/2005, de 31 de marzo, entiende que en estos casos la revocación de la suspensión es procedente, incluso si se hubiera acordado la remisión definitiva de la pena”. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)—JUDEL PRIETO, Ángel—PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 485.

art. 130.3º CP, expresamente determina que la extinción de la responsabilidad criminal «por la remisión definitiva de la pena, conforme a dispuesto en el artículo 85.2 de este Código». Es decir, cuando se ha transcurrido el plazo de prueba.

Además, conviene decir que no se puede aceptar que se considere la existencia de un delito y se impute la etiqueta de delincuente sin que haya previamente una sentencia condenatoria firme. Mejor que suscitar este debate sería intentar buscar soluciones para que los tramites procesales puedan realizarse de forma más rápida sobre todo en los casos que el acusado está sometido al beneficio de la suspensión de una pena privativa de libertad. Es importante discutir sobre la necesidad de encontrar mecanismos más eficaces, que investiguen más a menudo la peligrosidad criminal del condenado, antes de conceder la medida suspensiva.

Por tanto, lamentablemente, hay que esperar una decisión condenatoria firme, aunque se pueda imputar de inmediato el hecho delictivo a su autor, como suele ocurrir en los casos de flagrante delito. Y ello porque es en la sentencia dónde se valora el fenómeno delictivo y toda su carga probatoria. Incluso, cabe apuntar que éste también es el instante en que se puede afirmar si la lesión cometida por el beneficiario de la suspensión, contra un nuevo bien jurídico, constituye causa exención de la responsabilidad criminal. ¿Y si el delito flagrado ha sido practicado en legítima defensa? Este tipo de valoración, sólo puede ocurrir a partir del examen cauteloso y ponderado de las pruebas recogidas durante el proceso, aunque se conozca, desde el principio, el autor y que a él le sea imputado el hecho delictivo. Así, es imprescindible que haya una sentencia firme reconociendo, en carácter definitivo, si el sujeto ha desarrollado una conducta desaprobada o de conformidad a derecho. Mientras tanto, debe prevalecer el principio constitucional de la presunción de inocencia del reo.

La siguiente cuestión a resaltarse es sobre la interpretación del término «delinquir», conforme consta en este dispositivo (art. 83.1). De acuerdo con la exégesis de la doctrina mayoritaria debe interpretar tal término en el sentido más estricto, es decir, se limita exclusivamente a la comisión de delito, lo que



excluye, desde luego, las faltas<sup>1019</sup>. En este sentido, Serrano Pascual destaca que “el término *delinquir* debe interpretarse en el sentido ya visto en el artículo 81.1.º, es decir, como la comisión de un delito, sin que la comisión de una falta sea suficiente para revocar la suspensión. Así lo entiende la mayor parte de la doctrina”<sup>1020</sup>.

Sin embargo, parece que la problemática sobre la extensión conceptual del término «no delinquir» se amplía considerablemente cuando se trata de los delitos imprudentes, ya que la doctrina se posiciona de forma distinta.

Para la corriente dominante, el término delinquir no abarca los delitos imprudentes<sup>1021</sup>. Los partidarios de esta tesis consideran que la interpretación del verbo delinquir incluye exclusivamente los delitos dolosos. Entre los planteamientos favorables a este punto de vista, cabe citar, v.g., lo que argumentan Prats Canut y Tamarit Sumalla que entienden que esta interpretación es del todo coherente con lo que determina el art. 81.1, porque al exigir, entre las condiciones necesarias para otorgar la medida suspensiva, que «el condenado haya practicado el delito por primera vez», excluye de las mismas tajantemente las condenas por delitos imprudentes. Además, siguen los autores en cita enmarcando que es “opinión unánime que la presente institución se rige bajo la idea de la «segunda oportunidad», de tal suerte que se otorga un plazo durante el cual el reo manifiesta su no recaída en el delito a través de su comportamiento, por tanto, la raíz preventiva especial de la suspensión pone de manifiesto el componente de valoración claramente subjetivo del período de prueba. Los delitos imprudentes, suponen tan sólo una ausencia de cuidado debido por parte del sujeto, pero no una voluntad subjetiva de desobediencia frente a la escala de valores penalmente tutelados,

---

<sup>1019</sup> Hernández Hernández, en comentarios al art. 83, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dirección). Op. Cit., p. 303.

<sup>1020</sup> SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 332.

<sup>1021</sup> “Es evidente que no existe un pronunciamiento normativo sobre dicha cuestión, lo cuál no empece que a través del mecanismo interpretativo se pueda llegar a determinadas conclusiones. En nuestra opinión, dos razones abonan la exclusión de los delitos imprudentes a los efectos de revocación del beneficio de la suspensión de la ejecución, uno que nace de la interpretación sistemática de los preceptos, y otro fundado en la propia naturaleza de la institución de la suspensión de la ejecución”. PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 84, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 505. *Vid* también, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación...* Op. Cit., p. 110.

de ahí que la ausencia de intencionalidad del comportamiento imprudente, no permite efectuar el juicio de necesidad de cumplimiento de pena fruto del fracaso del periodo de prueba”<sup>1022</sup>.

De otra parte, otros autores entienden que el termino «delinquir» debe ser concebido en su sentido estricto, aceptando la exclusión de las faltas, pero incluyéndose también los delitos imprudentes. Según Mapelli Caffarena, el “verbo *delinquir* debe interpretarse en sentido estricto, como comisión de delitos —dolosos o imprudentes—, quedando sólo excluidas las faltas”<sup>1023</sup>. Pero aunque interprete de esta manera, el citado autor comenta: “La condición suspensiva de no delinquir sin ningún tipo de matización y la consecuencia inexorable de la revocación del beneficio puede resultar en ocasiones muy rigurosa, como, por ejemplo, cuando el nuevo delito fue cometido por imprudencia o es ajeno a la trayectoria criminal que se trata de prevenir”<sup>1024</sup>. Sin duda, tal interpretación más que rigurosa es también injusta, pues, por ella, sería posible autorizar que un hecho cometido de forma accidental venga a revocar la medida suspensiva, aunque el beneficiario esté recuperándose o, incluso, ya reeducado y cumpliendo de forma fidedigna las demás obligaciones aplicadas (en los casos de suspensión de la pena de prisión).

A nuestro entender, es inaceptable esta forma de interpretar el verbo «delinquir», pues un delito producido de forma accidental posibilita la revocación del beneficio, ignorando el principal resultado que se pueda obtener a través de la suspensión que es la reinserción social del sujeto.

De modo aún más severo, otras voces igualmente importantes, interpretan el verbo «delinquir» de forma todavía más amplia y rechazable. Algunos autores incluyen además de los delitos imprudentes, las faltas. En este sentido, cabe destacar a Gracia Martín–Boldova Pasamar–Alastuey Dobón que

---

<sup>1022</sup> PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 84, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 505. *Vid.* también, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 197.

<sup>1023</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., pp. 120/121.

<sup>1024</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 121.

afirman: “el término *delinquir* no puede tener el mismo sentido que en el art. 81, y hay que interpretarlo en un sentido amplio, comprendiendo también la realización de falta, pues en este caso se desvirtúa el pronóstico de falta de peligrosidad que motivó la concesión del beneficio y, con ello, decae el fundamento de la suspensión”<sup>1025</sup>. Innecesario decir que tal interpretación se enfrenta, claramente, al espíritu del legislador, por lo tanto, se manifiesta en patente desarmonía con la interpretación que se confiere al mismo término en la redacción del art. 81 de la legislación penal.

## 2. Las condiciones potestativas.

Necesario es remarcar que otras obligaciones pueden ser condicionadas a que sean cumplidas durante la suspensión, conforme establece el art. 83 CP. Para ello, debe tener en consideración dos factores imprescindibles: el primero que se trate exclusivamente de supuesto en que la pena que se suspende es la de prisión (no aplicándose a las demás especies de penas privativas de libertad); y la segunda que el juzgador estime necesaria la imposición de reglas adicionales<sup>1026</sup>.

Esta oportunidad de imponer reglas de conducta, que deberán ser cumplidas durante el periodo en que la pena de prisión esté suspendida, es una importante novedad introducida a partir de la vigencia del Código penal del 95. Lo que se pretende a través de la imposición de tales condiciones es promover la rehabilitación del individuo, puesto que estas reglas de comportamiento están orientadas a su resocialización, buscando evitar que posteriormente el sujeto vuelva a delinquir<sup>1027</sup>.

Debe decirse que la suspensión en España, conforme la actual configuración de la legislación penal, se ha aproximado a otros modelos de

---

<sup>1025</sup> GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 312.

<sup>1026</sup> “Si la pena suspendida es de prisión, el Juez o Tribunal sentenciador, «si lo estima necesario» podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las «obligaciones o deberes» que enumera el art. 83 CP”. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 696.

<sup>1027</sup> *Cfr.*, GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 315.

medidas suspensivas ya existentes en derecho comparado como, *v.g.*, es el caso del anglosajón de la *probation*<sup>1028</sup>. En este sentido, Prats Canut y Tamarit Sumalla afirman que “es una de las novedades significativas en relación a esta institución que introduce el Código Penal de 1995, y que en definitiva no hace más que acercarse a los modelos existentes en derecho comparado bajo diversas fórmulas, como es la «*probation*» anglosajona, el «*sursis avec mise à l'épreuve*» francés, el «*affidamento in prova*» italiano o el «*Strafaussetzung zur Bewahrung*» alemán”<sup>1029</sup>.

Mientras tanto, a pesar de aproximar el sistema español al modelo anglosajón, algunos autores recuerdan que el legislador, al introducir el actual modelo de suspensión, ha dejado de incorporar uno de los aspectos más llamativos del sistema anglosajón que es la posibilidad de conceder auxilio al condenado, por parte de instituciones penitenciarias, durante el periodo de prueba<sup>1030</sup>. Sin embargo, el Código vigente ha regulado, en el art. 83.2, un dispositivo que determina a los sectores de la Administración que sean competentes —según las obligaciones o deberes que sean impuestos al reo, por motivo de la suspensión de la pena— informen al juzgador, al menos cada tres meses, acerca del cumplimiento de las condiciones aplicadas<sup>1031</sup>.

---

<sup>1028</sup> Así se mueven la doctrina: “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”. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel – PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 483. “Como vimos al analizar las características generales del modelo, se trata de un elemento que proviene del modelo de la *probation* anglosajona”. GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 314

<sup>1029</sup> PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 83, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 501.

<sup>1030</sup> GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones...* Op. Cit., p. 315.

<sup>1031</sup> Colmenero Menéndez de Luarda comenta que “(...) en nuestro sistema no está prevista una vigilancia realizada por funcionarios especiales acerca de la conducta durante el plazo de prueba, como sucede, en principio, en los sistemas anglosajones. Sin embargo, el Código Penal de 1995 vigente en actualidad, introdujo en este art. 83 la previsión de que los servicios correspondientes de la Administración competentes en función de las obligaciones o deberes impuestos como condición de la suspensión, informen al Juez o Tribunal sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas, al menos cada tres meses. Es una acertada previsión, cuya eficacia dependerá de la existencia y funcionamiento real de tales servicios, en muchas ocasiones bajo la responsabilidad de las Comunidades Autónomas, así como de su comunicación con el Juez”. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 196.

Debe añadirse que las reglas de comportamiento adicionales, disciplinadas en el art. 83 CP, son de imposición facultativa, es decir, sólo se impondrán cuando el Juez las estime necesarias, diferentemente de lo que ocurre con la obligación preceptiva de no delinquir<sup>1032</sup>. En las reglas de conductas potestativas, la Ley penal confiere al Juez la discrecionalidad de elegir qué medida debe imponerse<sup>1033</sup> ante la necesidad de cada caso en concreto, salvo las hipótesis en que la pena suspendida derive de delitos relacionados con la violencia de género que será estudiado más adelante.

Conforme se puede desprender de la legislación penal, no es necesario que se realice audiencia de las partes, antes de definir cuales son las reglas que deberán ser impuestas. Por tanto, no es obligatoria la consumación del mencionado acto. Sin embargo, importantes voces doctrinales destacan que si, de un lado, este dispositivo no obliga que haya previamente audiencia de las partes, de otro, tampoco lo prohíbe. Por lo tanto, el juzgador podrá, cuando lo entienda necesario, conforme también lo considera Colmenero Menéndez de Luarca, “acudirse a tal audiencia”<sup>1034</sup>. No obstante, no se trata, de forma alguna, de una imposición legal, pero de una posibilidad en los casos que el Juez o Tribunal estime importante, ya que el silencio legal sobre este aspecto (art. 83 CP) no puede ser comprendido como un obstáculo para realización de una audiencia.

Las reglas que puede elegir el juzgador están catalogadas en el art. 83 CP y son: «Prohibición de acudir a determinados lugares»; «Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos»; «Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida»; «Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la

---

<sup>1032</sup> Estas obligaciones “no tienen carácter punitivo ni de medida de seguridad porque no son la consecuencia jurídica de ningún juicio de culpabilidad o peligrosidad, sino que son condiciones añadidas tendentes a asegurar el cumplimiento de la condición principal que es la de no volver a delinquir”. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 562.

<sup>1033</sup> PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 83, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 501.

<sup>1034</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 195.

Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas»; «Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares»; y, por último, «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».

Así, se observa claramente que, aunque la finalidad que se busca al establecer las reglas de comportamiento del art. 83 CP sea la promoción de la resocialización del condenado, tales obligaciones, en verdad, presentan dos rasgos de distinto contenido: de un lado, se ubican las medidas de carácter asegurativo; y, de otro, las reglas de comportamiento estrictamente preventivo-especial.

Entre las primeras, se observa que éstas presentan un contenido asegurativo, o sea las reglas aplicadas actúan mucho más a favor de la protección de la víctima, de la realización de un mejor control del condenado o vigilancia del seguimiento del beneficio, de que propiamente de la recuperación en sí del penado. Este conjunto de reglas se compone en las siguientes: «Prohibición de acudir a determinados lugares»; «Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos»; «Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida»; y «Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas».

Dicho esto, cabe añadir que surgen algunos planteamientos en la doctrina propugnando que el Código ha establecido un modelo híbrido, porque es posible identificar en estas reglas la existencia de distintos contenidos directivos. A este hilo, es importante destacar las razones de Prats Canut y Tamarit Sumilla que acuñan que el Código penal instaura “un sistema híbrido, toda vez que no todas las medidas que puede adoptar el Juez tienen un contenido preventivo especial, sino, por el contrario, algunas están directamente encaminadas a aspectos asegurativos, ya sea de protección a la víctima, ya sea en aras a facilitar el control judicial o administrativo del beneficiario de la suspensión, ya que sólo en este sentido cabe catalogar las

tres primeras modalidades de reglas de conducta que prevé el artículo 83 CP/1995. Por el contrario, tanto la regla quinta como la sexta tienen un claro contenido preventivo especial<sup>1035</sup>. Sin embargo, en que pese la clara distinción del contenido principal de estas reglas, mejor dicho, de la finalidad primera que se proponen las obligaciones enumeradas en este dispositivo, ello no quiere, en absoluto, decir que las reglas de contenido notablemente asegurativo, al final, no vengán a repercutir favorablemente en el proceso de recuperación y resocialización del condenado. Ello porque estas condiciones no son impuestas de forma aislada y desconectada del fin primordial de la suspensión que es la prevención especial. Al contrario, se reclama su aplicación tras la realización de un juicio valorativo acerca de la necesidad de imputarlas frente a lo que demandan las peculiaridades de cada caso en concreto.

En definitiva, se puede admitir que las obligaciones asegurativas tienen como fin principal (primero) la protección de la víctima o control del condenado y del seguimiento del beneficio. Pero, no se puede negar que estas imposiciones vienen a favorecer, aunque de modo secundario, la consecución de los efectos preventivo-especiales. Por poner un ejemplo, el hecho de determinar la no aproximación a la víctima (art. 83.1.1º bis), además de promover su seguridad (contenido principal), no excluye un aspecto secundario, pero importante: la evitación de posibles conflictos con la víctima incide favorablemente en el mundo fenoménico de los efectos resocializadores, llevados a cabo durante la suspensión de la pena. Se puede decir que, en esta hipótesis analizada, esta regla impide que la realización de un hecho —cual sea, la aproximación de la víctima, por ejemplo— puede constituir un riesgo, no sólo para ésta (contenido asegurativo), sino también para la concreción de todo el proceso de reinserción social del sujeto (contenido preventivo-especial).

Este mismo planteamiento también sirve para demostrar que las demás reglas, que revelan un contenido también asegurativo, son determinadas porque encuentran justificativa en el fin preventivo-especial. Por ejemplo, al determinar la prohibición de acudir a determinados lugares (art. 83.1.1º), no

---

<sup>1035</sup> PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 83, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 501.

hay duda de que la imposición de esta obligación limita la libertad del condenado. Sin embargo, se impone su aplicación también porque la interferencia de determinados ambientes sociales pueden resultar negativos para el proceso de recuperación y resocialización del individuo. Por tanto no se puede asumir que las susodichas reglas no presentan subsidiariamente un patente contenido preventivo especial.

En semejante postura, cabe observar las dos reglas siguientes: la prohibición de ausentarse sin la autorización judicial (art. 83.1.2º) y la determinación personal de comparecer ante el Juzgado o Tribunal, o Servicio de la Administración —conforme determinación judicial— para informar y justificar sus actividades (art. 83.1.3º). Es evidente que la determinación de estas condiciones posibilita la promoción de un mejor control del condenado y ejerce clara vigilancia del seguimiento de la suspensión. Sin embargo, tampoco puede decirse que tales reglas se aplican de forma dissociada del contexto preventivo-especial. Si de un lado es verdad que se constata que desarrollan, primordialmente, una misión de control del condenado y del seguimiento de la suspensión, de otro lado, también es verdad que se imponen porque interesa desde la perspectiva preventivo-especial. Es decir, para la consolidación de los efectos de prevención especial es de fundamental importancia que se conozcan los datos relativos a la actividad y desplazamiento del condenado.

Más que ello. A nuestro juicio pensamos que, el hecho de limitar la libertad de ir y venir del sujeto, así como de obligar a que constantemente justifique sus actividades profesionales y personales actúan directamente en la persona del delincuente, favoreciendo a que no vuelva posteriormente a ejecutar conductas ilícitas. Por tanto, no se tratan de reglas de contenido meramente asegurativo. También lo es, por supuesto. Pero, además inciden en el proceso de resocialización del individuo, constatándose que, subsidiariamente, provocan (o refuerzan) los efectos preventivo-especiales.

De otra parte, conviene destacar que otras condiciones presentan fondo eminentemente preventivo-especial. Éstas reglas son: «Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares»; y «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».

Es inevitable apuntar que, aunque al suspender la pena de prisión la ley dicte expresamente las reglas que pueden ser determinadas durante el plazo de prueba para que las cumplan el delincuente, el legislador español, en el art. 83,1, 6º, ha establecido la posibilidad que se le imponga al reo, desde que haya su previa conformidad, otros deberes necesarios dirigidos a su reinserción social, «siempre que no atenten contra su dignidad como persona». De manera que el listado de las reglas de comportamiento comprendidas en este artículo “no es de número clausus, sino abierto, flexible e imaginativo, que se pone en manos de la autoridad judicial”<sup>1036</sup>. Conviene reconocer la importancia de la existencia de un margen de posibilidad de ampliación de las condiciones enumeradas en este precepto legal, toda vez que se vislumbre la necesidad de imposición de determinadas reglas de comportamiento que favorezcan a la consecución del recuperación del condenado, evitando que posteriormente cometa un nuevo delito<sup>1037</sup>. Exactamente por ello, importante sector de la doctrina ha elogiado la forma flexible acogida en el artículo 83.1.6º, porque posibilita al juez sentenciador “adaptar al penado unas condiciones específicas al lugar donde vive o donde trabaja”<sup>1038</sup>.

Sin embargo, algunas críticas pueden ser dirigidas contra esta fórmula abierta adoptada en este precepto. Críticas eventuales pueden consistir en que

---

<sup>1036</sup> GARCÍA PÉREZ, J. J. y SÁNCHEZ MELGAR, J., en comentarios al art. 83, en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coordinador). Op. Cit., p. 525. A este mismo hilo, comenta Colmenero Menéndez de Luarca: “Es una cláusula muy abierta que permite considerar las posibilidades que ofrezca la realidad social de cada momento, con lo importante límite de la conformidad del penado, que sin embargo no se tiene en cuenta para la imposición de las obligaciones o deberes previstos en los cinco primeros números”. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., pp. 194/195.

<sup>1037</sup> Plantea Prats Canut y Tamarit Sumilla: “las reglas de conducta no están expresamente tasadas por la ley, sino que la regla sexta permite hablar de un catálogo abierto, debe de completarse con el dato de que aquellas reglas que tengan un carácter asegurativo sí que están sometidas a un número tasado, los que específicamente prevé como tales el artículo 83 CP/1995, ya que la regla quinta, que permite la diversificación de las reglas de conductas, está sometida a un límite en relación a su contenido, cual es que las mismas estén encaminadas a «la rehabilitación social del condenado», y por tanto en ese sentido deberán ser motivadas por la resolución judicial”. PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 83, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 501.

<sup>1038</sup> PRAT WESTERLINDH, Carlos. Op. Cit., p. 51.

ni siempre se puede ofrecer todos los programas educativos que pretenda imponer al culpado. En este sentido, Prat Westerlindh, al elogiar dicha fórmula, también resalta que la “crítica al precepto proviene del desarrollo político o social que ha previsto la Administración. No existen suficientes catálogos de programas formativos específicos a los penados, ni instituciones ni centros dedicados a este tipo de actividades. La Administración Central, Autonómica o Local debería fomentar este tipo de catálogos, centros o programas. Recordemos que las funciones de rehabilitación o reeducación deben estar garantizados por la Administración, el abandono de las mismas supone el abandono de una de sus funciones esenciales”<sup>1039</sup>.

Compartimos esta línea de pensamiento, porque entendemos que la recuperación del individuo debe también estar asegurada por el Estado. Por lo tanto, no parece sostenible el argumento de que la Administración Pública no dispone de medios, catálogos suficientes de programas formativos o instituciones o centros con tal finalidad. Esta justificación no puede servir para excluir la vigencia del artículo, impidiendo que el juzgador, a su prudente arbitrio, imponga una medida, con asiento legal en el art. 83.1.6º, que podrá promover de forma aún más eficaz la reinserción social del delincuente. Es verdad que ciertos obstáculos circunstanciales deben ser tenidos en cuenta. Pero no como factor invencible, a punto de comprometer la validez de dicho dispositivo legal. De forma que la ineficiencia o las dificultades enfrentadas por la gestión pública no pueden, en hipótesis alguna, servir de obstáculos a la rehabilitación y a la reinserción social del penado, que es una cuestión de superior relevancia para la sociedad. En este hilo, debe considerarse que, con la misma escala de prioridad y propulsión de voluntad política, que se dirige para promover temas como, por ejemplo, la prevención de delitos y la seguridad del ciudadano, debe también, con igual interés, movilizar de forma cada vez más eficaz las condiciones necesarias que permitan la recuperación del delincuente.

Otras aportaciones dirigidas contra esta fórmula abierta consideran que dicha regla está redactada en términos genéricos, no respetando al principio de la legalidad, porque deja en manos del juez un inmenso campo de arbitrio.

---

<sup>1039</sup> PRAT WESTERLINDH, Carlos. Op. Cit., p. 51/52.

Según la opinión de Serrano Pascual, partidario de esta corriente de pensamiento, tal dispositivo puede ser “tachada de irrespetuosa con el principio de legalidad”<sup>1040</sup>. Ello porque, desde su punto de vista, no se podría decir que existe un número legalmente tasado de obligaciones.

A nuestro juicio, tampoco puede aceptarse este planteamiento. Y hay una fuerte razón para ello. Al establecer la Ley la posibilidad de imponer otras reglas que el juzgador estime necesarias para promover la rehabilitación social del individuo, el Código penal ya está fijando los contornos legales de la aplicación de otras condiciones que sean eficaces desde el punto de vista preventivo-especial. Por tanto, no hay motivos para hablar de vulneración del principio de legalidad<sup>1041</sup>. Al contrario, el espíritu de esta norma sigue la expresa orientación constitucional inserta en el art. 25.2, que propugna la necesidad de promover la reeducación y reinserción social del condenado. Es decir, la propia Constitución autoriza la posibilidad de imponer tales deberes, desde que favorezcan a la rehabilitación social del sujeto. Además, el legislador ha tenido el cuidado de definir dos importantes marcos dentro del cuál el juez sentenciador debe moverse, que son: la necesidad de la existencia de previa aceptación del condenado; y que la regla no ofenda la dignidad humana.

Como se sabe, lo que el legislador no ha hecho —y ello porque no podría hacerlo—, ha sido fijar un catalogo de deberes a través del cual la resocialización del sujeto podría ser llevada a efecto. Sería imposible exigir del legislador tal tarea. Puesto que la ley no puede determinar un número de reglas que alcancen todos los supuestos que se presentan ante los juzgados. El análisis depende de la peculiaridad de cada caso en concreto. Por tanto, no es aconsejable que la Ley penal establezca un catalogo fijo e inalterable de deberes porque inmovilizaría en proceso de ejecución, limitando la oportunidad de imponer los métodos que constituyan los más adecuados, conforme las

---

<sup>1040</sup> SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 340.

<sup>1041</sup> Según Ramos Tapia: “El principio de legalidad supone que sólo la ley establece los delitos y las penas, de tal forma que los Tribunales se limitan a aplicarla, aunque previamente deben hacer una labor más o menos amplia de interpretación. En esa labor, los Jueces y Tribunales son absolutamente independientes y el único límite que tienen es el respeto a los métodos de interpretación admitidos en Derecho, es decir, que la interpretación de la norma que realicen sea una interpretación razonable o jurídicamente fundada”. ZULGALDÍA ESPINAR, José Miguel (director)—otros. *Derecho penal*. Op. Cit., p. 269.

exigencias de cada supuestos, para así lograr, de la forma más eficaz posible, la rehabilitación del condenado.

Además, nos parece de todo incoherente exigir que la Ley penal especifique, en el art. 83.1.6º, un catalogo cerrado, en el que se enumeran todos los deberes y obligaciones que se deban imputar al delincuente, cuando actualmente se exige del Derecho penal moderno, de modo cada vez más insistente, la creación de nuevas medidas (o reglas) resocializadoras. De modo que, al referirse a los planteamientos de Roxin, Olmedo Cardenete señala que “la interpretación de la norma debe estar presidida por el fin político-criminal perseguido”<sup>1042</sup>. En este caso, tal fin es la prevención especial.

En definitiva, creemos que es imposible enumerar todas aquellas reglas que pueden incidir favorablemente a la recuperación del condenado<sup>1043</sup>. Entendemos que la aplicación de estas obligaciones deben depender del análisis de cada supuesto, debiendo, por lo tanto, dejar en manos de los magistrados, pues se trata de una materia que corresponde al proceso de individualización de las manifestaciones judiciales<sup>1044</sup>. Exactamente por ello, es de extremada importancia resaltar que la decisión del juzgador estará siempre subordinada a los principios del Estado social y democrático de Derecho y, por lo tanto, a los preceptos consagrados en la Constitución. Dentro de este marco, no hay motivo para impedir que el Juez o Tribunal encuentre la solución más

---

<sup>1042</sup> OLMEDO CARDENETE, Miguel. *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*. Barcelona, Editorial Atelier, 2001, p. 81

<sup>1043</sup> Es importante destacar la siguiente opinión de Mapelli Caffarena: “(...) es preciso que el concepto de prevención especial deje de ser una mera etiqueta, que, como tal, ha sido empleada – manoseada – por todos, empezando por sus máximos defensores correccionalistas y positivistas, en general. La ciencia penal y, menos aún, la legislación aún no se ha tomado en serio el análisis de estos fines, ni se ha planteado de qué forma los técnicos de la conducta humana deben participar en la concreción de las necesidades de la persona conforme para alcanzar este objetivo preventivo especial, sin que ello represente un riesgo para los derechos y garantías de las personas”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. «El insoportable artículo 66 del Código penal», en GARCÍA VALDÉS, Carlos–CUERDA RIEZU, Antonio–MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita–ALCÁCER GUIRAO, Rafael–VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coordinadores). Op. Cit., p. 1164.

<sup>1044</sup> Además, como bien señala Olmedo Cardenete: “Ni se puede, abandonada ya la utopía positivista, ni se debe aspirar a un sistema completamente cerrado que se encuentre impermeabilizado del contexto histórico, social y cultural en el que las normas se aplican y que redundan en una mayor justicia en la resolución del caso concreto”. OLMEDO CARDENETE, Miguel. «¿Es la lex stricta una garantía efectiva en Derecho Penal? », en GARCÍA VALDÉS, Carlos–CUERDA RIEZU, Antonio–MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita–ALCÁCER GUIRAO, Rafael–VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coordinadores). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I, Madrid, Editorial Edisofer, 2008, p. 595.

adecuada, observando la necesidad de cada caso en concreto, imponiendo así la regla de conducta más eficiente para que se consiga la reinserción social del penado. Es necesario añadir lo que aduce Colmenero Menéndez de Luarca: “debe buscarse un equilibrio entre la procedencia de la suspensión de la condena y las condiciones que el Juez o Tribunal considere procedente imponer, de modo que el penado no sea sometido a obligaciones excesivamente gravosas por desproporcionadas en atención a las características del hecho, a sus circunstancias personales y a la duración de la pena o penas impuestas. El principio de la proporcionalidad debe ser respetado también en este ámbito”<sup>1045</sup>.

Innecesario es repetir que para que se imponga cualquier medida adicional, estimada como necesaria por el juzgador, conforme preceptúa el art. 83.1.6º, debe existir previamente por parte del penado su aceptación, debiendo respetar a sus derechos fundamentales. Suele encontrar en la doctrina el argumento que la aprobación del reo, en cumplir la regla de conducta impuesta, durante el periodo de prueba, es un importante factor para pronosticar la consecución de la finalidad de la suspensión que es evitar que el condenado vuelva a cometer delito<sup>1046</sup>. En este sentido Prats Canut y Tamarit Sumalla, aunque no defiendan que la obligatoriedad de la regla no dañaría los derechos fundamentales, opinan que “toda medida de carácter aflictivo en el marco de la ejecución penal, si es asumida por el reo, permite establecer un mejor pronóstico de éxito que, si por el contrario, se impone en contra de su voluntad, al margen de que su imposición en contra de la voluntad del destinatario ha

---

<sup>1045</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 195.

<sup>1046</sup> Prats Canut y Tamarit Sumalla consideran que: “Por nuestra parte, si bien no compartimos que la obligatoriedad de las reglas de conducta vulnere derechos fundamentales, sí que entendemos que su aceptación por parte del beneficiario de la suspensión de la ejecución, permite hacer un pronóstico más favorable en términos de evitación de la recaída en el delito”. PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 83, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 502.

sido interpretado por algunas posiciones doctrinales como contraria al respeto de los derechos fundamentales”<sup>1047</sup>.

No hay duda de que es necesario la aprobación del condenado. La autorización de la suspensión, así como de cualquier medida vinculada a este beneficio sólo debería ser aplicada cuando existiera el asentimiento del sujeto. Entendemos que la manifestación favorable del sujeto amplía la posibilidad de éxito de esta medida suspensiva, puesto que, existiendo la aprobación voluntaria y libre se refuerza su comprometimiento en observar todos los deberes impuestos. Por tanto, tal consentimiento debería exigirse no sólo en los casos de este dispositivo (art. 83.1.6º), sino en todos los demás que correspondan a la imputación de reglas, deberes o obligaciones que deba observar el condenado. Sobre este aspecto, crítico es el juicio de Colmenero Menéndez de Luarca: “Sorprende también que la imposición de deberes en la suspensión de condena distintos de los expresamente previstos requieran la conformidad del penado, lo que parece indicar una cierta falta de confianza en el órgano jurisdiccional, previsión que al final puede hacer ineficaz esta posibilidad legal precisamente en los casos en los que con mayor razón sería requerida”<sup>1048</sup>. Disentimos de la postura adoptada por este autor. Desde nuestro punto de vista, la cuestión va más allá. No se trata específicamente de falta de confianza en el órgano jurisdiccional. Fuese así, el legislador no habría regulado la suspensión como un instituto que se concede de forma discrecional, lo que viene a revelar la absoluta confianza que se deposita en aparato jurisdiccional. El problema parece residir en la necesidad de comprometer al sujeto, al máximo, a cumplir las condiciones aplicadas. Así, en las hipótesis en que el condenado no exterioriza su ánimo en cumplir las reglas establecidas, no hay tampoco motivos para conceder la suspensión. Y ello porque el condenado ya ha demostrado no estar motivado a respetar las reglas impuestas (o propuestas), pudiendo por lo tanto antever el fracaso de este instituto. De modo que este beneficio debe ser discrecionalmente ofrecido por

---

<sup>1047</sup> PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 83, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 502.

<sup>1048</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 195.

el juzgador y voluntariamente aceptado por el condenado. Así, no existiendo tal acepte, creemos que no hay otra solución que llevar a cabo la pena impuesta en la sentencia condenatoria, buscando ofrecer, durante su ejecución, otras actividades que favorezcan a la consecución de los efectos preventivo-especiales.

En otra orden de cuestión, conviene destacar nuevamente que el art. 83.1.6º determina también como eslabón, que el juez tenga en cuenta a la hora de imponer los demás deberes que estime necesario para la rehabilitación del condenado, que no atenten contra la dignidad del condenado. En realidad, lo que parece pretender el legislador a partir de esta advertencia es meramente recordar la fuerza y la existencia de esta garantía constitucional. Ello porque, la actuación de los órganos jurisdiccionales siempre debe someterse a los principios y preceptos inherentes al Estado social y democrático de Derecho, siendo indispensable —no sólo en estas hipótesis, sino en todas— devotar el respeto a la dignidad del delincuente. En este aspecto, este dispositivo presenta una redacción que podría considerarse redundante: la actuación de los mecanismos judiciales sólo se legitima cuando no macula la dignidad del ser humano.

Conforme la opinión de Colmenero Menéndez de Luarca, “(...) sorprende que se considere necesario advertir expresamente en la ley que la decisión del Juez o Tribunal no debe suponer la imposición de condiciones que atenten contra la dignidad de la persona, pues es de suponer que la actuación de los órganos jurisdiccionales en un país democrático se desarrollará dentro de los límites que impone su Constitución”<sup>1049</sup>. Lleva razón el autor citado. Es imbatible es argumento que maneja. Sin embargo, cabe reconocer que, aún así, el legislador no se equivoca. Las decisiones judiciales no pueden, en ningún caso, vulnerar la dignidad humana. Este punto puede ser redundante, pero es verdadero y pacífico. Por tanto, no peca, en absoluto, la ley al advertir la necesidad de pautarse por este principio, aunque se pueda criticar tal referencia porque determina lo que es obvio o lo que es propio de la actividad

---

<sup>1049</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 195.

jurisdiccional de un Estado democrático. No obstante, la existencia de tal referencia no perjudica ni interfiere desfavorablemente en la actuación del magistrado. Al contrario, explicitando este principio en el texto legal, el legislador tan sólo confirma que su vigencia se reviste de las garantías necesarias, intentando evitar, con ello, interpretaciones equivocadas o falsas conjeturas que pudiesen surgir sobre la extensión de la aplicación de los deberes que esta norma regula.

Por fin, la observancia del cumplimiento de las reglas de conducta impuestas al individuo deberá realizarse, de acuerdo con lo que determina el art. 83,2 CP, por «los servicios correspondientes de la Administración competente». El Código penal atribuye la periodicidad de por lo menos cada tres meses para que la «Administración competente» remita informativo al Juez o Tribunal sobre el cumplimiento de dichas reglas aplicadas<sup>1050</sup>.

### **3. Obligaciones aplicables a la suspensión de pena correspondiente a delitos relacionados con la violencia de género.**

Uno de los temas de mayor relevancia, sin duda, es la violencia de género. La constatación de las desigualdades históricas y el aumento progresivo de la violencia ejercida sobre la mujer han motivado la realización de sucesivas reformas en España<sup>1051</sup>. Y tales reformas han tenido el mérito de reafirmar los derechos fundamentales al proteger a la mujer que, en determinadas ocasiones, son llevadas a experimentar situaciones de patente discriminación<sup>1052</sup> o desigualdad. Alonso Álamo destaca que la “introducción de

---

<sup>1050</sup> Dice García Arán: “a nadie se oculta que su virtualidad depende de las posibilidades de control y seguimiento por parte de esos «servicios correspondientes a la Administración competente» a que se refiere el art. 83.2 CP, que deberán informar al Juez o Tribunal sobre la observancia de las reglas”. GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación...* Op. Cit., p. 112.

<sup>1051</sup> Según Roig Torres: “En las últimas décadas la sociedad ha ido tomando conciencia de la entidad y alcance de la violencia ejercida en el ámbito familiar, acentuándose la repulsa frente a esta forma de delincuencia, y sobre todo, respecto de aquellas manifestaciones que tienen como protagonista un hombre y como víctima a una mujer”. ROIG TORRES, Margarita. «La suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad de los delitos relacionados con la violencia de género», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm 15, Navarra, 2006, p. 113.

<sup>1052</sup> Con razón, explica Alonso Álamo que “el debate jurídico-penal «de género» se viene desarrollando, al menos por lo que se refiere a la vertiente más polémica (lesiones, atentado a la dignidad moral, amenazas, coacciones...), en un territorio inadecuado, el del derecho



la perspectiva de género en el Derecho, incluido el Derecho penal, puede ser considerada como un paso de enorme importancia en la progresiva afirmación de los derechos fundamentales”<sup>1053</sup>.

Como es sabido, la violencia de género, conforme el art. 1.1 de la LO 1/2004, comprende la violencia (física o psicológica<sup>1054</sup>) «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». Por lo tanto, la violencia de género significa aquella violencia ejercida sobre la mujer como forma de discriminación, de desigualdad o de relación de poder protagonizada por el varón sobre la víctima mujer<sup>1055</sup>. Sobre este aspecto, Alonso Álamo aclara que la “expresión violencia de género adquiere significado propio que no se confunde con el de expresiones como violencia contra las mujeres, o violencia por razón de sexo, o violencia familiar o pseudofamiliar, o violencia doméstica. Puede haber violencia doméstica, o familiar, o por razón de sexo, o contra las mujeres, que no sea «de género». La expresión violencia de género tiene, pues, un radio de acción bien definido: se reserva para aquella violencia ejercida sobre las mujeres por el mero hecho de serlo que hunde sus raíces en la estructura patriarcal dominante en la historia; por tanto, en razones histórico-culturales y no de sexo en sentido biológico”<sup>1056</sup>.

---

antidiscriminatorio, siendo así que su ámbito correcto sería, como vamos a tratar de fundamentar, el de la protección penal de la igualdad”. ALONSO ÁLAMO, Mercedes. «Protección penal de la igualdad y derecho penal de género», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 95, Madrid, Ed. CESEJ, 2008, p. 21.

<sup>1053</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Op. Cit., p. 21.

<sup>1054</sup> Según el art. 1.3 de la LO 1/2004 “La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

<sup>1055</sup> ROIG TORRES, Margarita. Op. Cit., p. 123.

<sup>1056</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Op. Cit., p. 27. Explica Maqueda Abreu: “Es significativo que hasta muy avanzado el siglo pasado no se encuentre ninguna referencia precisa a esa forma específica de violencia en los textos internacionales, salvo acaso como expresión indeterminada de una de las formas de discriminación contra la mujer proscrita por la Convención de Naciones Unidas de 1979. Sólo a partir de los años noventa, comienza a consolidarse su empleo gracias a iniciativas importantes tales como la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer del mismo año, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994) o la

Las últimas reformas alcanzaran también los dispositivos penales referentes a la suspensión. Actualmente, el Código penal, en su párrafo segundo del apartado 1, 6ª, del art. 83, determina que «si se trata de delitos relacionados con 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.ª, 2.ª y 5.ª de este apartado». Esta redacción ha sido fijada a partir de la reforma introducida por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, que establece la Medida de Protección Integral contra la Violencia de Género, alterando el texto anteriormente conferido por la LO 15/2003<sup>1057</sup>.

De acuerdo con la redacción actual de la Ley, al suspender una pena de prisión que corresponda como respuesta a delitos atinentes a la violencia de género, el juez deberá imponer, obligatoriamente, en todos los casos, las siguientes medidas: «Prohibición de acudir a determinados lugares»; «Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos»; y «Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares». Conviene señalar que la idea de obstar la aproximación del penado a la víctima y, también, de determinar su participación en programas educativos buscan evitar la reiteración de la violencia y su tratamiento. En esta línea, Roig Torres aduce que “la prohibición de aproximarse a la víctima o a sus familiares, o de comunicarse con ellos (regla 2ª) se justificó por ser «imprescindible para evitar la reiteración en dichas conductas» de violencia doméstica (enmienda al proyecto presentada por el Grupo Parlamentario Socialista; posteriormente la Comisión de Justicia e Interior añadiría la constricción de la regla 1ª)”<sup>1058</sup>. Y sigue la autora en cita: “Se consideró necesaria para prevenirlas la asistencia del culpable a programas

---

Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing (1995)”. MAQUEDA ABREU, María Luisa. La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2006, núm. 08-02, p. 02:1-02:13. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 08-02 (2006), 20 ene], p. 02: 2.

<sup>1057</sup> Anteriormente, la Ley penal disciplinaba de la siguiente forma: «Si se tratase de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 de este Código, el juez o tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1 y 2 de este apartado».

<sup>1058</sup> ROIG TORRES, Margarita. Op. Cit., p. 124.

educativos específicos (regla 5ª), donde se debería tratar su agresividad, amén de inculcarle los valores relacionados con la igualdad de géneros”<sup>1059</sup>.

A nuestro juicio, consideramos acertada la creación del referido dispositivo penal que determina, obligatoriamente, la imposición de las aludidas medidas. Ello porque, de un lado, hay que someter al agresor a todos los programas educativos favorables a la superación de los problemas relativos a su agresividad; y, de otro, hay que proteger a la víctima de la posible e imprevisible reiteración de ataques por parte del varón condenado.

No obstante, defendemos de que, al igual que durante la suspensión, deban existir mecanismos legales expresos que posibiliten la aproximación a la víctima por parte de su agresor (*sin que tal hecho provoque la revocación del beneficio de la suspensión*), siempre que dicho acercamiento se produzca de común acuerdo (entre agresor y víctima) y que la violencia ejercida haya sido considerada leve. Pues, el Estado no puede interferir en la relación privada hasta el punto de obstar la posibilidad de reconciliación. Al destacar Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005 —que consideró «una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el ‘derecho de vivir juntos’»—, Roig Torres apostilla que “la imposición de esas prohibiciones puede resultar contraproducente; imagínese, por ejemplo, que tras suspenderse la condena la pareja se reconcilia, cosa no infrecuente en esos altercados menores, viéndose el Juez en la tesitura de acordar el cumplimiento de la pena suspendida pese a producirse de común acuerdo dicho acercamiento”<sup>1060</sup>.

Lo cierto es que, durante todo el plazo de prueba, debe el condenado observar tales imposiciones, puesto que su incumplimiento, toda vez que al tratarse de suspensión de pena de prisión, resultará en la revocación del beneficio. Esta determinación legal también ha sido inserta a partir de la mencionada LO 1/2004, que ha modificado la redacción del apartado 3 del art. 84 del Código penal<sup>1061</sup>.

---

<sup>1059</sup> ROIG TORRES, Margarita. Op. Cit., p. 124.

<sup>1060</sup> ROIG TORRES, Margarita. Op. Cit., pp. 125/126

<sup>1061</sup> Redacción del art. 84,3, tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre: «3. En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos

Importante es subrayar que, en tema de violencia de género, tres relevantes alteraciones han sido procedidas en la legislación penal española. La primera ha sido realizada por la LO 14/1999, de 9 de junio, que ha introducido la prohibición al reo «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». Esta Ley ha sido una Medida de Protección a las Víctimas de Malos Tratos, que se encontraba, antes de la reforma de la ley 15/2003, ubicada en el art. 83,1,1º bis CP<sup>1062</sup> (actualmente está disciplinada en el art. 83, 1, 2º CP).

La segunda significativa alteración ha sido implementada por la LO 15/2003, que ha añadido la siguiente determinación conforme destaca Mir Puig: “si se trata de “delitos contemplados en los artículos 153 y 173,2 de este Código —violencia doméstica—, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª<sup>1063</sup> del apartado 1, del art. 83 CP<sup>1064</sup>. A partir de tal reforma, la Legislación penal ha exigido incondicionalmente la vinculación de la suspensión al cumplimiento de dos reglas: la «prohibición de acudir a determinados lugares»; y la «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».

La última modificación ha sido realizada por la Ley de Medidas de Protección Integral, LO 1/2004, que, conforme ya se ha mencionado aquí, determina con carácter obligatorio que el Juez imponga las reglas 1ª, 2ª y 5ª del apartado 1 del art. 83 CP, cuando se refiera a delitos relativos a violencia de Género, deberes que si no son cumplidos provocarán la revocación del

---

relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª, 2.ª y 5.ª del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.».

<sup>1062</sup> Vid., comentarios de MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 563.

<sup>1063</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 697.

<sup>1064</sup> Hernández Hernández consigna que se trata de una “Obligatoriedad aceptable para combatir los delitos de violencia doméstica, según expresó el Grupo Parlamentario Popular en la justificación de la enmienda 147 de modificación del número 1 del precepto analizado”. Hernández Hernández, en comentarios al art. 83, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dirección). Op. Cit., p. 303.

beneficio. Al analizar los diversos aspectos de la reforma introducida por la LO 1/2004, Alonso Álamo sintetiza: “La ley integral sitúa correctamente el problema allí donde adopta medidas de sensibilización, prevención y detección de la violencia de género, destaca la necesidad de educar en y para la igualdad, adopta medidas en el ámbito de la publicidad o en el ámbito sanitario; también allí donde establece los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, o donde regula la tutela institucional; o en las reformas en el ámbito procesal”<sup>1065</sup>.

No obstante, es necesario añadir que, **desde nuestro punto de vista**, las últimas reformas olvidan introducir el control electrónico del condenado (a través de la tecnología GPS), como condición también indispensable. Ello porque este instrumento de control es perfectamente adecuado y necesario para evitar (e inhibir) la aproximación indeseable del agresor a la víctima. Por lo tanto, la monitorización puede tornarse un importante mecanismo de protección, puesto que a través de su utilización sería posible detectar con exactitud si las condiciones impuestas al agresor serían o no respetadas. Además, la tecnología GPS permite localizar exactamente donde se encuentra el individuo e, incluso, alertar a la víctima y a la policía sobre su localización. Y ello, sin necesariamente limitar la libertad de desplazamiento a los locales no prohibidos, con ocasión de la suspensión.

Sin embargo, el control electrónico, en materia de suspensión, cuando haya un supuesto de violencia de género, no puede ser aplicado de forma automática, como las demás condiciones. Su utilización debe estar limitada a los delitos considerados más graves; o que el penado no presente un historial enteramente limpio (haya delitos cancelado o cancelables); o en las situaciones en que el magistrado lo entienda ser conveniente, desde el punto de vista preventivo, al analizar las peculiaridades del caso concretamente. Además, también es, por supuesto, necesario que exista consentimiento del agresor, ya que el uso del control electrónico afecta su intimidad. Así que antes de aplicar tal condición, debe el condenado ser consultado sobre la posibilidad de ser monitorizado, concediéndole la oportunidad de elegir entre aceptar o rechazar la suspensión.

---

<sup>1065</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Op. Cit., p. 25.

#### 4. Quebrantamiento de las condiciones impuestas.

El art. 84 del Código penal español regula las situaciones en que el reo incumple las condiciones de mantenimiento de la suspensión. Las consecuencias del incumplimiento pueden ser trazadas en dos vertiente distintas: la primera, las causas de inmediata revocación del beneficio; y la segunda, las hipótesis en que se reexamina las reglas de conductas aplicadas.

La primera perspectiva contempla las situaciones en que la revocación ocurre porque el condenado inobserva alguna de las condiciones impuestas sea preceptiva o potestativa. Estas hipótesis son aquellas en la que el reo comete un delito durante el plazo de prueba, art. 84, 1 CP, (condición preceptiva); las que el sujeto incumple alguna (o todas) de las condiciones del art. 83,1, 1ª, 2ª o 5ª CP, cuando estas asumen carácter obligatorio, toda vez que se suspende la pena correspondiente a la practica de evento delictivo considerado violencia de genero. Art. 84,3 CP<sup>1066</sup>; y también las que el condenado abandone definitivamente el tratamiento, en los casos de delitos cometidos a causa de su drogodependencia (art. 87,4 CP). Todas estas situaciones, cada una ya explicitada en apartados anteriores, resultan en la revocación del beneficio de la suspensión de la pena privativa de libertad.

La segunda línea se refiere a los casos en que, al incumplir el delinciente las reglas impuestas, el Juez debe valorar, previa audiencia de las partes, las obligaciones o deberes específicos que le han sido impuestos al condenado. El art. 84,2 determina que, según los casos, el juzgador deberá adoptar las siguientes medidas: «sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta» (art.84, 2, a); «prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años» (art. 84,2, b); o «Revocar la

---

<sup>1066</sup> Afirma Prat Westerlindh: "(...) el incumplimiento de estas medidas supone la comisión de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468,2 del Código Penal. La posible opción legislativa que plantea este precepto presenta algunas dudas ante supuestos de incumplimiento de la medida sin comisión del delito, por ejemplo ante personas inimputables, o sobre las que recae algún tipo de exención de responsabilidad criminal". PRAT WESTERLINDH, Carlos. Op. Cit., p. 55/56.

suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado» (art.84, 2, c).

Es preciso considerar que la redacción del art. 84, 2 CP presenta un serio problema a la hora de ser interpretado. Ello porque la ley determina que si durante el periodo de prueba el reo infringiera las obligaciones o deberes impuestos el Juez sentenciador «podrá» adoptar las medidas ya mencionadas en el párrafo anterior. Obsérvese que el legislador utiliza el verbo «podrá», lo que resulta por traer, conforme bien registra García Arán, una seria confusión de naturaleza interpretativa, puesto que “podría entenderse como la posibilidad de que el Juez o Tribunal decida no imponer sanción alguna al incumplimiento de las obligaciones fijadas”<sup>1067</sup>. Sin embargo, compartimos la posición de la autora en cita, que interpreta tal verbo («podrá») como «la elección entre las distintas alternativas del art. 84,2, pues no sancionar el repetido incumplimiento privaría de toda eficacia —ya de por sí, escasa— a la previsión de obligaciones y deberes para algunos casos de suspensión”<sup>1068</sup>.

A nuestro juicio, cabe manifestar que la terminología que debería haber sido adoptada por el legislador, en el mencionado texto legal, era el verbo «deberá», dirimiendo, de esta forma, cualquier margen de duda sobre la obligatoriedad de el Juez o Tribunal en elegir las alternativas del art. 84,2 CP.

Así, la primera consecuencia que dispone el Código penal es que, ante el fracaso de la regla de comportamiento aplicada, sea posible su sustitución por otra distinta<sup>1069</sup>.

Opinamos que el Estado debe reaccionar firmemente frente al incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes que le han sido impuestos. Ello porque, creemos vehementemente que al conceder la

---

<sup>1067</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación...* Op. Cit., p. 112.

<sup>1068</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación...* Op. Cit., p. 112.

<sup>1069</sup> “En cualquier caso, el catálogo de reglas propuestas por el nuevo Código Penal obedece a lógicas distintas, unas de tipo asegurativo, y otras de contenido rehabilitador, y así que la adecuación de medio a fin que supone la sustitución será sin duda más fácil de predicar de aquéllas de contenido preventivo especial, sustituir una determinada medida de tratamiento por otra, que en relación a las de contenido estrictamente asegurativo, así no aparece muy claro el cambio cualitativo que puede suponer sustituir la prohibición de acudir a determinados lugares, por la de comparecencia personal ante el juzgado o viceversa”. PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 84, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 506.

suspensión de la pena privativa de libertad, especialmente, la de prisión — consecuencia más severa existente en el Código Penal español— el Estado ejerciendo un papel enteramente pedagógico y no represor, manifiesta su confianza en el condenado, en que éste cumplirá las condiciones que le llevará a ser reinsertado en la sociedad. Así, los supuestos de quebrantamiento de las reglas de conducta por parte del reo, revelan un grave, preocupante e inaceptable menosprecio a la confianza que el Estado ha depositado en el sujeto.

Por tanto, aunque se acepte que las reglas de comportamiento no tienen carácter punitivo, y que se comparta el pensamiento de que las condiciones impuestas al delincuente tienden a asegurar que el reo no vuelva a delinquir (condición principal)<sup>1070</sup>, aún así, es forzoso reconocer que al incumplir las reglas de conducta impuestas, el Estado —manteniendo o no la regla vulnerada— debe imponer otras medidas que, además de mejor promover la reinserción social del sujeto, también inhiba a que otros condenados, beneficiados con la suspensión de la pena, vengán a incumplir, durante el plazo de prueba, las obligaciones o deberes que le han sido determinados.

La pregunta que podría surgir sería en la dirección de saber qué regla debería, entonces, imponerse. Evidentemente que la contestación a este tipo de indagación dependería del caso en concreto. Sin embargo, pensamos que el Estado debería orientar su reacción de forma todavía más firme, en el sentido de someter, aún más, al condenado a cumplir más reglas de contenido rehabilitador (sea aplicándole otra o elevando el tiempo del cumplimiento de las condiciones ya aplicadas), de forma que comprometa, una parte de la parcela del tiempo libre que el reo disponía. Por ejemplo, al incumplir determinada obligación, mejor sería que el Estado, al elegir la regla del art. 84,2 a, reaccionar estableciendo otra regla (aunque se mantenga la regla vulnerada), estableciendo esta segunda condición en un número más elevado de horas diarias, que tendrá por finalidad intensificar la dedicación del individuo en cumplir actividades que favorezcan su resocialización. Cabe decir que, ante el ejemplo expuesto, ha de aplicarse de esta manera la segunda medida mencionada aunque sea innecesaria desde el punto de vista de la prevención

---

<sup>1070</sup> CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit., p. 643.



especial. Ello porque, partiendo desde otra concepción, será extremadamente útil como una forma de inhibir a que otros beneficiarios de la suspensión vengan a incumplir las reglas de conducta impuestas.

La segunda alternativa es la de «prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años».

Señala algunos segmentos doctrinales que esta redacción del art. 84,2, b, puede generar también problemas de interpretación, puesto que cabe cuestionar si, al prorrogar la suspensión dos o más veces —como advierten Prats Canut y Tamarit Sumilla— “el límite va referido al cómputo total de las prórrogas acordadas o, por el contrario, dicho límite opera en relación a cada vez que decida prorrogarse, de tal suerte que la suma de todas ellas puede exceder el límite de los cinco años”<sup>1071</sup>. En este aspecto compartimos el pensamiento, que manifiestan los autores en cita, al entender que la aplicación de esta medida debe realizarse de forma cautelosa<sup>1072</sup>, ya que debe respetar el plazo máximo de sometimiento a prueba establecido por el Código penal, que ha sido fijado «para las penas privativas de libertad inferiores a dos años» en cinco años y en un año para las penas leves (art. 80,2 CP).

Esta medida posibilita al Juzgador, dilatando el periodo de prueba, ampliar los efectos de carácter preventivo-especial que puedan ser necesarios para fortalecer la rehabilitación del sujeto, como también concede la oportunidad del Estado de reaccionar, aunque no sea necesario desde el punto de vista resocializador, inhibiendo que otros beneficiario se estimulen a incumplir los deberes o obligaciones impuestos, rompiendo la confianza que les ha sido acreditada por el Estado.

Por último, la otra línea que autoriza el Código penal, conforme disciplina el art. 84,2 c, es que el juzgador revoque «la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado».

---

<sup>1071</sup> PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 84, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 506/507.

<sup>1072</sup> PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 84, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 507.

Algunos autores manifiestan que esta norma no indica la cantidad exacta de infracciones, tampoco la forma como debe producirse la reiteración del incumplimiento, conforme pone de manifiesto Hernández Hernández, lo que ocurre es que “aumenta el riesgo de arbitrariedad y consecuente peligro vulneratorio de la seguridad jurídica”<sup>1073</sup>. Es evidente que la Ley penal debería enmarcar lo que se comprende por reiteración. Sin embargo, ante el silencio del legislador, la doctrina aclara que “la reiteración debe ser acordada por la pluralidad de decisiones judiciales, no por los informes de la «administración competente», ya que estamos ante actos que necesariamente deben someterse al principio de tutela judicial efectiva, y no a mecanismos de control más o menos formalizados”<sup>1074</sup>. Así, no basta que la «administración competente» detecte que el condenado ha dejado de cumplir una obligación o deber. Es necesario para que se configure el incumplimiento de tales reglas de conducta que el Juez se haya manifestado anteriormente varias veces sustituyendo o prorrogando el plazo de la medida impuesta.

## **VII. Consecuencia de la revocación de la suspensión de la condena y remisión definitiva de la pena.**

Conforme se ha expuesto, a lo largo del presente estudio, diversas causas pueden generar la revocación de la medida suspensiva. De modo que si el sujeto comete un delito o incumple determinadas reglas de conducta (en estos casos, tras observar lo que establece la norma del art. 84 CP), se pone en evidencia el fracaso de los fines perseguidos por la suspensión. De forma que no resta otra alternativa, sino la de revocar el beneficio.

Así, una vez producida la revocación del beneficio, “la consecuencia es la ejecución de la pena privativa de libertad”<sup>1075</sup>. Es esto lo que dispone el

---

<sup>1073</sup> Hernández Hernández, en comentarios al art. 84, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dirección). Op. Cit., p. 305.

<sup>1074</sup> PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 84, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 507.

<sup>1075</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 486. En este sentido, Prats Canut y Tamarit Sumilla afirman: “La revocación supone la automática ejecución de la pena privativa de libertad.

Código penal, en su art. 85.1: «Revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena».

Por otro lado, si el plazo de suspensión de la pena privativa de libertad transcurre sin que el reo haya delinquido y si cumplidas las reglas de conducta, que hayan sido impuestas, deberá el Juez o Tribunal remitir la pena suspendida. Así es lo que determina la redacción del apartado segundo del art. 85 CP que establece: «Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena».

Es necesario también apuntar, en este apartado, que la LO 15/2003 ha alterado la redacción del artículo 85, como también del artículo 82 del Código Penal, eliminando la importante novedad que había sido introducida por el Código Penal de 1995, que disciplinaba la forma de la anotación de las condenas en el Registro Central de Penados y Rebeldes. Antes de la vigencia de la Ley Orgánica 15/2003, la anterior redacción del art. 82 del Código Penal determinaba que «si el Juez o Tribunal acordara la suspensión de la ejecución de la pena, la inscripción de la pena suspendida se llevará a cabo en una Sección especial, separada y reservada de dicho Registro, a la que sólo podrán pedir antecedentes los Jueces o Tribunales». Por tanto, conforme la redacción anterior, el Código Penal determinaba que, en caso de que la pena fuera remitida, debería cancelarse la «inscripción hecha en la Sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes», no teniendo en cuenta la pena suspendida ningún efecto de antecedente penal (art. 85,2 CP, anterior redacción). Por otro lado, caso se procediese a la revocación del beneficio, se imponía la inscripción de la pena «en el Registro Central de Penados y Rebeldes» (art. 85,1 CP, antes de la vigencia de la LO 15/2003).

---

A estos efectos debería exigirse que el dato del fracaso del período de prueba, ya sea por comisión de delito, ya sea por incumplimiento reiterado de las reglas de conducta, no debería irradiarse a aspectos del tratamiento penitenciario o ejecución de la pena privativa de libertad, toda vez que dicho incumplimiento ya ha surtido sus efectos con la revocación del beneficio, y por lo tanto debería evitarse la duplicidad de los efectos jurídicos de un solo hecho". PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 85, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 508.

Actualmente, estos imperativos han sido eliminados. De forma que se comunica a tal Registro los antecedentes penales del condenado, aunque se cumpla todas las condiciones exigidas al suspender la pena. En definitiva, los antecedentes del sujeto deben constar en el referido Registro. Por tanto, la concesión de la suspensión ya no puede impedir más la comunicación de los antecedentes penales del culpado, debiendo informarse al citado registro a partir del momento en se materialice una sentencia firme<sup>1076</sup>. Comentando sobre esta reciente reforma, Berdugo Gómez de la Torre señala que “se viene a suprimir la prohibición de comunicar el antecedente penal al Registro Central de Penados y Rebeldes, con lo que ya no ocurrirá, como pasaba hasta ahora, que debería esperar a que se resolviese sobre este beneficio para comunicarlo, bastará la firmeza de la sentencia para liberar esta comunicación”<sup>1077</sup>.

Desde nuestro punto de vista creemos que el legislador del 95 había avanzado bastante en este punto, al ordenar que la inscripción de la pena suspendida fuese realizada en una «Sección especial, separada y reservada de dicho Registro», a la que los Jueces o Tribunales podrían acceder normalmente a tales informaciones. Es decir, no se cancelaban de inmediato los antecedentes del beneficiario. Al contrario, los antecedentes permanecían pendientes —registrado de forma especial<sup>1078</sup>—, de manera que los Jueces o Tribunal podían disponer de tales informaciones, toda vez que desearan proceder a las consultas que entendiesen necesarias. Así, para que el condenado obtuviese la cancelación de su antecedente penal, era necesario el cumplimiento de las condiciones impuestas, durante el plazo de prueba, lo que motivaba acordar la remisión de la pena suspendida y, consecuentemente, determinar la cancelación de sus antecedentes penales.

---

<sup>1076</sup> Sobre este aspecto, añade la doctrina de Polaina Navarrete que: “Ello sería, a nuestro parecer, plenamente lógico, porque aunque la ejecución de la pena sea suspendida lo cierto es que los antecedentes, mientras tanto no sea remitida la pena, existen y como tal han de contarse: es decir, la suspensión de la ejecución no debe implicar directamente una cancelación de los antecedentes penales”. POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. Cit., p. 93.

<sup>1077</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón. «Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del código penal». En CASTELLANO RAUSELL, Pedro (director). *Las últimas reformas penales*. En *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. III, Madrid, 2005, p. 194.

<sup>1078</sup> Serrano Pascual comentando sobre la anotación en el Registro, conforme Legislación anterior, explica que una de las principales novedades del Código Penal de 95 fue “su anotación en un registro especial y no en el registro general”. SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 327.

De manera que puede considerarse la eliminación de tal regla, tras la reforma de la Ley 15/2003, un retroceso frente a lo que disponía la anterior redacción. Ello porque, conforme registra Serrano Pascual, a través de la suspensión lo que se pretende evitar es “el efecto desocializador que provoca la cárcel, no parece lógico que, una vez superado el plazo probatorio, el condenado, supuestamente resocializado, se vea obligado a arrastrar antecedentes delictivos”<sup>1079</sup>. En este hilo, cabe registrar lo que también plantea García Pérez y Sánchez Melgar que ponen de manifiesto que el legislador “vuelve sobre sus pasos, y queda simplemente su contenido para mantener enunciados obvios, pues si se revoca la suspensión, ha de ejecutarse la pena y, de contrario, si el penado cumplió con las condiciones esenciales y complementarias que, por ley y judicialmente, le fueron impuestas, es obligado darle por remitida la pena”<sup>1080</sup>.

## **VIII. Hipótesis de delitos perseguibles a instancia de parte.**

El artículo 86 del Código penal español determina 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». Se constata que la legislación penal impone que, antes de otorgar o denegar la suspensión, se oiga, en audiencia<sup>1081</sup>, a la víctima o su representante legal. La norma concede al ofendido la oportunidad de exponer sus puntos de vista sobre la otorga o no del beneficio. Sin embargo, es importante destacar que la manifestación de la víctima no vincula, en ningún caso, la decisión del Juez o Tribunal<sup>1082</sup>. Conforme plantean Orts Berenguer–González Cussac, en los

---

<sup>1079</sup> *Ibidem*.

<sup>1080</sup> GARCÍA PÉREZ, J. J. y SÁNCHEZ MELGAR, J., en comentarios al art. 85, en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coordinador). Op. Cit., p. 531/532.

<sup>1081</sup> “(...) los postulados de la Victimología imponen que esa «audiencia» se haga con carácter general y amplio, independientemente de la naturaleza del delito de que se trate, por lo que debe también alcanzar a los ofendidos y víctimas de los delitos de estricta naturaleza pública”. GARCÍA PÉREZ, J. J. y SÁNCHEZ MELGAR, J., en comentarios al art. 86, en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coordinador). Op. Cit., p. 535.

<sup>1082</sup> “En el precepto se trata de que, antes de que se conceda o deniegue la suspensión, el órgano decisor «oiga» a la víctima, que tanto tiene que decir ya que si por su voluntad puso en

delitos perseguibles a instancia de parte, “el juez o tribunal tendrá que oír a la parte antes de decidir sobre la suspensión de la pena (art. 86 CP)”<sup>1083</sup>.

Cabe enmarcar que en el caso de ser la víctima, como bien apunta Hernández Hernández, de “menor, incapaz o desvalida, el trámite se seguirá con su representante legal y, en último término, con el Fiscal”<sup>1084</sup>.

Además, es válido señalar que algunos autores cuestionan la real operatividad de éste precepto, apuntando que tal imperativo legal estaría en desarmonía con el sistema suspensivo vigente. Ello porque, el actual artículo 86 tiene su precedente en el artículo 96 del revocado Código penal de 73. En esta derogada Ley penal, cuando la víctima opinaba favorablemente a la concesión de la suspensión, ésta se hacía preceptiva. Ocurre que, de acuerdo con la legislación penal vigente, la decisión sobre la otorga o no del beneficio, como ya se ha adelantado, es discrecional del juzgador, no estando, por lo tanto, vinculada a lo que dice el ofendido, aunque opine favorablemente a la concesión. En este sentido, Prats Canut y Tamarit Sumilla destacan que “en el anterior Código Penal tenía sentido la preceptiva audiencia del perjudicado en relación a los delitos perseguibles a instancia de parte, toda vez, que en caso de ser aquél partidario de dicha suspensión de la ejecución, hacía preceptiva la concesión. La desaparición de la concesión del presente beneficio por ministerio de la ley hace innecesario dicho requisito”<sup>1085</sup>.

Desde distinto punto de vista, otros autores dicen que actualmente, aunque la manifestación de la víctima no vincule a la decisión del Juez o

---

marcha el proceso”. Hernández Hernández, en comentarios al art. 86, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dirección). Op. Cit., p. 307. Según Sánchez Melgar y García Pérez, el ofendido tendrá la oportunidad de manifestar sobre la concesión o no de la suspensión, “y el Juez puede ponderar sus puntos de vista, aunque, como sustentaba la Circular de la Fiscalía del TS de 31-1-1945, éstos no le vinculen”. GARCÍA PÉREZ, J. J. y SÁNCHEZ MELGAR, J., en comentarios al art. 86, en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coordinador). Op. Cit., p. 535.

<sup>1083</sup> ORTS BERENGUER, E.–GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de derecho penal (parte general y parte especial)*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2008, p. 310.

<sup>1084</sup> Hernández Hernández, en comentarios al art. 86, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dirección). Op. Cit., p. 307. También: “En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los jueces o tribunales oirán a éste o en su caso a quien los represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena”. COBO DEL ROSAL, Manuel–QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *Instituciones...* Op. Cit., p. 364.

<sup>1085</sup> PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 86, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 508.

Tribunal, ésta ejerce un relevante papel de llevar al conocimiento del magistrado informaciones que pueden ser de significativa importancia a la hora de sentenciar, “máxime cuando en ocasiones puede otorgar expresamente el oportuno perdón extintor de la responsabilidad criminal”<sup>1086</sup>.

## **IX. Aspectos procesales de la suspensión.**

Es necesario comentar sobre el momento de determinarse la suspensión y también otras hipótesis que inciden sobre aspectos atinentes a la materia de ámbito procesal.

Inicialmente cabe destacar que para conceder o denegar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad es necesario, antes de todo, que se produzca una sentencia firme. Por tanto, sólo se dará origen al auto de suspensión cuando se haya declarado la firmeza de la sentencia. Como es sabido, se considera firme la sentencia cuando “frente a la misma no cabe ni recurso de apelación o casación, bien por transcurso de los plazos, bien por haberse ya resuelto dichos recursos o en los casos de personas aforadas, caso de dictar sentencia el Tribunal Supremo en única instancia”<sup>1087</sup>, conforme apuntan Prats Canut y Tamarit Sumalla.

Lo cierto es que tras la existencia de sentencia firme y, acreditándose los requisitos del art. 81 de Código penal, al Juez o Tribunal, conforme determina el art. 82 CP, «se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena». Como se puede percibir, este artículo determina expresamente que el examen sobre la concesión de este beneficio sea procedido «con la mayor urgencia». Evidentemente que esta urgencia está condicionada a la existencia previa de una sentencia firme y de la configuración de los requisitos enumerados en el art. 81 CP. Entre tanto, cabe explicitar que tal urgencia se refiere tanto al pronunciamiento de la decisión,

---

<sup>1086</sup> Hernández Hernández, en comentarios al art. 86, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dirección). Op. Cit., p. 307.

<sup>1087</sup> PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 82, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 498.

como además al proceso de conocimiento de los elementos exigidos en el art. 81. Es decir, se debe averiguar con inmediatez las informaciones sobre el histórico delictivo del autor, la duración de la pena impuesta y el cumplimiento de la satisfacción de la responsabilidad civil originada del delito. A partir de la concreción de estas informaciones, se debe reclamar, seguidamente, la prontitud en el pronunciamiento sobre la concesión o no de la suspensión de la pena privativa de libertad. Sobre este aspecto, Colmenero Menéndez de Luarca señala que “esta mayor urgencia la refiere el Código al pronunciamiento, pero ha de entenderse extendida al requerimiento de los datos que permitan acreditar los requisitos necesarios en cada caso, pues es su constancia lo que precisamente permitirá adoptar una decisión sobre el particular”<sup>1088</sup>.

Hecho estos comentarios iniciales, se torna imprescindible aludir sobre el órgano competente para aplicar la medida suspensiva. El art. 82 del Código penal es tajante al determinar a los Jueces o Tribunales que pronuncien urgentemente sobre la concesión o no de la suspensión. Sin embargo, como se puede observar, no establece cuál es el Tribunal o Juez competente para aplicar la suspensión. Tal información debe ser encontrada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el Libro VII, más precisamente en su art. 985<sup>1089</sup>. Por tanto, a través de la regla contenida en este dispositivo, se puede llegar a la conclusión que es competente el órgano jurisdiccional que ha fijado la sentencia en primera instancia, respetando el principio de la competencia funcional<sup>1090</sup>. Es decir, en que pese la existencia de una decisión sobre materia cuestionada en recurso (apelación o casación), aún así es competente el juez o Tribunal que ha sentenciado en el primer momento. En este sentido, Prats Canut y Tamarit Sumalla añaden también que “el Tribunal Supremo sólo sería

---

<sup>1088</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 206.

<sup>1089</sup> Establece el art. 985 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “La ejecución de las sentencias en causas por delito corresponde al Tribunal que haya dictado la que sea firme”.

<sup>1090</sup> Vid, PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 82, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 498.



competente en los casos en que conozca en única instancia en los supuestos de aforados”<sup>1091</sup>.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal también regula la posibilidad de suspender la ejecución de la pena privativa de libertad en los supuestos de procedimientos abreviados. Tanto la redacción del art. 787.6<sup>1092</sup>, como del art. 789.2<sup>1093</sup> y art. 801.2<sup>1094</sup>, se refiere en suma a que, frente a la decisión de las partes de no recurrir de la decisión pronunciada, el juez declarará la firmeza de la sentencia, pasando de inmediato a decidir, oralmente, sobre la suspensión de la pena. Conforme recalca Colmenero Menéndez de Luarca esta norma, de una parte, favorece a que haya prontitud en la decisión sobre la medida suspensiva, pero, de otra parte, plantea serios problemas. Entre ellos, destaca el citado autor la dificultad de disponer, en tal momento, de todas las informaciones necesarias para conceder o denegar el beneficio. Sobre este aspecto, se considera que es posible que en algunas situaciones el juzgador no conozca suficientemente algunos elementos como la peligrosidad del sujeto, los datos relativos sobre otros procedimientos penales contra penado, así como

---

<sup>1091</sup> PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 82, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 498.

<sup>1092</sup> Determina el art. 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “La sentencia de conformidad se dictará oralmente y documentará conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, sin perjuicio de su ulterior redacción. Si el fiscal y las partes, conocido el fallo, expresaran su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia, y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta”. (destacamos nosotros)

<sup>1093</sup> Ya el art. 789.2 dicta: “el Juez de lo Penal podrá dictar sentencia oralmente en el acto del juicio, documentándose el fallo y una sucinta motivación mediante la fe del Secretario o en anexo al acta, sin perjuicio de la ulterior redacción de aquélla. Si el Fiscal y las partes, conocido el fallo, expresasen su decisión de no recurrir, el Juez, en el mismo acto, declarará la firmeza de la sentencia, y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta”. (destacamos nosotros)

<sup>1094</sup> Este artículo no exige que se conceda audiencia a las partes. Establece la redacción del art. 801.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “Dentro del ámbito definido en el apartado anterior, el juzgado de guardia realizará el control de la conformidad prestada en los términos previstos en el artículo 787 y, en su caso, dictará oralmente sentencia de conformidad que se documentará con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal. 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”. (destacamos nosotros)

acerca de la existencia de otras condenas firmes que constituyen un dato necesario a la hora de sumar todas las penas impuestas<sup>1095</sup>.

Otra previsión legal sobre la aplicación de la medida suspensiva puede ser encontrada en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (LOTJ). Según lo que recuerda Colmenero Menéndez de Luarca, el art. 52.2 de esta Ley prevé la posibilidad de que el juzgador conozca la opinión de los jurados sobre la concesión de la medida suspensiva, pero que no asume carácter vinculante. Además, el art. 68 de esta ley impone que en los casos en que se declara la culpabilidad del sujeto el Juez debe oír al Fiscal, así como a las partes sobre “las penas o medidas procedentes y sobre la responsabilidad civil, y además, sobre la concurrencia de los presupuestos legales de la aplicación de los beneficios de la suspensión de condena, si el jurado hubiera emitido un criterio favorable a su concesión”<sup>1096</sup>.

## **1 Recurso procedente contra la decisión a favor o contra la medida suspensiva.**

Un importante debate que se observa en materia de suspensión se trata sobre cuál es el recurso que cabe contra las decisiones tanto a favor como en contra de la concesión de la medida suspensiva. Esta discusión se torna aún más interesante al constatar que no se contempla en el Código penal ni tampoco en la Ley de Enjuiciamiento Criminal una referencia expresa sobre los recursos que son admitidos para hacerse frente a una decisión (la que sea) sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad<sup>1097</sup>. De

---

<sup>1095</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., pp. 206/207.

<sup>1096</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 206.

<sup>1097</sup> En este sentido, dice Colmenero Menéndez de Luarca que “ni en el Código Penal ni en la LECrim, ni tampoco en la LOTJ, se contemplan expresamente los recursos procedentes contra las resoluciones en las que se acuerde conceder o denegar la suspensión de la pena o penas impuestas. Es preciso recurrir, por lo tanto, a las normas generales”. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 210.

forma que el camino que debe ser adoptado es en la dirección de lo que establecen las reglas generales.

Por tanto, la doctrina apunta que en los casos en que se plantea la suspensión de la condena, se debe observar lo que dicta el art. 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dispositivo que regula materia de competencia de los procedimientos abreviados. Así, conforme este dispositivo, se puede «contra los autos de Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrán ejercitarse el de reforma y el de apelación». De forma que es posible de apreciación tanto la apelación como el recurso de reforma. Esta es la regla que se debe tener en cuenta<sup>1098</sup>.

De otra parte, es importante decir que la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo es tajante al considerar el recurso de casación como la vía no adecuada para recurrir las decisiones proferidas sobre la suspensión de la pena. En este sentido, cabe destacar la Sentencia del Tribunal (núm. 349/2004) de 18 de marzo de 2004 que resalta que “los autos sobre suspensión de la condena o sobre sustitución de la penas privativas de libertad no son recurribles en casación”<sup>1099</sup>.

Conforme pone de manifiesto la jurisprudencia, incluso que se encuentra también copilada en publicación de Colmenero Menéndez de Luarca, el motivo que determina la improcedencia del recurso de casación reside en la regla del art. 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>1100</sup>, que establece que sólo cabe tal recurso cuando la ley así lo fije expresamente<sup>1101</sup>. Todo este debate sobre la

---

<sup>1098</sup> Vid, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 210.

<sup>1099</sup> STS, núm. 349/2004, de 18 de marzo de 2004 [RJ 2004\3120]. Entre otras, en este sentido, cabe destacar también: STS, núm. 539/2002, de 25 de marzo de 2002 [RJ 2002\4028]; STS, núm. 1597/2000, de 16 de octubre de 2000 [RJ 2000\8775]; Sentencia Tribunal Supremo, núm. 950/1999, de 19 julio de 1999 [RJ 1999\6508]; STS, núm. 56/2001, de 26 de enero de 2001 [RJ 2001\187]; STS, núm. 208/2000, de 18 de febrero de 2000 [RJ 2000\871]; STS, núm. 578/1998, de 27 de abril de 1998 [RJ 1998\3794]; STS, núm. 90/1998, de 02 de febrero de 1998 [RJ 1998\1509].

<sup>1100</sup> Vid, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., pp. 210/212.

<sup>1101</sup> Establece el art. 848 de la LECrim: Contra los autos dictados, bien en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia bien con carácter definitivo

posibilidad o no de aplicar el recurso de casación tiene origen muy evidente. El Código penal revocado, al regular la condena condicional, determinaba en su art. 95 que contra las decisiones establecidas por ministerio de la ley (art. 94 CP anterior) «se dará el recurso de casación»<sup>1102</sup>. Como se puede observar, comentando este artículo, durante la vigencia del Código penal anterior, Alejandro del Toro Marzal apuntaba que este precepto “determina que contra la resolución que se dicte en los casos del artículo 94 —conurrencia de semieximente o solicitud de la víctima en los delitos privados— puede imponerse el recurso de casación. El precepto, reproducción del último párrafo del número 3 del artículo 5 de la LCC, tiene un innegable sentido procesal que si adecuado en la LCC —reguladora tanto de los aspectos materiales como de los objetivos de la institución— puede resultar discutible en el Código penal”<sup>1103</sup>. En realidad, tiene razón el autor citado al considerar que tal dispositivo presentaba un claro contenido procesal, debiendo ser criticable su configuración en la Ley sustantiva penal.

Entre tanto, conviene destacar que el citado artículo 95, establecido en el Código anterior, fue eliminado a partir de la entrada en vigor del Código penal del 95. Por tanto, a consecuencia de la supresión del referido dispositivo se observa que la ley no determina expresamente, en ningún caso, la posibilidad de interposición del recurso de casación. De forma que no existe más cualquier justificativa para hacer uso de este instrumento recursal<sup>1104</sup>. Y

---

por las Audiencias, sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso”.

<sup>1102</sup> Conforme el art. 95 del Código Penal revocado: “contra la resolución que se dicte en todos los casos a que se refiere el artículo anterior, se dará el recurso de casación”. Además, sobre la Legislación penal de 1973, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2000 añade: “En el Código Penal de 1973 (RCL 1973, 2255 y NDL 5670), el artículo 95 admitía la interposición del recurso de casación en los casos a que se refería el artículo 94, es decir, en los supuestos en que el Tribunal debía aplicar, por ministerio de la Ley, los beneficios de la remisión condicional, pero no en los casos del artículo 93 en que la concesión del beneficio quedaba supeditada a la discreción del Tribunal pudiendo aplicarla o no según lo estimase procedente; facultad no revisable en casación”. STS, núm. 1597/2000, de 16 de octubre de 2000 [RJ 2000\8775].

<sup>1103</sup> DEL TORO MARZAL, Alejandro, en comentario al art. 95, en CÓRDOBA RODA, Juan-Rodríguez Mourullo, Gonzalo-Del Toro Marzal, Alejandro-Casabó Ruiz, José-Ramón. *Comentarios al código pena (artículos 23-119)*. Tomo II. Barcelona, Editorial Ariel, 1976, p. 526.

<sup>1104</sup> La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2002 aclara: “ahora bien en el Código Penal vigente no existe precepto alguno que autorice dicho recurso, ni existe siquiera el presupuesto que habilitaba para su interposición en el Código Penal anterior, pues se han

ello porque, conforme se ha dicho, La legislación penal actual ha derogado expresamente la Ley de 17 de marzo de de 1908 (de condena condicional)<sup>1105</sup>.

Finalmente, conforme recuerda Colmenero Menéndez de Luarca, es oportuno recalcar que se puede interponer contra los autos de las audiencias, independientemente del procedimiento adoptado, el recurso de súplica<sup>1106</sup>.

## **2 Audiencia a las partes.**

Otro aspecto que merece detenimiento se refiere a la Audiencia de las partes. Como se puede fácilmente constatar, varios dispositivos del Código penal establecen la necesidad de, antes de decidir sobre la suspensión de la condena, conceder audiencia a las partes.

Al repasar los distintos artículos atinentes a la suspensión, se observa la exigencia de la realización previa de audiencia en que deben protagonizar las partes. En este sentido, el art. 80.2 determina la realización de tal acto antes de establecer el plazo de suspensión. En línea similar, el art. 86 dicta que deberá oír el ofendido (o representante) cuando se trata de delitos perseguido a instancia de la parte. También en el art. 87 —que regula las hipótesis en que el delito viene a ser cometido a causa de la dependencia del autor— el Código fija la necesidad de llevar a cabo la citada audiencia de las partes. En estas dos

---

suprimido los supuestos de concesión del beneficio por ministerio de la ley, razón por la cual ante la inexistencia de la autorización legal expresa que exige el art. 848 de la LECrim, debe concluirse que los autos resolviendo sobre la suspensión de la ejecución de las penas no son recurribles en casación. STS, núm. 539/2002, de 25 de marzo de 2002 [RJ 2002\4028].

<sup>1105</sup> Sobre este aspecto, cabe reproducir lo que dice la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1999: “por otra parte la disposición derogatoria del Código Penal de 1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), en su apartado 1 b), deroga de modo expreso la Ley de 17 de marzo de 1908 (NDL 6566) de condena condicional, con sus modificaciones posteriores y disposiciones complementarias, razón por la cual la regulación en esta materia se encuentra limitada en el momento actual a las disposiciones contenidas en la Sección 1ª del Capítulo 3º del Libro I del Código Penal («de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad»), preceptos en los que no se contempla la posibilidad de interponer recurso de casación contra las resoluciones de las Audiencias, concediendo o denegando la suspensión de la ejecución de las penas”. Sentencia Tribunal Supremo, núm. 950/1999, de 19 julio de 1999 [RJ 1999\6508].

<sup>1106</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 210.

últimas hipótesis, conforme señala Colmenero Menéndez de Luarca, la Ley penal no determinar el contenido de tales audiencias, pudiendo, por lo tanto, “extenderse a cualquier aspecto que resulte de interés”<sup>1107</sup>.

También la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula en algunas situaciones la audiencia de las partes. Cabe destacar que, tanto en el art. 787 como en el art. 789.2, la citada Ley impone la necesidad de llevar a efecto tal procedimiento toda vez que la sentencia viene a ser dictada oralmente y «el Fiscal y las partes, conocido el fallo, expresaran su decisión de no recurrir», debiendo respetarse la peculiaridad de cada dispositivo en concreto. De otra parte, Colmenero Menéndez de Luarca menciona que ya en el art. 801 de la LECrim, esta ley no determina la realización de audiencia de las partes, a pesar de disciplinar semejante situación a las anteriores<sup>1108</sup>.

Finalmente, cabe destacar que en tema de suspensión, la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (LOTJ) también dispone sobre la realización de la audiencia de las partes, estableciendo como su contenido los requisitos legales necesarios para que se conceda la medida suspensiva (*vid*, art. 68)<sup>1109</sup>.

Dicho esto es importante señalar que algunas voces doctrinales critican la forma como la audiencia está regulada. Si de un lado algunos juristas reconocen la importancia de conocer la opinión sobre todo de la víctima en el proceso de formación del juicio del juzgador acerca de la posibilidad discrecional de conceder el beneficio, no siendo vinculante por lo tanto la impresión personal del lesionado; de otro lado, se critica la dispersión de las reglas así como la ausencia de claridad y sistemática al instituir la audiencia de las partes. En este sentido, debe considerarse el riguroso planteamiento de Colmenero Menéndez de Luarca que afirma: “la regulación de la materia,

---

<sup>1107</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 209.

<sup>1108</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 209.

<sup>1109</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 209.

dispersa en numerosas normas, no resulta de la claridad exigible y no presenta sistemática alguna”<sup>1110</sup>.

La verdad es que el tratamiento legal conferido a la audiencia entre las partes se encuentra suelto en varios dispositivos del Código penal y de otras legislaciones, cuando en verdad debería existir un único dispositivo, redactado de forma clara, regulando el momento y el contenido de tales audiencias. En realidad, este tema podría ser establecido por la legislación atinente a la regulación procesal. Sin embargo, es en el Código penal donde se ubica la regla general sobre la suspensión. Por lo tanto, es de fundamental importancia que ahí exista una referencia expresa, de carácter general, fijando el contenido de las audiencias que deben ser llevadas a cabo antes de la concesión de la medida suspensiva.

En esta línea es importante decir, desde ya, que la palabra de la víctima es relevante en este acto. Claro que es indiscutible que se trata de un trascendente momento para oír la persona lesionada (o su representante) sobre la concesión de la medida suspensiva. En este instante, incluso, se debe (o debería) conceder al perjudicado la oportunidad de aportar informaciones sobre aspectos atinentes, por ejemplo, a la peligrosidad del sujeto.

No obstante, la audiencia también debe constituirse un acto en que el condenado expresa su voluntad en aceptar la medida suspensiva. Y más, es la oportunidad en que el Juez dispone para escuchar la opinión del penado sobre las reglas que se impondrán, ajustando la medida suspensiva a la realidad, al mundo cotidiano en que se inserta el sujeto.

## ***X. Criterios diferenciales entre la suspensión y la sustitución.***

Suele mencionar la doctrina que el Código de 1995 no ha fijado un criterio específico que apunte cuándo el juzgador puede conceder la suspensión o la sustitución. Ha de observarse que los presupuestos de la

---

<sup>1110</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 208.

sustitución coinciden con los de la suspensión. Tal hecho, por lo tanto, ha provocado intenso debate en la doctrina. En este sentido, Morillas Cueva constata “la ausencia de criterios que indiquen cuándo el juez debe de optar por la sustitución o suspensión de la pena”<sup>1111</sup>. En la misma perspectiva, al exteriorizar su preocupación científica sobre esta problemática, Barquín Sanz señala que “el problema está en que los presupuestos para la aplicación de una y otra figura coinciden en buena medida, como se puede comprobar leyendo los artículos 80 y 81, por un lado, y 88, por otro”<sup>1112</sup>.

Como es sabido, puede sustituirse la pena de prisión cuando ésta no exceda de un año; o, excepcionalmente cuando no exceda de dos años (cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social); o cuando tal pena sea inferior a seis años, tratándose de extranjero no residente legalmente en España.

De otra parte, la suspensión puede ser concedida cuando «la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años»; especialmente, cuando las penas privativas de libertad no superen a los cinco años, cuando se trata de penados que hayan cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las drogas; o también especialmente puede concederse 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».

A pesar de que el legislador haya fijado un margen temporal a tenerse en cuenta a la hora de conceder los mencionados sustitutivos, es curioso observar que, en determinada situación, los dos sustitutivos pueden ser perfectamente aplicables. Es que, como bien apunta Barquín Sanz, los dos institutos exigen semejantes requisitos, que consiste en analizar si “el condenado no es reo habitual ni tiene antecedentes por delito doloso o, si los tiene, están cancelados o son cancelables; se ha satisfecho la responsabilidad civil o se ha acreditado la imposibilidad de satisfacerla. En estos casos, la

---

<sup>1111</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 47.

<sup>1112</sup> BARQUÍN SANZ, Jesus. Op. Cit., p. 307.



decisión de si se opta por una u otra institución, o incluso si se exige el cumplimiento de la pena, queda en manos del juzgador<sup>1113</sup>. De este modo, conviene explicitar que el Código penal no dice cuál es el sustitutivo que se debe aplicar de forma prioritaria, ya que los presupuestos de un y otro instituto son semejantes.

Al tratar sobre este tema, la doctrina se divide. Las opiniones son las más distintas. Importante sector de la doctrina defiende que la suspensión debe tener aplicación preferente sobre la sustitución, por razones de prevención especial y política criminal. En esta vertiente, Morillas Cueva señala: “Estoy en la línea de que los jueces han de tener en cuenta en la individualización de la pena fundamentalmente las exigencias de prevención especial pero también las de política-criminal que derivan en una aceptación social de los mecanismos alternativos a las penas de prisión<sup>1114</sup>. Y concluye el autor en cita: “Desde esta perspectiva me parece de aplicación preferente la suspensión sobre la sustitución, que, más que alternativa a aquélla, ha de concebirse como una derivación suplementaria para determinados casos. Hay que tener en cuenta que, incluso, el legislador es más generoso, en cuanto a requisitos, con la suspensión que con la sustitución<sup>1115</sup>.”

En la misma vertiente Poza Cisneros: “el propósito sugerido es eminentemente práctico, se ha optado en la exposición por atender a la sistemática del Código, en la que subyace la filosofía de procurar primero la suspensión de la ejecución de la pena, subsidiariamente, su sustitución por otra y, por último, regular la fase final de su ejecución según el sistema progresivo<sup>1116</sup>.”

Esta corriente otorga primacía a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en detrimento de la sustitución. Para este sector doctrinal el principalmente argumento reside en la constatación de que la suspensión es un instituto todavía más idóneo desde el punto de vista

---

<sup>1113</sup> BARQUÍN SANZ, Jesus. Op. Cit., p. 307.

<sup>1114</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 58.

<sup>1115</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 58.

<sup>1116</sup> POZA CISNEROS, María. «Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los arts. 80 a 94 del código penal», en *Problemas específicos de la aplicación del código penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 238.

preventivo-especial y político-criminal. Y además, a nuestro entender, cabe también señalar que, a pesar que la sustitución consiste en un mecanismo más duro que la suspensión, por otro lado, el hecho de suspenderse la pena privativa de libertad (y no simplemente sustituirla por otra pena) parece concentrar una mayor carga amenazadora, consistente en la real posibilidad de ejecutarse la pena privativa de libertad si el sujeto viene a incumplir las condiciones y reglas de conductas impuestas. De tal forma que esta amenaza ejerce en la esfera subjetiva del condenado una influencia extremadamente positiva, desde el punto de vista preventivo-especial, especialmente porque le presiona a cumplir con mayor interés todas las obligaciones impuestas, particularmente la de no delinquir durante el periodo de prueba, facilitando por lo tanto su proceso de reinserción social.

Partiendo desde otro punto de vista, Mapelli Caffarena apunta la existencia de otros caminos que deben ser observados. Este autor considera que una primera solución sería aplicar las reglas del concurso aparente de normas, planteando la sustitución con carácter de especialidad en relación a la suspensión (conforme el art. 8.1 CP)<sup>1117</sup>; la segunda, sería observar los límites exteriores de la suspensión y sustitución, que vienen determinados por exigencias preventivas. Y por último, concibe la sustitución y la suspensión como fases inherentes al proceso de individualización de la pena<sup>1118</sup>. Para Mapelli Caffarena la solución más acertada “es aquella que concibe ambos institutos como una fase más del proceso de individualización de la

---

<sup>1117</sup> Sobre la posibilidad de aplicarse las reglas del concurso aparente de normas, Barquín Sanz añade que Serrano Butragueño también defiende esta solución. Dice Barquín Sanz: “También en un plan teórico se mueve Serrano Butragueño, quien en la línea defendida por el común de los autores, subraya el papel de la prevención especial en este nivel punitivo inferior a los dos años de prisión. Este último autor desarrolla un aspecto apuntado por Mapelli: el posible recurso a las reglas del concurso aparente de normas para resolver el conflicto de aplicación entre la suspensión y la sustitución de la pena de prisión”. BARQUÍN SANZ, Jesus. Op. Cit., p. 308.

<sup>1118</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 123. Con singular claridad, Morillas Cueva resume los planteamiento de Mapelli Caffarena del siguiente modo: “Mapelli Caffarena presenta tres soluciones: a) aplicar el concurso aparente de normas, en el que la sustitución es la especial, y por tanto de opción preferente, y la suspensión la general; b) tener en cuenta los límites exteriores de ambos beneficios, que vienen determinados por las exigencias preventivo-especiales –características del hecho y duración de la pena–; c) concebir ambos institutos como una fase más del proceso de individualización de la responsabilidad penal en base a necesidades preventivo-especiales, y en consecuencia, el órgano judicial debe aplicar uno u otro de acuerdo con la conveniencia resocializadora de cada caso”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión» ... Op. Cit., p. 57.

responsabilidad penal, basándose en necesidades preventivos especiales y, en consecuencia, el órgano judicial debe aplicar uno u otro de acuerdo con la conveniencia resocializadora de cada caso”<sup>1119</sup>.

Es importante señalar que algunos autores entienden que la aplicación del concurso aparente de normas no es la solución más adecuada para resolver el conflicto consistente en aplicar la suspensión o la sustitución. Los partidarios de esta corriente argumentan que tanto la suspensión como la sustitución son institutos de aplicación facultativa. De manera que el concurso aparente de norma no es la vía más indicada para remediar tal problema. En este sentido, aclaradora es la opinión de Barquín Sanz: “A mi juicio, no es ésta una vía útil para resolver el problema, por el motivo relevante de que estamos ante sendos institutos de imposición facultativa por el órgano judicial, de modo que, por mucho que se estime preferente el recurso a un de ellos antes que al otro, si el juez o tribunal puede motivadamente renunciar al primero, siempre le quedará la opción de recurrir al segundo”<sup>1120</sup>. De este modo, el autor en cita concluye que al fin y al cabo se llega al punto de partida: “ante unas mismas circunstancias factuales y normativas, se concede al juzgador la triple alternativa de, o bien se suspende, o bien se sustituye, o bien se ejecuta la pena, con el único límite relevante de la exigencia de motivación”<sup>1121</sup>.

El referido sector doctrinal considera que la aplicación de la sustitución o de la suspensión debe ser resultado de una valoración del Juzgador, que debe analizar el caso en concreto y decidir motivadamente cuál es la solución más adecuada: si sustituirla, suspender la ejecución o determinar el cumplimiento de la pena privativa de libertad. En este sentido, es oportuno destacar, otra vez, las explicaciones de Barquín Sanz: “con respecto a un sector de la actividad jurisdiccional penal tan amplio como el que abarca buena parte de las condenas a prisión de hasta dos años de duración, serán el juzgador y su

---

<sup>1119</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 123.

<sup>1120</sup> BARQUÍN SANZ, Jesus. Op. Cit., pp. 308/309

<sup>1121</sup> BARQUÍN SANZ, Jesus. Op. Cit., p. 309.

conciencia los que al cabo decidan entre las tres alternativas de hacer cumplir la pena, sustituirla por otra o suspender su ejecución”<sup>1122</sup>.

A título de comparación es curioso verificar que el Ordenamiento jurídico brasileño ha priorizado más la sustitución en detrimento de la suspensión. La verdad es que, actualmente, la suspensión es un instituto prácticamente inutilizado en la práctica, especialmente después que ha sido realizada la reforma de la Lei n. 9.714/98. De acuerdo con la actual redacción del art. 44 del Código penal brasileño, las penas restrictivas de derechos son penas autónomas y sustituyen las penas privativas de libertad no superior a cuatro años<sup>1123</sup>. En Brasil, a pesar de la Ley penal establece (en el art. 44, III CP) la necesidad de analizar la culpabilidad, los antecedentes, la conducta social y la personalidad del condenado, aún así, la sustitución es considerada un derecho subjetivo del reo, aplicándose automáticamente cuando la pena privativa de libertad no excede a los cuatro años, toda vez que se constatar que el delito no ha sido cometido con empleo de violencia o grave amenaza y no tratar de condenado reincidente en delito doloso.

De otra parte, en España, en la práctica se sabe que el juez puede optar por uno u otro instituto, decidiendo motivadamente cuál es el sustitutivo que mejor se ajusta al caso en concreto, según los criterios preventivo-especiales. También se sabe que en la práctica el beneficio de la suspensión es ampliamente aplicado en por los órganos judiciales, especialmente cuando los delincuentes presentan un historial criminal limpio<sup>1124</sup>. Incluso, es oportuno señalar que, diferentemente de Brasil, la suspensión es más utilizada que el beneficio de la sustitución. Tal constatación puede consistir en un fuerte indicativo de que, también en la práctica, la suspensión es, en regla, el instituto más adecuado a ser aplicado.

---

<sup>1122</sup> BARQUÍN SANZ, Jesus. Op. Cit., p. 309.

<sup>1123</sup> Vid. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas...* Op. Cit., pp. 81 ss.

<sup>1124</sup> En este sentido dice Cid Moliné: “De la investigación coordinada por Cid-Larrauri se deduce que la imagen tradicional, según la cual, cuando se cumplen los requisitos objetivos, los jueces «automáticamente» conceden la suspensión sólo es cierta en referencia a las personas con historial limpio. Cuando los/las delincuentes disponen de antecedentes –aun cuando éstos no impidan la suspensión– la decisión es prisión en aproximadamente la mitad de los casos”. CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena en España: descarceración y reincidencia», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 15, 2005, p. 225.

No obstante, lo cierto es que nos preocupa bastante el hecho de no existir criterios legales claros que diferencien el momento de aplicar un u otro instituto. No puede el legislador resolver tal conflicto transfiriendo para el Juzgador la misión de distinguir cuál es el momento más adecuado para aplicar la suspensión o la sustitución. Desde nuestro punto de vista, tal valoración judicial debe ser efectivamente realizada, pero dentro de un margen limitado de discrecionalidad.

De este modo, entendemos necesario cogitar la realización de una reforma legislativa que venga a redefinir el marco de aplicación de la sustitución, que, como bien afirma Mapelli, se trata de un “beneficio menor para el condenado y más punitivo que la suspensión”<sup>1125</sup>.

Así el Texto punitivo debería prever la sustitución exclusivamente para ser aplicada a los condenados que presenten antecedentes penales cancelados o cancelables, a los supuestos de violencia de género y, a principio, también a los extranjeros (mereciendo tal materia ser mejor discutida, especialmente en lo que concierne a la obligatoriedad de la expulsión del país, pero esto no es objeto de esta investigación). De este modo, el ámbito de valoración acerca de la facultad de conceder la sustitución debería restringirse a tales hipótesis, no incluyéndose, por supuesto, los individuos que poseen historial criminal irreprochable.

Con relación a lo anterior, cabe enfatizar que la Ley penal debería restringir el campo de conflicto entre la suspensión y sustitución, autorizando realizar la valoración judicial acerca de la posibilidad de aplicar un u otro instituto únicamente en los casos en que el penado presente antecedentes cancelados o cancelables, en los supuestos de violencia de género y en los casos referentes a los delitos cometidos por extranjeros (con la cautela anteriormente señalada). Este debería ser, por tanto, el campo de aplicación de la sustitución y, también, el margen de contacto entre la posibilidad de aplicar un u otro sustitutivo. Así, exclusivamente en estas situaciones la Ley penal debería permitir al Juez que valorase, motivadamente, cuál sería el instituto más adecuado, desde la perspectiva preventivo-especial y político-criminal, a

---

<sup>1125</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 110.

ser aplicado en el caso concreto. Dentro de este límite se puede plantear la concesión de la suspensión o de la sustitución como una fase más de la individualización de la responsabilidad penal.

De otro modo, a nuestro entender, la suspensión debería ser el único instituto a ser aplicado cuando se tratase de reos que no hayan delinquido anteriormente, en ninguno momento de su vida, presentando por lo tanto un historial penal enteramente limpio.

Defendemos esta postura por dos motivos esenciales: el primer reside en la constatación de que la suspensión es un instituto beneficioso desde la perspectiva utilitarista, especialmente porque responde indiscutiblemente a las expectativas preventivo-especiales y, por supuestos, a los preceptos constitucionales, conforme el art. 25.2 CE.

Como se ha dicho en el curso de esta investigación, la suspensión se ha constituido en un imprescindible mecanismo rehabilitador, comprobadamente capaz de evitar la reincidencia del condenado y producir importante efecto descarcelador. En este sentido, es necesario destacar los resultados obtenidos a través de la investigación empírica realizada por Cid Moliné. Concluye este autor que “los resultados de investigación realizada muestran que sólo un pequeño porcentaje —el 17.4%— de los infractores-as a los que se aplicó la suspensión han reincidido en un seguimiento de 5 años. En principio, creemos que estos resultados deben verse como positivos para la suspensión, pues parecen avalar la teoría del delincuente ocasional, por la cual existe un parte importante de los/las delincuentes que cesan en su carrera delictiva tras una primera condena”<sup>1126</sup>.

Es evidente que el porcentaje del 17.4% de reincidentes es bastante pequeña sobre todo si comparada al número de penados que no vuelven a delinquir (conforme los datos de la citada investigación). Sin embargo, a pesar de ser insignificante la mencionada tasa, aún así debe buscarse formas que la disminuya todavía más. A nuestro sentir, la solución parece residir en la imposición y fortalecimiento de las reglas de conductas impuestas a los condenados, porque a través de ellas se puede efectivamente lograr la

---

<sup>1126</sup> CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena en España (...)». Op. Cit. p. 236.

reinserción social del sujeto. De este modo, debe el Juez aplicar tales obligaciones y deberes tras realizar, detenidamente, una valoración acerca de cuales son las condiciones que pueden promover más eficazmente la resocialización del penado.

El segundo motivo a tenerse en cuenta se refiere al hecho de que la sustitución consiste en un mecanismo más punitivo que la suspensión<sup>1127</sup>. Partiendo desde esta premisa y con fundamento en la necesidad de establecer un criterio proporcional, la posibilidad de aplicar la sustitución debe restringirse, como ya se ha dicho, a los supuestos en que el condenado haya pasado anteriormente por alguna experiencia criminal (poseyendo antecedentes cancelados o cancelables), los casos de violencia de género y los delitos cometidos por extranjeros no residentes legalmente en España (hipótesis a ser todavía más profundizada).

Especialmente en los casos en que el sujeto posee antecedentes cancelados o cancelables, debe permitir al Juez que valore acerca de la posibilidad de aplicar la sustitución (que presenta una carga punitiva más intensa que la suspensión), puesto que, en tales casos, esta puede ser la respuesta más aconsejable en el sentido de inhibir que en el futuro el sujeto vuelva a cometer nuevo delito. De otra parte, es absolutamente desproporcional e injustificable aplicar un instituto más riguroso (la sustitución), cuando se trata de sujeto que nunca ha delinquido en su vida, poseyendo un historial criminal impecable y cuando existe una alternativa indiscutiblemente eficaz e menos punitiva como es la suspensión.

---

<sup>1127</sup> Es importante verificar lo que dice Elena Larrauri: “contrasta en principios algunas diferencias inexplicables entre la suspensión y la sustitución de la pena. Así por ejemplo para la suspensión de la pena el delito debe tener una pena máxima de dos años, por el contrario para sustituir la pena debe ser inferior a un año (excepcionalmente dos). Ello es difícilmente comprensible si se admite que a efectos de prevención general la suspensión aparece como más benévola que la sustitución”. LARRAURI, Elena. «suspensión y sustitución de la pena en el nuevo código penal español», en la *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 7/8, 1999, p. 493.

***CAPÍTULO CUARTO:***  
**SUPUESTOS ESPECIALES.**



## ***I. Planteamiento general.***

El Código penal establece algunas hipótesis excepcionales en que algunos de los requisitos generales, mencionados anteriormente, no se aplican porque el autor del delito presenta características personales que son tenidas en cuenta a la hora de suspender la pena privativa de libertad. Son los casos en que el evento delictivo se ha producido por la influencia de la drogodependencia o alcoholismo del condenado; cuando el reo esté gravemente enfermo o aquejado de padecimientos incurables; y en las situaciones en que el condenado es menor de edad y otros supuestos.

## ***II. La suspensión para los supuestos de drogadicción.***

### **1 Planteamientos generales.**

El art. 87<sup>1128</sup> del Código penal trata específicamente de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad a los casos en que el penado comete un hecho de relevancia penal en consecuencia de su dependencia de las drogas o del alcohol. Este dispositivo, conforme afirma Mapelli Caffarena, “de acuerdo con este precepto será necesario que el penado hubiese cometido el delito a causa de su dependencia al alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, o bien, actúen bajos los efectos del síndrome de abstinencia”<sup>1129</sup>.

El origen de la regulación de esta materia en el Código penal español reside en la reforma de la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, que extendió la posibilidad de acordar la suspensión condicional para los casos de delito

---

<sup>1128</sup> Establece el art. 87, ya según la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre:

«Artículo 87. 1. [Redacción según Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.] Aun cuando no concurren 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. [Redacción según Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.] 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.

<sup>1129</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 115.

cometido por drogodependientes<sup>1130</sup>. Esta reforma ha realizado un “cambio profundo en los delitos relativos al tráfico de drogas”<sup>1131</sup>, que, satisfaciendo aspiraciones contundentemente represivas, abogadas por determinados segmentos sociales y también políticos (asimilando inclusive orientaciones de la política internacional), ha permitido que el campo de las puniciones aplicadas a los delitos relacionados con el tráfico de sustancias prohibidas hubiera sido rigurosamente ampliado<sup>1132</sup>. De forma que algunos penalistas criticaron duramente tal reforma. Maqueda Abreu señaló: “el juicio que esta revisión merece es, sin embargo, negativo. Y es que la confesada pretensión a la que sirve, de atender a supuestas exigencias de incremento de criterios preventivo generales en el tratamiento del fenómeno de la droga —«con la finalidad de fortalecer la función de prevención general que cabe a las normas sancionadoras», dice el Preámbulo de la Ley— se corresponde, como no podría ser menos, con el desafortunado contenido de sus disposiciones, impregnadas de esa tendencia que es tan característica en los estados de nuestros días a la exasperación punitiva cuando no pueden, no saben o no quieren afrontar los problemas desde perspectivas más racionales”<sup>1133</sup>.

Así, al introducir (por primera vez) la suspensión con carácter eminentemente especial para los delitos cometidos a causa de drogodependencia (LO 1/1988), tal hecho ha sido considerado “como un oasis preventivo-especial en el desierto represivo de dicha Ley”<sup>1134</sup>, porque la Ley Orgánica 1/1988 también instituía, al lado de todo amplísimo repertorio de medidas extremadamente represivas, la suspensión condicional para casos en que el sujeto ejecutase un delito bajo los efectos de su dependencia, lo que revela ahí un punto aislado con fin eminentemente preventivo-especial en una

---

<sup>1130</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 697. Importante consultar también, MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. «Observaciones críticas a algunos de los aspectos de la reciente reforma sobre drogas - Ley orgánica 1/1988, 24 marzo», en *Actualidad penal, fascículo 2*, n. 44, Madrid, 1998, pp. 2285/2291.

<sup>1131</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 115.

<sup>1132</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes en el nuevo Código Penal*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVIII, fascículo III, septiembre-diciembre, 1995, Madrid, p. 888.

<sup>1133</sup> MAQUEDA ABREU, Maria Luisa. «Observaciones críticas...», Op. Cit., p. 2286.

<sup>1134</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cit., p. 888/889.

ley reformadora tachada de represiva. Según Alcocer Guirao la LO 1/1988 “introduce por primera vez en nuestra legislación la figura de la suspensión condicional de la pena para drogodependientes, institución orientada a mitigar las consecuencias que la escalada represiva había generado en el ámbito de las prisiones —aumento inusitado del número de reclusos, elevación del índice de enfermedades de transmisión sexual— y a enfrentarse a la evidencia de que el medio cerrado de la prisión era absolutamente no idóneo para la deshabituación de los drogodependientes”<sup>1135</sup>.

A partir de tal reforma, la condena condicional, en tema de drogodependencia, pasó a ser disciplinada en el art. 93 bis del derogado Código penal (1973), sufriendo posteriores modificaciones, en ciertos puntos, a partir de la vigencia del nuevo Código penal del 95, que ha pasado a disciplinar la materia en su art. 87. La más reciente alteración ha sido ejercida por la LO 15/2003 que reformó los apartados 1 y 4 del mencionado art. 87 de la actual legislación penal.

Importante destacar que, de acuerdo con la actual redacción del art. 87, el Código penal menciona expresamente que el hecho delictivo debe ser cometido a causa<sup>1136</sup> de la dependencia del reo a «las sustancias señaladas en el número 2 del artículo 20». Las sustancias reseñadas en este precepto<sup>1137</sup>

---

<sup>1135</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cit., p. 889.

<sup>1136</sup> El Código del 95 ha modificado la expresión «por motivo», presente en el Código penal derogado, por «a causa». Según explica Alcocer Guirao, “A la hora de interpretar dicha expresión —y la interpretación que se diera a una no se distanciará de la que habrá de darse a la actual— pueden darse varias posibilidades. En primer lugar, una interpretación restrictiva identificaría la redacción del artículo 87 con la expresión «bajo los efectos», lo que implicaría la exigencia de que el sujeto se hallara en el momento de cometer el delito en estado de inimputabilidad, o en un grado de imputabilidad disminuido. Pero la expresión «a causa de su dependencia» puede también interpretarse —y éste es el criterio seguido por la mayoría de los autores, con respecto a la regulación del antiguo artículo 93 bis— a la luz del Preámbulo de la Ley de 1988, en el que se decía que la suspensión iba dirigida al «drogodependiente que incurre en la comisión de algún hecho delictivo *como medio de subvenir* a su situación de tóxicodependencia», exigiéndose así una relación de medio —hecho delictivo— causa —situación de drogodependencia— fin —obtención de la droga”. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cit. p. 892/893. Prat Westerlindh registra en su obra que “La mención ‘a causa de su dependencia...’, exige necesariamente una vinculación del delito con la situación de drogodependencia. No basta con que el condenado sea drogodependiente, el delito debe estar motivado por el consumo de estas sustancias. La relación entre delito-droga debe ser relevante”. PRAT WESTERLINDH, Carlos. Op. Cit., p. 58.

<sup>1137</sup> Establece el art. 20,2, *ipsis litteris*:

«Art. 20.

Están exentos de responsabilidad criminal:

son «bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos». Sin embargo, conforme exigencia del art. 87, es necesario que, en la ocasión de valorar la posibilidad de suspender la pena privativa de libertad, además «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».

Este artículo, que instituye un régimen especial para los condenados drogodependientes, posibilita a estos tipos de penados disfrutar de determinados “privilegios”<sup>1138</sup> frente a las exigencias generales para otorgarse la suspensión. En realidad, conforme destaca Colmenero Menéndez de Luarca, esta regla “supone una ampliación de los supuestos generales en atención a los efectos que tienen las sustancias mencionadas como agente criminógenos y a la importancia que tiene la lucha contra estos factores mediante la supresión de las dependencias mediante los oportunos tratamientos”<sup>1139</sup>. Exactamente por ello, es de fundamental importancia considerar que estos supuestos constituyen una excepcionalidad, mejor dicho, una hipótesis que el legislador regula de forma especial, en función de la gravedad de las deficiencias personales del condenado. En esta línea, Suárez-Mira Rodríguez–Judel Prieto–Piñol Rodríguez señalan que “estamos ante una eventualidad excepcional en función del tipo de delincuente: un toxicómano”<sup>1140</sup>. Por tanto, antes de todo, es necesario que el condenado sea toxicómano y que el delito haya sido cometido a causa de su dependencia. Es decir, es de fundamental

---

(...)

2. El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión».

<sup>1138</sup> GARCÍA PÉREZ, J. J. y SÁNCHEZ MELGAR, J., en comentarios al art. 87, en SÁNCHEZ MELGAR, J (coordinador). Op. Cit., p. 539.

<sup>1139</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 198.

<sup>1140</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 487.

importancia que se configura la existencia de una relación entre la causa de delito y su condición de adicto<sup>1141</sup>. Y esta condición es lo que justifica el tratamiento especial conferido por la Ley, pues no hay duda de que estos individuos presentan serias deficiencias en su estructura personal, debiendo ser considerados como alguien que necesita de tratamiento y auxilio —*mucho más que ser sometido a un castigado*—. Esta es la fórmula más aconsejable para que se lleve a cabo la recuperación del toxicómano y la superación de la barrera de su dependencia<sup>1142</sup>, que, en la mayoría de las veces, es un obstáculo de difícilísima remoción.

Así, es con fundamento en los motivos expuestos en el párrafo anterior, que se justifica que algunos requisitos, exigidos en los supuestos comunes, sean flexibilizados o, incluso, dispensados cuando se constata que el penado es un toxicómano y que se concurre una situación regulada por art. 87 CP. Por tanto, no se aplica la rigidez de todos los requisitos generales, sobre todo porque las hipótesis disciplinadas por este dispositivo presentan indiscutible carácter de especialidad o excepcionalidad<sup>1143</sup>. De forma que este artículo establece que las condiciones impuestas en el art. 81,1 (la primariedad) y en el art. 81,2 (que la pena no supere a los dos años) no serán, de ninguna forma, por sí sola, obstáculos suficientes que justifiquen la no concesión de la suspensión. Conforme la actual redacción del art. 87, «Aun cuando no

---

<sup>1141</sup> Comentando acerca de cómo se acredita que el delito ha sido cometido a causa de la dependencia de las drogas o del alcohol, comenta Colmenero Menéndez de Luarca que tal circunstancia “no es identificable con la atenuante del art. 21.2.ª CP, pues en ésta se exige que la adicción sea grave, mientras que para la suspensión basta que la dependencia sea la causa de la comisión del delito, aun cuando la adicción no pueda considerarse grave a los efectos atenuatorios. Por lo tanto, es posible la suspensión aun cuando no haya sido apreciada la atenuante”. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 201.

<sup>1142</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 487.

<sup>1143</sup> La posibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena y la adopción de medidas que incidan sobre la **drogadicción** -presupuesto de continuas conductas delictivas- que se adopten conforme al artículo 87 del Código Penal, integra una alternativa a la pena privativa de libertad capaz de suponer, al tiempo, una respuesta al hecho delictivo, siempre necesaria para afirmar la vigencia de la norma, y una consecuencia que posibilita la reinserción que interesa, indudablemente, al autor del hecho delictivo condicionado por su drogadicción, y también a la sociedad que puede recuperar uno de sus miembros evitando la continuidad en el delito. AAP Madrid (Sección 16ª), de 25 abril 2008. [ARP 2008\256]; ver también: AAP Cantabria (Sección 1ª), de 15 abril 2008 [JUR 2008\225849]; AAP Murcia (Sección 5ª), de 15 abril 2008 [JUR 2008\356327]; AAP León (Sección 2ª), de 27 marzo 2008 [JUR 2008\181661].

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».

De otra parte, cabe señalar que legislación es bastante estricta en determinar que, en cualquiera que sea la hipótesis, el reo no delinca durante todo el plazo de suspensión. Esta es una condición intocable, no negociable y de fundamental relieve para mantener la vigencia de la suspensión de la pena. Y junto a ello, cuando se den los casos regulados por el art. 87 CP, se exigirá además que los condenados sean sometidos a tratamiento y que no abandone el mismo has su finalización.

Como ya se ha comentado, este dispositivo regula un caso especial. Siendo así, es necesario advertir que las reglas generales de la suspensión son aplicables, toda vez que este artículo omite proceder un tratamiento especializado. Es decir, cuando la regla del art. 87 CP no regule, expresamente, la forma especial que se debe emplear, prevalece, por lo tanto, la determinación legal contenida en la estructura normativa que disciplina las hipótesis generales de la suspensión. En este sentido, conviene destacar lo que manifiesta Colmenero Menéndez de Luarca: “la regulación del art. 80 y siguientes puede considerarse supletoria de la regulación contenida en el art. 87, pues en los primeros se contiene la regulación de lo que podría considerarse el supuesto general, mientras que en el art. 87 se contempla una especialidad de la misma figura”<sup>1144</sup>.

Realizadas estas consideraciones, cabe destacar las variantes más relevantes contenidas en esta regla especial del art. 87, que bien demarca su separación en relación a los casos considerados comunes o generales. Según lo que subraya Mir Puig, la regla especial establecida por este dispositivo se distingue de los supuestos generales, en las siguientes situaciones: cuando se constata la *reincidencia del condenado*; cuando la pena privativa de libertad aplicada no supera a los *cinco años*; al imponer que el autor del delito se encuentre *deshabitado o sometido a tratamiento adecuado*; al exigir que el reo

---

<sup>1144</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., pp. 202/203.

*no haya abandonado el tratamiento hasta su conclusión; al establecer el plazo de prueba durante un periodo de tres a cinco años; y, también, al permitir prorrogar por dos años más el plazo de suspensión*<sup>1145</sup>.

## **2. Dispensa de la exigencia relativa a la primariedad delictiva.**

Pasando ya a las diferencias entre los supuestos del art. 87 y los supuestos generales, se verifica que la primera distinción se refiere a la *primariedad delictiva* que, en los casos comunes (art. 81,1), es exigida como una condición necesaria. De otra parte, en aquellos casos en que un delito viene a ser cometido a causa de la drogodependencia del sujeto, no se impone la obligatoriedad de observar esta condición. De manera que, aunque el sujeto sea reincidente es posible «por resolución motivada» otorgar la suspensión, «atendidas las circunstancias del hecho y del autor» (vid. art. 87,2 CP). En este sentido García Arán señala que “la reincidencia no veta automáticamente la suspensión, sino que debe ser valorada por el juzgador”<sup>1146</sup>.

Debe subrayarse también que, antes de la reforma introducida por la LO 15/2003, la habitualidad era expresamente considerada, en la anterior redacción del art. 87.1.2º CP, como un factor que eliminaba la posibilidad de otorgar la medida suspensiva al condenado<sup>1147</sup>. Entre tanto, la mencionada reforma ha eliminado tal referencia. De manera que la exclusión de esta causa impositiva permite plantear que, conforme los términos de la actual legislación penal, cuando se presenten los supuestos en que el sujeto sea considerado reo habitual, el juez debe valorar esta circunstancia, decidiendo, motivadamente,

---

<sup>1145</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...* Op. Cit., p. 697.

<sup>1146</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación...* Op. Cit., p. 113. En este sentido, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 200.

<sup>1147</sup> García Pérez y Sánchez Melgar señalan que “la no primariedad delictiva del toxicómano-delincuente, con exclusión siempre a los reos habituales, no impide la obtención del beneficio”. GARCÍA PÉREZ, J. J. y SÁNCHEZ MELGAR, J., en comentarios al art. 87, en SÁNCHEZ MELGAR, J. (coordinador). Op. Cit., p. 539. También, con fundamento en la redacción del anterior dispositivo, CASTELLÓ NICÁS, N., en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coordinador). *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*. Ed. DYKINSON S. L., Madrid, 2003, p. 340.



sobre la conveniencia o no de conceder la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. En este mismo sentido se mueve Colmenero Menéndez de Luarca que, en indiscutiblemente clara explicación, señala que “la reforma de la Ley Orgánica 15/2003 ha suprimido la existencia contenida en la redacción original relativa a que no se tratara de reos habituales. Por lo tanto, en la actualidad, la habitualidad es un elemento más a valorar libre y motivadamente por el órgano jurisdiccional”<sup>1148</sup>.

### **3. Posibilidad de suspender las penas privativas de libertad no superiores a cinco años.**

El segundo rasgo de distinción de los supuestos comunes es que, en la hipótesis especial del art. 87, pueden suspenderse las *penas privativas de libertad aplicadas hasta cinco años*. Es innecesario aducir que en los casos comunes el límite de la pena remisible es de dos años de privación de libertad. Y de acuerdo con la actual norma especial del art. 87,1 «podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años». Al fijar el límite tope a los cinco años (LO 15/2003), no resta duda que el esfuerzo del legislador ha sido en el sentido de perseguir de todas las formas posibles los propósitos de prevención especial, aunque, para la consecución de tal fin, se chocase con las orientaciones de prevención general. De manera que el legislador optó por instituir mecanismos legales, inclusive instaurando plazo más amplio para los supuestos de drogodependencia, que pudiese favorecer firmemente a la rehabilitación del penado toxicómano. A este hilo, Castelló Nicás señala que aquí “la prevención especial que se lleva hasta el extremo en esta nueva regulación, presenta la contrapartida de vulnerar en cierta medida la prevención general, dado que en el margen de cinco años de privación de libertad encontramos delitos tales como la tentativa de homicidio”<sup>1149</sup>. Es cierto que el legislador se ha inclinado preferentemente por

---

<sup>1148</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 202.

<sup>1149</sup> CASTELLÓ NICÁS, N., en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coordinador). *Estudios jurídico-penales...* Op. Cit, p. 341.

los postulados preventivo-especiales. Sin embargo, lo hizo dentro de los contornos trazados por la prevención general. Es decir, a través de esta norma, la ley ha ampliado el campo de actuación de la suspensión y, por consecuencia, ha dilatado la posibilidad de conseguir los fines de prevención especial. No obstante, lo ha establecido dentro de un margen razonable en que sigue actuando —aunque en menor escala, por supuesto— los efectos preventivos-generales<sup>1150</sup>. En realidad, lo que se ha conseguido, a partir de la vigencia del art. 87 CP, conforme decisión del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2002, ha sido “superar en las penas privativas de libertad de duración media un enfoque puramente retributivo de las consecuencias jurídicas al hecho delictivo precisamente para quien, como el recurrente, presenta graves deficiencias personales que le llevan a la comisión de hechos delictivos y para quien la prisión no es mas que un riesgo que debe asumir para mantener su adicción”<sup>1151</sup>.

Todavía respecto del plazo establecido en el art. 87, debe añadirse que en el Código penal del 95, antes de la reforma de la Ley 15/2003, fijaba en tres años el tiempo de pena privativa de libertad que era posible de ser suspendida. Lo que fundamentalmente motivó la elevación de tal plazo a los cinco años fue la necesidad de buscar una nueva forma que verdaderamente permitiese la rehabilitación del drogadicto. Ello porque, la formula establecida anteriormente, fijando a los tres años el limite de suspensión de la pena privativa de libertad, no respondía a los fenómenos delictivos que normalmente suele producirse, cuando actúan los toxicómanos. Entre otros ejemplos, puede citarse el robo con intimidación (dos a cinco años) y el delito de tráfico de drogas (tres a nueve años de prisión)<sup>1152</sup>. Castelló Nicás, aunque critique la adopción del plazo de

---

<sup>1150</sup> En este sentido, dice el Tribunal Supremos: “La posibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena y la adopción de medidas que incidan sobre la drogadicción, presupuesto de sus continuas conductas delictivas, que se adopten conforme al art. 87 del Código Penal, integran una alternativa a la pena privativa de libertad capaz de suponer, al tiempo, una respuesta al hecho delictivo, siempre necesaria para afirmar la vigencia de la norma, y una consecuencia que posibilita la reinserción que interesa, indudablemente, al autor del hecho delictivo condicionado por su drogadicción, y también a la sociedad que puede recuperar uno de sus miembros evitando la continuidad en el delito”. STS, núm. 409\2002, de 7 marzo de 2002 [RJ 2002\3591].

<sup>1151</sup> STS, núm. 409\2002, de 7 marzo de 2002 [RJ 2002\3591]

<sup>1152</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 487.

cinco años y ofrezca otra solución<sup>1153</sup>, también reconoce que en la franja de los tres años “gran parte de los delitos cometidos por drogodependientes están castigados con pena que superan dicho límite, salvo en los casos de eximente incompleta, que permitirá la rebaja de la pena en uno o dos grados”<sup>1154</sup>. En la firme postura de la autora mencionada, la suspensión de la pena privativa de libertad debería aplicarse<sup>1155</sup> exclusivamente a los casos en que el drogodependiente cometiera delitos de menor importancia, excluyéndose los eventos que se producen mediante amenaza, intimidación y otros que atemorice o que, de algún modo, traumatice la víctima por algún tiempo<sup>1156</sup>.

De otra parte, opinamos que ha sido acertada la ampliación del ámbito de concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, para los cinco años, en los supuestos de drogodependientes. Ello porque, en diversos delitos que comúnmente suele ocurrir, cuando actúa ilícitamente el toxicómano, las penas establecidas superan a los tres años de privación de libertad. Por lo tanto, existía un importante instituto jurídico, como es la suspensión, regulado en una medida que restringía su campo de actuación a pocos supuestos. Así, a partir de la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, se ha

---

<sup>1153</sup> Defendiendo una posición de equilibrio entre la prevención especial y general, aunque que para ello tal plazo permanezca a los tres años, la Profa. Castelló Nicás propone que: “En tales casos, sería preferible un tipo de medida con control penitenciario (nuestra propuestas de centros específicos para ello), o su ingreso en prisión con el sometimiento *voluntario* a los tratamientos también disponibles en la misma (prevención general y especial y no sólo especial). Por otra parte, y lo que no compartimos en absoluto son las penas mínimas que se imponen para el delito de tráfico de drogas, dado que el pequeño traficante que financia de esta forma su adicción, sin injerencia alguna en la vida normalizada de los ciudadanos no consumidores, es condenado a una pena mínima de tres años, por lo que consideramos de absoluta necesidad rebajar las penas en estos casos”. CASTELLÓ NICÁS, N., en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coordinador). *Estudios jurídico-penales...* Op. Cit. p. 341.

<sup>1154</sup> CASTELLÓ NICÁS, N., en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coordinador). *Estudios jurídico-penales...* Op. Cit. p. 340. *Vid.*, MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 115.

<sup>1155</sup> Imprescindible registrar la crítica realizada por Castelló Nicás: “téngase en cuenta que el sujeto que pueda optar por este *beneficio* de la suspensión de la ejecución de la pena no ingresa en prisión, no está sometido a ningún tipo de norma de control, dado que los centros de internamiento a los que se pueden destinar a estas personas —comunidades terapéuticas— tienen las puertas abiertas para quien quiera macharse o desistir del tratamiento y ni el propio Director del Centro puede ni cuenta con medida coactiva alguna para impedirlo ni para obligar a nadie a que se someta a un tratamiento que rechaza, aunque, como es obvio, en el caso de incumplimiento se procederá a su ingreso en prisión. Lo mismo sucede con los centros de naturaleza ambulatoria, puesto que, insistiendo en lo antes dicho, *son todos ellos centros de atención social y no centros de atención penitenciaria*. CASTELLÓ NICÁS, N., en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coordinador). *Estudios jurídico-penales...* Op. Cit. p. 341.

<sup>1156</sup> CASTELLÓ NICÁS, N., en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coordinador). *Estudios jurídico-penales...* Op. Cit., p. 341.

concedido al Juez la oportunidad de disponer de un instrumento de suspensión de ejecución de pena que pudiera alcanzar la exacta medida de la pena privativa de libertad que frecuentemente suele aplicarse en disfavor del drogodependiente.

Innecesario es recordar que la concesión de tal beneficio es una facultad del juez y que se debe siempre observar la peligrosidad criminal del sujeto. De modo que el magistrado podrá dejar de aplicar la suspensión si así lo entiende conveniente. Sin embargo, en las situaciones en que sea posible recuperar un toxicómano a través de la suspensión de la ejecución de su pena, el Juez tendrá en sus manos un mecanismo legal adecuado para la consecución de tal fin.

Debe destacarse también que, cuando se analiza un tema de tanta complejidad como es la drogodependencia, es necesario que lo haga con bastante sensibilidad a la hora de enfrentar tal problemática. Por tanto, desde luego, hay que reconocer que el lugar del delincuente toxicómano no es la prisión, pero sí los centros de rehabilitación. No puede endurecerse el Derecho y retribuir el hecho ilícito con una pena privativa de libertad, cuando en realidad lo que se busca es evitar que el toxicómano vuelva a delinquir. Luego, este mensaje puede ser traducirse de la siguiente manera: lo que es importante para la sociedad es facilitar la reinserción social y rehabilitación del penado. Y para ello es necesaria la existencia de medidas que favorezcan a su recuperación. Si el condenado sigue adicto, el hecho de aplicar una condena privativa de libertad no será lo que basta para que posteriormente no vuelva a producir otro daño contra la sociedad. Ello porque la pena de prisión no sirve en este caso para inhibir o frenar su impulso delictivo, que es provocado por su dependencia de las drogas. Por tanto, hay que atacar el problema desde su raíz que es la adicción a las sustancias señaladas en el número 2 del artículo 20 CP.

Desde esta perspectiva, entendemos que ha sido un importante avance la postura del legislador español de 2003, porque ha configurado la suspensión con los contornos necesarios para enfrentar las situaciones (en su medida) que frecuentemente son causadas por drogadictos. Así, a partir de la reorganización de los contornos de la actuación de la suspensión, puede

valerse de mecanismo jurídico que, a depender de la conveniencia de cada caso, atacará la causa que ha motivado la conducta delictiva. Nada más eficaz que poseer un instrumento de presión —la amenaza de prisión— para motivar a tratarse, recuperándose de este modo, poco a poco, de su dependencia.

#### **4. Necesidad de que se certifique que el reo se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento.**

La tercera peculiaridad concierne a la necesidad de 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» (art. 87,1). Resulta innegable que la finalidad de esta regla es permitir un tratamiento adecuado al toxicómano fuera de la cárcel. Esta medida lleva en consideración, para efectos de autorizar su concesión, la voluntariedad del reo de someterse a dicho tratamiento<sup>1157</sup>, expresándose tal «voluntariedad» en el hecho de encontrarse deshabitado o sometido a tratamiento. El momento en que se exige esta certificación se da cuando el condenado solicita la suspensión o cuando se le propone tal beneficio.

Sin embargo, antes de verificar la mencionada certificación, como ya se ha enmarcado, es de suma importancia que exista previamente la comprobación de que el condenado es un toxicómano. Esta demostración, conforme destaca Prat Westerlindh, puede realizarse “mediante un protocolo de toxicomanía o declaración forense que acredite que en la fecha de los hechos el condenado padecía síndrome de abstinencia o dependencia a este tipo de sustancias, o mediante informes médicos que acrediten esta circunstancia”<sup>1158</sup>. Tras ello, debe en seguida acreditarse que el condenado ha iniciado tratamiento o que ya se encuentra deshabitado. La ley penal determina solicitar «en todo caso informe del Médico forense» (art. 87) para que se evidencie el inicio de dicho tratamiento o la deshabitación del reo, no

---

<sup>1157</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cit., p. 899.

<sup>1158</sup> PRAT WESTERLINDH, Carlos. Op. Cit., p. 58.

bastando meramente la existencia de “dictámenes emitidos por los centros homologados aunque sean públicos”<sup>1159</sup>.

En los casos en que se debe probar que el condenado ha iniciado un tratamiento, es importante aducir que los medios médicos empleados debe presentar fin curativo. Es decir, dicho tratamiento debe tener como meta principal la consecución de la deshabitación del sujeto, no bastando, por lo tanto, que el penado esté sometido a otros tipos terapias que constituya un método paliativo a la dependencia<sup>1160</sup>.

La exigencia de un informe médico forense ha sido una innovación introducida por la reforma de la LO 15/2003, que determina obligatoriamente que, antes que se conceda la suspensión, se conozca el nivel de dependencia del penado<sup>1161</sup>. Sobre los distintos aspectos alrededor de la existencia de informe médico, Prat Westerlindh aclara que “ello supone un reconocimiento previo o un examen de la documentación médica por parte del forense antes de suspender la pena. No cabe duda que puede realizarse en el acto del juicio, generalmente a petición de la defensa, lo que supone introducir elementos de juicio para suspender o no la condena en la sentencia. Pero también se puede realizar en el periodo de ejecución de la sentencia, lo que implicará necesariamente un nuevo o primer examen médico del reo”<sup>1162</sup>.

Resulta importante observar que algunos autores han tachado de ingenua la determinación legal que impone que el reo se encuentre «deshabitado o sometido a tratamiento»<sup>1163</sup>. Ello porque, en la gran mayoría

---

<sup>1159</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 488.

<sup>1160</sup> Vid, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 202.

<sup>1161</sup> PRAT WESTERLINDH, Carlos. Op. Cit., pp. 59/60.

<sup>1162</sup> PRAT WESTERLINDH, Carlos. Op. Cit., p. 60.

<sup>1163</sup> *La espiral delictiva en la que se suceden conductas e ingresos en prisión puede ser interrumpida mediante la entrada de los mecanismos que el Código Penal prevé posibilitando una reconstrucción personal que trate de evitar recaídas en hechos delictivos solucionando el conflicto producido por el delito.* AAP Madrid (Sección 16ª), de 25 abril 2008. [ARP 2008\256]. En parecidas líneas: AAP Barcelona (Sección 9ª), de 15 mayo 2008 [JUR 2008\205054]. AAP Barcelona (Sección 9ª), de 15 mayo 2008 [JUR 2008\205085]; AAP Castellón (Sección 1ª), de 15 abril 2008 [JUR 2008\188448]; AAP Las Palmas (Sección 1ª), de 28 marzo 2008 [JUR 2008\189988]; AAP Tarragona (Sección 2ª), de 17 marzo 2008 [JUR 2008\142330]; AAP Barcelona (Sección 5ª), de 11 marzo 2008 [JUR 2008\142668].

de los casos, el drogadicto sólo procura deshabituarse o someterse a un tratamiento cuando vulnera una norma penal. Esto es lo que argumentan de Suárez-Mira Rodríguez–Judel Prieto–Piñol Rodríguez que, con bastante firmeza, acuñan que “la mayoría de los sujetos se plantean la necesidad de someterse al tratamiento cuando afrontan consecuencias penales, no siendo común que estén a tratamiento anteriormente”<sup>1164</sup>. Además, argumentan que hay que tener en cuenta que la oferta de tratamiento es todavía bastante escasa, de modo que varios condenados pueden dejar de tratarse por no existir oferta terapéutica suficiente y no propiamente por desidia<sup>1165</sup>.

Pese a ser relevante la opinión subrayada en el párrafo anterior y sea relevante la preocupación disparada por los autores citados, conviene decir que, en realidad, en innumerables casos, el toxicómano sólo viene a procurar la ayuda de un centro de rehabilitación tras producir un hecho ilícito. Por lo tanto, creemos ser, la exigencia de buscar un tratamiento, un punto bastante importante de la Ley penal. Pues, no se trata de ingenuidad del legislador, sino de sagacidad. Puesto que, a través de tal condición, la Ley estimula a que el toxicómano procure, de inmediato, un centro de rehabilitación, promoviendo una conducta hacia su resocialización, aunque sea desarrollada posteriormente a la consumación del delito. De manera que este dispositivo determina una anticipación del cumplimiento de una condición que es de fundamental relieve para la consecución de los efectos preventivo-especiales: la realización del tratamiento de desintoxicación. Por lo tanto, dicho tratamiento empieza antes mismo de la concesión del beneficio. Es decir, desde cuando se inaugura el proceso judicial, el condenado ya tiene que estar sometido o por lo menos buscando el auxilio médico necesario para superar su dependencia. Así, entendemos que la regla de este dispositivo es bastante favorable a lo que se espera de la medida suspensiva que es la recuperación efectiva del sujeto<sup>1166</sup>.

---

<sup>1164</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 487. También ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cit. p. 899.

<sup>1165</sup> Este comentario ha sido suprimido de la 4ª y 5ª edición de su manual, pero está ubicado en su 2ª edición. *Vid.*, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. Op. Cit. (2ª Ed.), p. 459.

<sup>1166</sup> Es importante señalar que “(...) la no apreciación de la circunstancia atenuante o eximente incompleta de los artículos 21.2 y 21.1 en relación con el 20.2 del Código Penal respectivamente, no impide la concesión del beneficio de la suspensión de la pena de prisión

Recuerda Colmenero Menéndez de Luarca que cuando la hipótesis trata materia de competencia de los juicios rápidos, de conformidad con lo que determina el art. 801.3 de la LECrim, es suficiente la existencia del compromiso del penado de obtener una certificación —emitida por «centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado»— que se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento «en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije»<sup>1167</sup>.

## 5. Exigencia referente al no abandono del tratamiento.

La cuarta diferencia del régimen general es que una de las condiciones fundamentales para la mantención del beneficio de la suspensión es que el reo *no abandone el tratamiento*<sup>1168</sup> hasta su finalización (art. 87, 4). Tal abandono implica inevitablemente la revocación de la suspensión<sup>1169</sup>. Alerta Mapelli Caffarena que en caso de inobservancia de tales exigencias “se

---

prevista en el artículo 87 siempre que se constate en ejecución de sentencia la concurrencia de los presupuestos de dicha suspensión y, en particular, que el hecho punible fue cometido a causa de la adicción del sujeto a alguna de las sustancias señaladas en el mencionado artículo 20.2 . Esto es, se admite expresamente la posibilidad de acreditar en fase de ejecución la concurrencia de los presupuestos de la suspensión aunque no haya sido apreciada en la sentencia como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal (...)”. AAP Madrid (Sección 16ª), auto núm. 421/2008 de 2 julio. [JUR 2008\283111]. También: AAP Madrid (Sección 7ª), de 9 abril 2008 [JUR 2008\180252]

<sup>1167</sup> Art. 801.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Vid* también, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., pp. 202/203

<sup>1168</sup> “(...) 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 (...)”. AAP Madrid (Sección 26ª), de 11 junio. [JUR 2008\211956]. Es importante también consultar: AAP Murcia (Sección 3ª), de 3 abril 2008 [JUR 2008\198057]; AAP Girona (Sección 3ª), de 11 marzo 2008 [JUR 2008\142770].

<sup>1169</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 487. En este sentido, la jurisprudencia: “suspensión de la ejecución de las privativas de libertad: denegación: procedencia: **acusado que delinque a causa de su adicción al alcohol y que no ha acudido a tratamiento** mas que el días en el que se dicta la sentencia condenatoria”. AAP Las Palmas (Sección 2ª), de 28 mayo 2008. [JUR 2008\250484]; AAP Las Palmas (Sección 1ª), de 14 marzo [JUR 2008\164055]



producirá la revocación, sin que el órgano judicial pueda optar discrecionalmente por una medida menos drástica”<sup>1170</sup>.

Algunos autores dirigen críticas a la determinación de este dispositivo puesto que establece que el hecho de abandonar al tratamiento a que está sometido, *de per se*, puede revocar el beneficio concedido al condenado. El debate se fija exactamente en la interpretación del término abandono, ya que como aduce la doctrina es frecuente que en determinadas fases del tratamiento de desintoxicación, el toxicómano rompa esporádicamente con la continuidad del tratamiento a que está sometido, en consecuencias, por ejemplo, de los efectos provocados por la abstinencia. De forma que la interpretación sobre la expresión «no abandone el tratamiento» debe ser realizada de forma generosa, porque en caso contrario, fatalmente, incurriría en el fracaso del beneficio de la suspensión específicamente en los supuestos de drogodependencia, ya que ciertamente la revocación del beneficio se daría en la mayoría de los casos. De este modo, la doctrina apunta como solución interpretar el término «abandono» de forma más abierta, considerando la existencia de «abandono» cuando el penado cese por definitivo el tratamiento<sup>1171</sup>.

A más, cabe insistir que diferente a lo que ocurre en los casos generales que, si el penado vulnera alguna de las obligaciones o deberes impuestos (art. 83), podrá el Juez o Tribunal sustituir la condición establecida por otra distinta o prorrogar el plazo de suspensión, revocando la suspensión, de acuerdo con los que dispone este al artículo 84,2, solamente cuando se trata de reiteración del incumplimiento. Así, puede afirmarse que en el régimen común, ante un incumplimiento de obligación, la revocación de la suspensión de la pena privativa de libertad no es la única providencia a ser adoptada. Y aquí, de modo distinto, la ley expresamente impone que en los casos excepcionales de drogodependencia el «Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas» (art. 87.5).

---

<sup>1170</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 116.

<sup>1171</sup> *Vid*, GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación...* Op. Cit., p 113. también, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cit., p. 904/905.

## **6. Posibilidad de prorrogar la suspensión por tiempo no superior a dos años.**

La quinta línea propia de este régimen especial alude a la posibilidad de *prorrogarse razonadamente hasta dos años* el tiempo de la suspensión de la pena privativa de libertad en función de la necesidad del condenado de seguir con el tratamiento que desarrollaba, conforme opine los informes correspondientes. Esta orientación legal se aplica cuando se concluye el plazo de la suspensión sin que el reo se encuentre deshabitado y que le sea imprescindible la continuidad del tratamiento. Es lo que establece la ley, en el art. 87: «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». Así lo que se busca verdaderamente es la deshabitación del condenado. Pero cuando se concluye el periodo de suspensión, después incluso de añadir más dos años de prórroga de plazo, y si al finalizar este tiempo el condenado no se encuentra deshabitado será enteramente posible la revocación de la suspensión<sup>1172</sup>.

Por último, el régimen especial se distingue también del régimen general porque en los supuestos excepcionales es posible acordar la suspensión por un *periodo que no exceda a los cinco años*. En estos supuestos especiales, el plazo de prueba de la suspensión podrá durar de tres a cinco años (art. 87,3), tiempo más amplio de lo que el Código determina en los casos generales, en los que no se puede superar los dos años (art. 80). Sobre este tema, añade Colmenero Menéndez de Luarca que “no dice el Código los elementos que habrán de ser tenidos en cuenta, pero parece lógico valorar no solo las circunstancias del hecho y del autor, y la duración de la pena impuesta, sino

---

<sup>1172</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 117..

también, en su caso, la previsible duración del tratamiento de deshabitación<sup>1173</sup>.

## **7. Otros aspectos y cuestiones importantes sobre el art. 87 del Código penal.**

Destacados los aspectos que separan la hipótesis regulada en el art. 87 CP de los supuestos generales, se torna necesario destacar otras características y problemas atinentes a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, cuando el delito viene a ser cometido a causa de la dependencia del sujeto a las drogas o alcohol.

En la primera vertiente de consideración, debe destacar que el art. 87 CP establece la posibilidad de conceder la suspensión —como ya se ha referido anteriormente— incluso cuando no se configuran las condiciones 1 y 2 (primariedad y límite de dos años de pena respectivamente) previstas en el art. 81 del CP. Sin embargo, el mencionado art. 87 CP no deja a salvo la condición genérica regulada en el art. 81.3 CP, que determina que «se hayan satisfecho las responsabilidades civiles». Por tanto, a consecuencia de no existir un tratamiento especial fijado por la norma, la satisfacción de las responsabilidades civiles se torna necesaria. De modo que esta condición se aplica tanto a los supuestos generales —por supuesto— así como a este supuesto especial.

Es oportuno señalar, otra vez, que el art. 87 CP regula un modelo especial que apenas modifica el ropaje de la suspensión en aquellos puntos que el legislador ha estimado conveniente. Ello quiere decir que, en los casos en que este dispositivo no establece un tratamiento legal específico, debe prevalecer, entonces, lo que dicta la regla general de la suspensión. Por tanto es con este razonamiento que se puede resolver varias cuestiones que pueden ser suscitadas. Por poner un ejemplo, conviene apuntar que la redacción del art. 87 CP tampoco prevé expresamente una regulación específica sobre la

---

<sup>1173</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., pp. 202/203

imposición de deberes, cuando la pena impuesta es la de prisión. Así, aunque no exista una regulación expresa contenida en el art. 87 CP, esta omisión no excluye la posibilidad de imponer al toxicómano algunas obligaciones y reglas de conducta. En estos casos la aplicación de las mencionadas condiciones será regida directamente conforme lo que determina el art. 83 CP<sup>1174</sup>.

En esta misma perspectiva, el argumento utilizado en el párrafo anterior también sirve para solucionar los problemas que pueden surgir al constatar que este dispositivo se abstiene de referirse a la posibilidad o no de computar, en la franja de los cinco años, el tiempo correspondiente a la suma de las demás penas privativas de libertad que puedan ser impuestas. En realidad, la redacción del art. 87 CP determina tan sólo que «(...) podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años (...)». Por lo tanto, como se puede ver con facilidad, la redacción de este artículo silencia sobre el tema de la suma de las penas. Entre tanto, a nuestro juicio, tal olvido no constituye consecuentemente la autorización para suspender cada condena que no supere los cinco años. Al contrario, la ausencia de expresa determinación, en este artículo, permite que se determine la fórmula configurada en regla general. Es decir, que la pena o la suma de las penas impuestas no exceda a los cinco años.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que si el ánimo del legislador fuese permitir suspender cada una de las penas aplicadas, lo habría determinado expresamente en la redacción de este dispositivo. Además, es importante señalar que al cogitar tal posibilidad se asiente, también, en ampliar el campo de actuación de la medida suspensiva a niveles absolutamente contraindicados desde el punto de vista preventivo-general, lo que parece distorsionar bastante de los marcos que parece seguir el Código penal del 95. Por tanto, a nuestro entender, sería una postura incoherente del legislador instituir dos reglas distintas sobre una misma problemática: la suma de la pena.

---

<sup>1174</sup> En esta misma dirección, se inclina la postura de Colmenero Menéndez de Lúcar: “no se prevé que en estos casos se pueden imponer al penado alguna o algunas de las obligaciones, deberes o reglas de conducta previstas en el art. 83 CP. No parece lógico entender que ello no es posible, pues su justificación puede ser incluso mayor en estos casos”. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 202.

Es decir, no es concebible interpretar que el supuesto especial del art. 87 rechaza la posibilidad de sumar las penas impuestas, en el periodo de los cinco años, cuando en los supuestos considerados generales esta es la determinación. Establece el art. 81.2 del Código penal español que «la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años». Así, conviene decir que lo que nos parece que ha deseado el legislador ha sido únicamente elevar a los cinco años la medida de la pena que es posible de ser suspendida. Y ello, en atención fundamentalmente a las peculiaridades y al motivo provocador de la conducta delictiva: la adicción del penado a las sustancias reseñadas en el número 2 del artículo 20 de Código Penal. Y nada más. De esta forma, observando por un lado la regla general y por otro la duración de la pena que puede ser suspendida en los casos especiales, consideramos que sólo se debe conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad, o la suma de las penas, no supere a cinco años.

Junto a nuestra postura, cabe decir que ésta no es la opinión uniforme en la doctrina. Importantes voces, como la de Colmenero Menéndez de Luarca, consideran que el hecho de que este dispositivo no prevea la posibilidad de sumar las penas, por lo tanto, “ante la ausencia de disposición en ese sentido, habrá que valorar cada condena aisladamente”<sup>1175</sup>. Sin embargo, a nuestro parecer, conforme ya lo hemos destacado, no ha sido éste el propósito del legislador. No se ha deseado flexibilizar la suspensión, en esta hipótesis especial, hasta tal punto de, además de elevar el límite de la pena posible de ser suspendida (cinco años), crear también un modelo especial de suspensión que permita conceder este beneficio a cada condena impuesta, toda vez que no exceda los cinco años de privación de libertad. Sin duda, a principio, ésta solución parece ser bastante atractiva y que incluso podría ser abogada para que posteriormente esta postura sea regulada en el Código penal. Pero, para ello, es necesario antes examinar los resultados de estudios que demuestren el impacto que tal propuesta podría causar en la sociedad, considerando como centro de investigación los contornos preventivo-generales. En definitiva, a nuestro juicio, aunque se considere esta proposición intensamente persuasiva,

---

<sup>1175</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., pp. 200/201.

sobretudo porque permite dar un paso más en la dirección de los propósitos de prevención especial, no ha sido éste, de forma alguna, el desiderátum del legislador.

La segunda cuestión a referirse es que el art. 87,4 también instituye una forma especial de controlar el tratamiento. Ésta consiste en obligar a los centros o servicios responsables de dicho tratamiento 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» (art. 87,4). De este modo, el Juez o Tribunal estará siempre informado de todo el curso (comienzo, evolución y finalización) del tratamiento.

De conformidad con esta regla, cabe observar que compete al centro o servicio responsable del tratamiento la obligación de emitir las informaciones al Juez o Tribunal. De manera que el afectado se exime de la responsabilidad de informar a la Justicia sobre la evolución de su tratamiento<sup>1176</sup>.

El tercer aspecto a añadir se refiere a la remisión de la pena. Siempre que terminado el plazo de suspensión debe haberse «acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo». De acuerdo con esta regla, es de fundamental importancia que el condenado se encuentre deshabitado o, no siendo efectivamente éste el caso, que se acredite que el sujeto dará continuidad al tratamiento. De forma que, si el delincuente no se encuentra deshabitado o si se estima que la continuidad del tratamiento no será llevada a efectos, la consecuencia que deberá adoptarse al final del plazo de suspensión será la revocación de la medida, determinando el cumplimiento de la pena impuesta, salvo si se configure la necesidad de seguir con el

---

<sup>1176</sup> Además de hacer referencia en este sentido, añade también Alcocer Guirao que: “Al margen de lo anterior, surgen ciertas cuestiones en cuanto al órgano encargado de tal control. Parece lógico que sea el Juez o Tribunal *sentenciador* el encargado de acreditar el comienzo del tratamiento, por cuanto será él quien habrá de conceder la suspensión. En cambio, parecería más adecuado que fuera no aquél, sino el Juez de Vigilancia penitenciaria el responsable de vigilar la continuidad y evolución del citado tratamiento, dada la naturaleza de la medida”. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. Cit., p. 907.

tratamiento que —conforme ya se ha examinado— se determinará la prórroga del periodo de prueba por dos años más<sup>1177</sup>.

No resulta extemporáneo resaltar que la doctrina señala un problema relativo a la revocación del beneficio, que es saber si, una vez revocada la suspensión, determinándose el cumplimiento de la pena, debe descontarse del plazo de ejecución de la pena privativa de libertad impuesta, el tiempo en que el condenado estuvo sometido al tratamiento. Conviene acordar que en determinadas situaciones el plazo de suspensión puede llegar a siete años, como bien apunta García Arán, “si se ha impuesto un primer plazo de suspensión de cinco años que luego se prorroga por otros dos”<sup>1178</sup>. De acuerdo con el entendimiento de la autora en cita, debe interpretarse el art. 87, acudiendo a las garantías y principios conferidos a las medidas de seguridad. De modo que “deberá descontarse el tiempo de sumisión a la medida (vid. Art. 99 CP), puesto que, de lo contrario, la aplicación de la medida resultaría más gravosa que la de la pena prevista. En segundo lugar, si transcurrido el plazo de suspensión, con la aplicación de la medida de internamiento se ha alcanzado ya la duración de la pena impuesta al delito, no cabe sino dar por remitida la pena suspendida, por los mismo motivos que en el caso anterior<sup>1179</sup>”. Además, aduce que para las hipótesis de suspensión acordada para promover la deshabitación, por medio de internamiento del reo, debe tenerse en cuenta la duración de la pena privativa de libertad aplicada, estableciendo éste como límite tope a partir del cual se debe fijar el tiempo de la suspensión para realizarse dicho internamiento<sup>1180</sup>.

---

<sup>1177</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación...* Op. Cit., p 114.

<sup>1178</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación...* Op. Cit., p 114.

<sup>1179</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación...* Op. Cit., p. 115.

<sup>1180</sup> *Cfr.*, “Entiendo que utilizando como límite la pena concretamente impuesta no se contradice lo dispuesto en el art. 6.2 puesto que ésta es una concreción de la pena abstracta y, tratándose de un sujeto responsable sobre el que ha recaído una pena específica, ésta parece ser la adecuada para jugar como límite. Ello vale para el concreto supuesto de suspensión de la pena condicionada al internamiento deshabitador, puesto que en otras combinaciones de pena y medida previstas para eximentes incompletas, el art. 104 CP ha optado por la pena abstracta como límite del internamiento (*infra*, V.5)”. *Ibidem*.

### **III. La condición de enfermo.**

El Código penal español también regula de forma especial, en el artículo 80,4, la concesión de la suspensión de la pena privativa de libertad a los supuestos en que «el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables». De acuerdo con esta regla, la concesión de la medida suspensiva puede ser llevada a efectos independientemente de «cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida» (art. 80,4). Es importante decir que se trata de una decisión discrecional del juez o Tribunal, que debe ser, por supuesto, motivada tanto para conceder este beneficio como para denegarlo<sup>1181</sup>.

Este dispositivo ha sido una innovación introducida por el Código de 1995. Y antes de seguir adelante, cabe recordar que dicha cláusula no existía ni siquiera en el Proyecto de la Ley penal del 95, pasando a incorporarla a partir del momento en que este nuevo Texto ha sido sometido a la tramitación parlamentaria en el Senado<sup>1182</sup>. Hernández Hernández apunta que ha sido incorporada “en el trámite parlamentario, en el Senado, a iniciativa de Convergencia y Unión, consistente en conceder a los órganos jurisdiccionales la facultad de otorgar la suspensión de la ejecución de cualquier pena impuesta”<sup>1183</sup>.

En efecto, se trata efectivamente de una disciplina con carácter especial, fundada en razones de humanidad, que pretende evitar el ingreso en prisión de persona aquejada de grave enfermedad con padecimiento incurable, ya que tal

---

<sup>1181</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 204

<sup>1182</sup> En semejante coordinadas, dice Serrano Pascual que el apartado 4 del art. 80 “no sólo no cuenta con precedentes legislativos directos —aunque sí indirectos, como ahora veremos—, sino que ni siquiera se preveía en el Proyecto, siendo introducida durante la tramitación parlamentaria en el Senado”. SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 359.

<sup>1183</sup> Hernández Hernández en, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dirección). Op. Cit., p. 298.



individuo, en estas condiciones, es considerado, a toda evidencia, de escasa peligrosidad<sup>1184</sup>.

Es relevante recalcar que para aplicar esta cláusula no basta, tan sólo, la existencia de una enfermedad, es necesario que tal enfermedad sea considerada grave y que se constate la cronicidad del estado de la salud del penado. En este sentido, Suárez-Mira Rodríguez–Judel Prieto–Piñol Rodríguez justifican que “no es aceptable el observar —tal ha ocurrido en ocasiones— cómo personas que están al borde de la muerte se ven obligadas a entrar en un centro penitenciario cuando pueden gozar de una libertad o tercer grado casi inmediato y cuando, y eso es lo más importante, por sus condiciones precarias las finalidades resocializadoras no son contempladas seriamente como una meta a alcanzar”<sup>1185</sup>.

Así, es destacable que para que se aplique esta regla debe concurrir, necesariamente, la presencia de dos factores específicos: el primero, que se trate efectivamente de enfermo muy grave con padecimiento incurable, debiendo acreditar tal enfermedad a partir de la existencia de informes médicos; el segundo, que no disfrute ya de la suspensión correspondiente a otra pena privativa de libertad anteriormente impuesta. Algunos autores añaden que es necesario tener en cuenta también, antes de suspender la ejecución de la pena, la característica del hecho, la peligrosidad del sujeto y, incluso, las limitaciones que la enfermedad puede imponer<sup>1186</sup>. Además, Colmenero Menéndez de Luarca pontifica que “debe considerarse la previsible situación del interno en caso de suspender la ejecución, es decir, si está en condiciones familiares y sociales de ser debidamente atendido”<sup>1187</sup>.

---

<sup>1184</sup> SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 360.

<sup>1185</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 488.

<sup>1186</sup> Esto es lo que dice Colmenero Menéndez de Luarca: “Asimismo, deberá extenderse a la conveniencia de suspender la ejecución en atención a las características del delito cometido y al pronóstico de comisión de nuevos delitos en relación a las circunstancias del autor y a las limitaciones que le impone la propia enfermedad”. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 205.

<sup>1187</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director)... Op. Cit., p. 205.

Ante la combinación de las dos primeras exigencias, referidas en el párrafo anterior, la concesión de la suspensión no se sujeta a requisito alguno, cuando el Juez sentenciador entienda necesaria su aplicación. De modo que es indudable que se amplía considerablemente el ámbito de concesión de la medida, que podrá ser otorgada a una inmensa cantidad de situaciones, sin la necesidad de atenerse a las reglas establecidas en el artículo 81 CP, que, como se ha visto, establece el límite de pena susceptible a suspensión, exige la primariedad delictiva del reo y la satisfacción de las responsabilidades civiles. Así que, puede afirmarse rotundamente que es posible suspender la pena privativa de libertad establecida con cualquier duración, sin la necesidad de que el reo sea primario y tampoco que haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito. De tal asertiva puede concluirse que, como es evidente, hay un aumento considerable (y justo) en la esfera del poder discrecional conferido al Juez.

Es indispensable añadir que, en los casos del art. 80,4, la ley permite que se suspenda cualquier pena «*sin sujeción a requisito alguno*», pero, conforme la doctrina mayoritaria, la sujeción que se habla se refiere, exclusivamente, en relación a los requisitos del art. 81 CP. De forma que debe respetarse las condiciones generales de la suspensión, sujetándose a la necesidad de valorar la peligrosidad del agente, de no cometer de nuevo delito mientras disfrute del beneficio, como también de acatar las demás reglas de mantenimiento y de revocación de la medida suspensiva. Por tanto, nada impide que el Magistrado imponga las obligaciones establecidas en el art. 83 CP y observe a los criterios de revocación, de sustitución de las reglas de conducta y de prórroga del plazo de suspensión, contenidas en el art. 84 CP. De la misma forma, debe reconocerse la remisión de la pena, conforme determina el art. 85 CP<sup>1188</sup>. En esta línea de comprensión, dice Serrano Pascual que “si se considera que también estos requisitos —no comisión de un nuevo delito y observancia, en su caso, de las obligaciones de conducta—

---

<sup>1188</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 120.

están exceptuados, nos encontraríamos simple y llanamente ante un indulto residenciado en los Tribunales”<sup>1189</sup>.

La segunda exigencia del art. 80.4 a ser comentada es, conforme ya se ha mencionado, que el condenado, en la ocasión del hecho delictivo, no tuviera «ya otra pena suspendida por el mismo motivo». Para amplio sector de la doctrina, el hecho de ejecutar otro delito, mientras gozaba de la suspensión de la pena privativa de libertad, conferida por razón de la gravedad de la enfermedad del agente<sup>1190</sup> revela, con claridad, que la enfermedad que aflige al delincuente “no es un impedimento para la continuidad delictiva del sujeto”<sup>1191</sup>. De forma que, debe vedarse el acceso del aspirante a ser beneficiario nuevamente de la suspensión, con fundamento en la precariedad de la condición de salud del reo, puesto que ya está suficientemente demostrado el malogro de la medida suspensiva en relación a este delincuente.

Pero, esta prohibición, referida en el párrafo anterior, no está ajena de las críticas de la doctrina. Como se puede verificar, partiendo desde otro punto de vista, otros autores (como Mapelli Caffarena) argumentan que es “un despropósito la forma de objetivar el juicio de peligrosidad excluyendo del beneficio a quien aprovechó el disfrute de una suspensión anterior por este mismo motivo —y no por el régimen común del art. 81— para cometer el delito, para cuya pena se reclama la suspensión. En aplicación de estas disposiciones estos condenados tendrán que pasar inexorablemente sus últimos días de vida en prisión, lo que parece a todas luces inhumano”<sup>1192</sup>.

La verdad es que esta cláusula, conforme está actualmente redactada, aunque se reconozca su carácter humanitario, recibe las más diversas críticas, muchas de ellas extremadamente duras, porque se considera que la regla del art. 80,4 vulnera la seguridad jurídica y desfigura características esenciales e inherentes de la suspensión. Ello porque, se instituye una excepción muy amplia, que afecta a los requisitos del beneficio y además no establece un

---

<sup>1189</sup> *In*, SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 362.

<sup>1190</sup> Tal hecho por sí sólo ya es causa suficiente de revocación de la suspensión anteriormente concedida (art. 83.1 CP).

<sup>1191</sup> SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 361.

<sup>1192</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., pp. 114/115.

límite de pena privativa de libertad que demarque el ámbito de concesión de la medida suspensiva. Sobre esta regla, según Hernández Hernández, “Se le ha tachado de improvisación; de desbordar el contenido de las rúbricas del capítulo y sección en que se contiene, al referirse a cualquier pena; se trata de un precepto incompatible con la «seguridad jurídica» en cuanto concede a los Jueces y Tribunales una discrecionalidad excesiva, contraria a la exigencia del artículo 81.1.ª, incompatible con los plazos de suspensión referidos”<sup>1193</sup>. Criticando a la forma como el legislador ha abordado esta materia, Fernández de Torco Alonso apunta que quizás “hubiera generado mayor garantía aludir a «a fase terminal» o «pseudo terminal» de la enfermedad para el otorgamiento del beneficio. Incluso, no con carácter discrecional como hace el texto, sino imperativamente, en sentido análogo a lo que prevé el próximo texto sobre la libertad condicional, artículo 92.2”<sup>1194</sup>.

En otro orden de consideración, es relevante percibir otra problemática, que es saber exactamente la extensión conceptual de enfermedad muy grave con padecimientos incurables. La jurisprudencia<sup>1195</sup>, al apreciar la condición de enfermedad grave con padecimiento incurable, valorando la posibilidad de conceder el beneficio de la libertad condicional (instituto que también confiere tratamiento excepcional a estos tipos de enfermos), ha entendido que, conforme testimonia Serrano Pascual, lo que debe examinarse es si, al encarcelar un sujeto que posee una enfermedad incurable, tal hecho resultaría o no en un grave peligro para la vida o salud del individuo. De esa manera, para que se conceda el beneficio de la libertad condicional, no es menester que el aquejado esté en fase terminal<sup>1196</sup>. Así, esta forma de comprender la expresión «enfermo

---

<sup>1193</sup> Hernández Hernández, en comentarios al art. 80.4, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dirección). Op. Cit., p. 298.

<sup>1194</sup> FERNÁNDEZ DE TORCO ALONSO, Juan Manuel. *El sistema de penas en el nuevo código penal: observaciones críticas al respecto (1) (2)*, en Cuadernos de Política Criminal, nº 59, 1996, p. 314.

<sup>1195</sup> Vid, Sentencia del TC 48/1996, de 26 de marzo.

<sup>1196</sup> Añade Serrano Pascual, inclusive refiriéndose al Auto de 16-12-1997 de la Audiencia Provincial de Madrid (sección Quinta), que: “no es necesario la existencia de un peligro inminente o inmediato de muerte, sino más bien la convicción de que la permanencia en prisión del interno que sufre una enfermedad incurable pueda suponer un riesgo cierto para su vida, para la salud o, incluso, para sostener una calidad de vida digna. Por ello, no será motivo para denegar la libertad condicional la posibilidad de recibir un tratamiento en prisión, ya que lo que debe evitarse es la incidencia negativa de la cárcel en el enfermo incurable. Tampoco se trata únicamente del derecho a morir o a agonizar en libertad —lo cual equivaldría a su contenido

muy grave» es exactamente la misma que debe ser aplicada en el momento de valorar la concesión de la suspensión de la pena privativa de libertad.

No deja de ser oportuno señalar aquí que la libertad condicional, que puede ser también otorgada al penado que «esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables», como ya se ha afirmado, es un instituto jurídico que presenta características distintas a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. En la libertad condicional se exige que el condenado esté en el tercer grado de la ejecución de la pena, que haya portado buena conducta y que presente un pronóstico favorable de reinserción social. Y estas exigencias mueven un importante sector de la doctrina a dirigir severas críticas a la redacción del art. 80,4 CP, pues comparando las condiciones impuestas para otorgar la suspensión con las que son cobradas para conceder la libertad condicional, para la misma situación de enfermedad grave, se verifica que ante el mismo tipo de delincuente la suspensión se vuelve en un régimen más favorable. Tanto es así y la diferencia es tan evidente que en el régimen de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad no se impone “requisito alguno, cuando para la libertad condicional del art. 92 se sigue exigiendo que el septuagenario o enfermo incurable para que se le clasifique en tercer grado de tratamiento penitenciario, observe buena conducta y cuente con un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social”<sup>1197</sup>.

Partiendo desde otro punto de vista, otra vertiente de la doctrina rechaza tales críticas, argumentando que es posible que el penado obtenga el tercer grado en el inicio de la clasificación, por razones humanitarias. También, afirma que se prioriza la gravedad de la enfermedad en detrimento de la exigencia de la buena conducta. Y por fin, aduce que la valoración del pronóstico favorable de reinserción, exigido en la libertad condicional, no estaría ajeno del examen

---

mínimo—, sino de dar cabida, como recuerda alguna jurisprudencia, a bienes y derechos constitucionalmente consagrados, como el derecho a la vida y a la integridad, a la dignidad y la proscripción de penas inhumanas o degradantes”. SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 422/423. Para Mapelli, “(...) la enfermedad no tiene que encontrarse en fase terminal y tiene que estar debidamente certificada por un médico”. MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Op. Cit., p. 114.

<sup>1197</sup> Hernández Hernández, en comentarios al art. 80.4, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dirección). Op. Cit., p. 298.

de la peligrosidad del reo, realizado en la suspensión, antes de concederse este beneficio al enfermo<sup>1198</sup>.

#### **IV. Otros supuestos.**

A parte de todos los supuestos especiales mencionados en los apartados anteriores, el Código penal también fija otras formas impropias de suspensión, que “sólo tienen en común con la que ahora se contempla el hecho de provocar una dilación en la ejecución de la pena, pero no responden al propósito de los sustitutivos legales”<sup>1199</sup>.

Estas formas impropias de suspensión, que pueden ser originado por diferentes causas, son la suspensión provocada: por la petición de indulto (art. 4.4 CP); por demencia (art. 60 CP); por determinación del Tribunal Constitucional, cuando tramita recurso de amparo (art. 56 LOTC 2/1979); por la existencia simultanea de una pena y una medida de seguridad (art. 99 CP).

##### **1. Petición de indulto (art. 4.4 CP).**

---

<sup>1198</sup> En esta línea plantea Serrano Pascual: “debe tenerse en cuenta que el tercer grado de tratamiento puede obtenerse directamente en la clasificación inicial, precisamente por razones humanitarias y sin sujeción a las demás variables intervinientes en el proceso de clasificación; que, por otra parte, la jurisprudencia, en la aplicación de esa forma especial de libertad condicional, tiende a considerar fundamental el grado de gravedad de la enfermedad, por encima del requisito de buena conducta, ya que entran en juego derechos fundamentales (derecho a la vida y a la integridad física, orientación hacia la reinserción de las penas privativas de libertad, derecho a la libertad), y que la mala conducta —derivada de la comisión de nuevos delitos— se interpreta más bien como una posible causa de revocación de la libertad ya concedida por enfermedad, sin perjuicio de volver a concederla, aun en este caso, si se produjese un empeoramiento del estado de salud; por último, el requisito de un pronóstico favorable de reinserción, exigido para la libertad condicional, no puede ser del todo ajeno a la decisión del Juez sentenciador que deba decidir sobre la suspensión, ya que en todo caso deberá valorar el peligro que suponga dejar al enfermo en libertad. Por tanto, todo parece indicar que el penado que pudiera obtener la suspensión *ab initio* también obtendría la libertad condicional al poco tiempo de entrar en prisión, con lo que resulta incoherente someterle a una estancia en prisión más o menos prolongada que conllevará el empeoramiento de una enfermedad ya incurable”. SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 422/423

<sup>1199</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 489.

Aunque, por la regla general, cuando exista petición de indulto no se suspende la ejecución de la pena, la actual legislación penal española permite que se conceda la suspensión en dos casos excepcionales. El primero, cuando se constate que la ejecución pueda comprometer la finalidad del indulto, tornándole irrelevante porque se daría el cumplimiento de la pena. Y la segunda, cuando la ejecución de la pena pueda provocar dilaciones indebidas<sup>1200</sup>. Antes de adentrar en cada uno de estos casos, lo que se hará en el próximo párrafo, conviene verificar los que disciplina el art. 4.4 del Código penal español de 1995: «si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada<sup>1201</sup>».

La primera constatación, se refiere a la posibilidad de excepcionalmente autorizarse la suspensión, cuando —ante la existencia de petición de indulto— su finalidad puede verse comprometida si se ejecuta la sentencia. Ello porque, en algunas situaciones, como los casos en que la pena aplicada es de corta duración, puede ser previsible que la pena se extinguiera la condena durante la tramitación de la petición del indulto. En este sentido, dice Vives Antón que “esta recortado, fundamentalmente, para hipótesis en que, por la duración de la pena impuesta o la de lo que de ella quede por cumplir sea breve y pudiera quedar cumplida durante la tramitación del indulto, si la ejecución no se suspende. Eso no significa que no puedan contemplarse otras hipótesis: v.g., cuando la ejecución de una pena pecuniaria cause un daño económico desmesurado, que justamente trataba de remediarse por la vía del indulto”<sup>1202</sup>.

La segunda vertiente que merece destacarse, sobre la suspensión de la pena ocasionada por fuerza de la existencia de una petición de indulto, es

---

<sup>1200</sup> Importante observar lo que dice Vives Antón: “cuando, de ejecutar la sentencia, la finalidad del indulto pudiera devenir ilusoria o cuando, a causa de la ejecución, pudiera resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”. VIVES ANTÓN, T. S., en comentarios al art. 4.4 CP, en VIVES ANTÓN, Tomás S. (coordinador)—otros. *Comentarios al código penal de 1995*. Vol. I (Arts. 1 a 233). Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1996, p. 59.

<sup>1201</sup> Art. 4.4 del Código Penal Español

<sup>1202</sup> VIVES ANTÓN, T. S., en comentarios al art. 4.4 CP, en VIVES ANTÓN, T. S. (coordinador)—otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 59.

cuando se vulnera derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. Ello porque las dilaciones indebidas son consideradas como una forma de «*poena naturales*», que en algunos casos, debe ser reparado<sup>1203</sup>. Así, la manera para reparar este derecho encontrada por el legislador ha sido permitiendo reducir o incluso perdonar la pena asignada. Subraya Vives Antón que el hecho de que la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, “sólo pudiera repararse, en el caso concreto mediante una reducción o un perdón total de la pena impuesta, implica una contradicción: se cumple el mandato de ejecutar las sentencias firmes; pero, a costa de la efectividad de un derecho constitucional. Por consiguiente, el legislador, a la vista de la diversidad de soluciones propuestas para el problema, ha optado por una: la de que sea posible suspender la ejecución hasta que se resuelva sobre la petición formulada”<sup>1204</sup>.

Debe repetir que la suspensión de la pena por petición de indulto se trata de una medida de carácter excepcional, cabiendo añadir además que es una potestad conferida al órgano judicial sentenciador que puede o no conceder la suspensión de la pena. De forma que, aunque exista la regla excepcional del art. 4.4 del CP, ésta no es preceptiva, siendo posible, por lo tanto, que el juzgador deniegue la suspensión, aunque estén presentes las condiciones exigidas en este precepto legal<sup>1205</sup>. Sin embargo, importantes voces doctrinales afirman que es una facultad discrecional del juzgador solo cuando se trata específicamente de los casos en que el efecto del indulto puede resultar ilusorio (como, *v.g.*, las hipótesis de penas de corta duración). Pero, cuando el cumplimiento de la pena pueda vulnerar derecho fundamental a proceso sin dilaciones indebidas, “el órgano judicial deberá conceder la suspensión obligatoriamente”<sup>1206</sup>.

---

<sup>1203</sup> Vid, ATC 278/1997, de 16.7; f. j. único, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio–MENDOZA BUERGO, Blanca–RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (coordinador). *Código penal*. Madrid, Editorial Thomson Civitas. 2004, p. 50.

<sup>1204</sup> VIVES ANTÓN, T. S., en comentarios al art. 4.4 CP, en VIVES ANTÓN, Tomás S. (coordinador)–otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 59.

<sup>1205</sup> Cfr, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio–MENDOZA BUERGO, Blanca–RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (coordinador). Op. Cit., pp. 50/51.

<sup>1206</sup> SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., pp. 363/365. También: “Algún sector doctrinal (...) considera que la suspensión resulta imperativa en el primero de los supuestos, esto es, cuando el cumplimiento de la pena pueda vulnerar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas,



Es cierto que el requisito esencial para que se conceda la suspensión de la ejecución de la pena, por petición de indulto, que el órgano sentenciador aprecie «en resolución fundamentada» que la finalidad del indulto estará comprometida ante la ejecución de la pena o que tal ejecución vulnerará el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas<sup>1207</sup>.

Es importante también recordar que la petición de indulto puede partir del propio juzgador, como también de la parte interesada, así como de otras personas, conforme faculta la ley. La pena será suspendida hasta que se concluya la tramitación de la petición de indulto<sup>1208</sup>.

## **2. Demencia (art. 60).**

El apartado primero del art. 60 del Código penal español reza que: «cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de 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<sup>1209</sup>».

Conforme establece el mencionado artículo, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá suspender la pena privativa de libertad, cuando al penado

---

mientras que en el segundo de los casos, a saber, cuando con el cumplimiento el indulto pudiese perder su finalidad, la suspensión de la ejecución deviene una potestad discrecional". Vid, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín, en comentarios al art. 4.4 CP, en QUINTERO OLIVARES, G. (director), MORALES PRATS, F. (coordinador) y otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. p. 62.

<sup>1207</sup> *Ibidem*.

<sup>1208</sup> SERRANO PASCUAL, Mariano. Op. Cit., p. 365.

<sup>1209</sup> Art. 60.1, redacción conforme la LO 15/2003.

le sobreviene una enfermedad mental duradera que le imposibilite conocer el sentido de la pena. Se confiere por lo tanto al reo la posibilidad de ser sometido a tratamiento médico adecuado. En estos lo que se trata específicamente es de “un culpable autor de un delito que sufre posteriormente una enfermedad mental”<sup>1210</sup>.

Antes de la reforma introducida por la ley 15/2003, la suspensión comportaba en la liberación del penado, permitiendo que recibiera la asistencia medica necesaria. Actualmente, tras la reforma de la Ley 15/2003, esta asistencia médica se vincula “vía la imposición de «medida de seguridad privativa de libertad de las penas previstas en este Código»”<sup>1211</sup>. Así, puede afirmarse que la Ley Orgánica 15/2003 ha posibilitado que el juzgador sustituya la pena privativa de libertad por una medida de seguridad (privativa de libertad) siempre que no sea más gravosa ni que sea de mayor duración que la pena aplicada. También es posible que, en el caso de que la pena no sea la de prisión, el Juez de Vigilancia suspenda la ejecución de la pena asignada, estableciendo el cumplimiento de medidas de seguridad que estime necesaria<sup>1212</sup>.

Otras dos alteraciones han sido realizadas por la LO 15/2003. La primera que también merece destacarse es que a partir de la citada reforma, la competencia para suspender la pena ha sido conferida al Juez de Vigilancia Penitenciaria<sup>1213</sup>. Y la segunda que, conforme aduce Polaino Navarrete, “el reformador se pronuncia expresamente sobre la cuestión de la extinción de la pena o medida de seguridad: con suficiente antelación habrá de ser comunicada al Ministerio Fiscal «a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código» (art. 60.1, segundo párrafo)”<sup>1214</sup>.

---

<sup>1210</sup> GARCÍA ALBERO, R., en comentarios al art. 60 CP, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 411.

<sup>1211</sup> GARCÍA ALBERO, R., en comentarios al art. 60 CP, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 412/413.

<sup>1212</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. Cit. p. 87.

<sup>1213</sup> *Vid*, GARCÍA ALBERO, R., en comentarios al art. 60 CP, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 412.

<sup>1214</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. Cit. p. 87

### 3. Pena con medida de seguridad (art. 99).

En las hipótesis en que la práctica delictiva es realizada por un semiimputable (casos de eximente incompleta en relación con los números 1º, 2º y 3º del art. 20 del Código)<sup>1215</sup>, es posible que se aplique conjuntamente una pena y una medida de seguridad<sup>1216</sup>. El Código penal español en el art. 99, regulando un sistema vicarial de acumulación de pena y medida de seguridad, establece que «en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vezalzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3<sup>1217</sup>».

El sistema vicarial regulado en el dispositivo referido en el párrafo anterior evita que el tiempo de aplicación de la pena se sume al de la medida de seguridad, lo que ciertamente provocaría una “aflictividad de la privación de libertad”<sup>1218</sup>. Según lo que explican Muñoz Conde–García Arán, “el sistema vicarial consiste en comenzar por la aplicación de la medida y computar el período de internamiento como cumplimiento de la pena; la aplicación de la medida no podrá rebasar el tiempo de la pena prevista por el Código penal para el delito (art. 104, es decir, en abstracto; véase apartado siguiente)”<sup>1219</sup>.

---

<sup>1215</sup> “(...), sólo en el supuesto contemplado en el art. 104 del código —casos de eximente incompleta en relación con los números 1º, 2º y 3º del art. 20 del Código— cabe imponer además de la pena una medida de seguridad, y ello es posible en cuanto el sujeto peligroso aunque con capacidad de culpabilidad disminuida, realizó un hecho típico, antijurídico y, además, culpable”. CALDERÓN CERREZO, Ángel–CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Op. Cit., p. 99.

<sup>1216</sup> “En el caso de la respuesta a los hechos cometidos por los semiimputables, cabe que concurren una pena y una medida de seguridad. Esta situación es propia del sistema dualista. Sin embargo, la aplicación del modelo vicarial pretende eliminar los abusos a que daría lugar la ejecución conjunta o sucesiva de penas y medida de seguridad”. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel –PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. 5ª Ed.. Op. Cit., p. 518.

<sup>1217</sup> Art. 99 del Código Penal español.

<sup>1218</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Op. Cit., 581.

<sup>1219</sup> *Ibidem*.

Cabe decir que lo que verdaderamente es interesante destacar en este apartado es que, si el legislador opta por imponer una pena privativa de libertad y, conjuntamente, una medida de seguridad de la misma naturaleza, debe ejecutarse inicialmente la medida de seguridad. Así, a depender del momento temporal en que se concluye el cumplimiento de la medida de seguridad, pueden ocurrir dos situaciones distintas. La primera es que, siendo tal medida fijada en tiempo igual o superior al de la pena aplicada, al concluirse la ejecución de la medida de seguridad, por consecuencia la pena privativa de libertad será declarada extinguida<sup>1220</sup>.

La segunda situación que puede existir es que, al cumplir la medida de seguridad, en el caso de que ésta haya sido fijada en tiempo inferior al de la pena privativa de libertad, quedará pendiente al condenado cumplir una parcela de tiempo relativo a la pena privativa de libertad aplicada. En estos casos, el art. 99 del Código penal establece que faculta al juzgador suspender la ejecución de la pena restante, por un período que no sea superior al tiempo correspondiente a la pena que falta ser cumplida. En este sentido dicen Calderón Cerezo–Choclán Montalvo que “alcanzándose la medida quedando tiempo pendiente para ejecutar la pena impuesta, su ejecución resulte contraria a la favorable evolución experimentada por el sujeto mediante la medida de seguridad, el Juez podrá decretar la suspensión de la pena por el tiempo que falte hasta el máximo de su duración”<sup>1221</sup>. Además de suspender la pena, el Juez o Tribunal puede también, caso estime necesario, decidir por la imposición de alguna de las medidas del art. 96.3<sup>1222</sup>.

El punto de mira de la decisión judicial es evitar, al conceder la suspensión de la pena privativa de libertad restante, que el culpado sea sometido a los efectos negativos de la pena privativa de libertad, especialmente la que causa la pena de prisión, pudiendo traer peligro a los beneficios conseguidos a través del cumplimiento de la medida de seguridad. Según

---

<sup>1220</sup> SÁNCHEZ YLLERA, I.. En comentario al artículo 99 del Código penal, En VIVES ANTÓN, Tomás S. (coordinador)–otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 561.

<sup>1221</sup> CALDERÓN CEREZO, Ángel–CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Op. Cit., p. 100.

<sup>1222</sup> “(...) el Tribunal no sólo dispone la suspensión de la ejecución de la pena sino además, durante el plazo de suspensión, alguna de las medidas previstas en el art. 96.3 (por ejemplo custodia familiar)”. *Ibidem*.

Calderón Cerezo–Choclán Montalvo, el Código penal español pone fin al sistema precedente “que sin clara justificación político criminal autorizaba a una especie de perdón judicial cuando facultaba al Tribunal a dar por extinguida la pena o reducir su duración en atención al buen éxito del tratamiento”<sup>1223</sup>.

Importante añadir, conforme enmarca Sánchez Yllera, que la ley no dice expresamente si esta forma particular de suspensión de la pena, al ser concedida, deberá vincular o no su mantenimiento al cumplimiento de algún tipo de condición. Según el mencionado autor, “no si expresa si tal suspensión queda o no sometida a condicionamiento alguno. Ni tan siquiera se señala si la comisión de un nuevo delito es causa de alzamiento de la suspensión; hay que entender que sí. La «ratio» de este precepto obliga a considerar hecha una remisión en bloque a las normas sobre suspensión de la ejecución de la pena prevista en los artículos 80 y siguientes de esta Código”<sup>1224</sup>. Así, compartiendo tal pensamiento, debe afirmarse que una vez suspendida la pena, la regla general inherente a este instituto de no delinquir durante el periodo de prueba debe ser respetada. De forma que siendo ésta la situación, la pena deberá ser remitida definitivamente. Caso contrario, la pena suspendida deberá ser ejecutada.

---

<sup>1223</sup> CALDERÓN CEREZO, Ángel–CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Op. Cit., p. 100.

<sup>1224</sup> SÁNCHEZ YLLERA, I., en comentario al artículo 99 del Código penal, En VIVES ANTÓN, Tomás S. (coordinador)–otros. *Comentarios...* Op. Cit., p. 561.

## **CONCLUSIONES**

Es cierto que el Estado debe disponer de respuestas eficientes y capaces de enfrentar los comportamientos humanos que vulneran las normas penales instituidas, que tutelan determinados bienes jurídicos. Entre tales reacciones, la pena se presenta como la consecuencia jurídica más firme, más dura y, históricamente, también, la más típica. Sin duda, esta consecuencia posee carácter aflictivo, puesto que *priva o restringe bienes jurídicos del individuo, condenado por haber desarrollado una conducta delictiva*. Sin embargo, aunque la aflicción sea una de sus características más evidentes, aún así, la pena se justifica por constituirse un instrumento absolutamente necesario (por no decir imprescindible): tanto para garantizar las condiciones mínimas de convivencia social pacífica; como para alcanzar la consecución de los fines preventivo-generales y especiales.

De este modo, desde nuestro punto de vista, la actuación de la pena debe presentar un fin utilitario de protección de la sociedad, evitando que otros delitos sean ejecutados en el futuro. Y para lograr tal misión, hay que rechazar, por completo, los argumentos de las teorías retributivas y, incluso, de las posturas mixtas, que intentan establecer una relación conciliable entre las teorías absolutas y las relativas. Ello porque, para nosotros, los planteamientos de las referidas teorías son incoherentes, inconciliables y diametralmente opuestos, porque intentan forzosamente aunar concepciones antagónicas. En este sentido, conviene señalar que las teorías absolutas centran especial atención en el sentido retrospectivo: *en el hecho delictivo ya cometido, en el daño causado y en la culpa del agente*. Por lo tanto, *miran hacia el pasado*, buscando *retribuir* al culpable todo el mal cometido (carácter retributivo). Además, para esta corriente de pensamiento, la pena está dissociada de cualquier fin, sea lo de recuperar al condenado o de fortalecer la conciencia colectiva acerca de la existencia de la norma penal.

De otra parte, los razonamientos de las corrientes relativas se orientan en el sentido prospectivo, es decir, se dirigen *hacia el futuro*, pues para esta vertiente teórica la pena es un *mecanismo socialmente útil* (carácter utilitario) y disemina los efectos del aprendizaje pedagógico-social, a través del cual se puede conseguir el fin de proteger la sociedad y los bienes jurídicos, evitando la comisión de otros delitos en el *futuro*.

La pena, conforme la concebimos, es un instrumento político-criminal que presenta finalidad de naturaleza exclusivamente preventiva: tanto en la *perspectiva preventivo-general positiva integradora*, como en la *vertiente preventivo-especial*. De este modo, la pena debe actuar con el propósito de prevenir futuros delitos y de proteger la sociedad. Así, la pena no consiste en un mecanismo de mera retribución o venganza, puesto que el Estado debe alcanzar, a través de esta importante consecuencia jurídica, *la protección de sus bienes jurídicos, el fortalecimiento de una conciencia social del derecho, la reafirmación del juicio de reprobación social de la conducta delictiva y, sobre todo, la resocialización y recuperación del penado*.

También compartimos la idea de que la prevención debe actuar de forma limitada, es decir, la actividad punitiva debe observar los contornos legales inherentes al Estado social y democrático de Derecho (como, *v. g.*, la dignidad humana, el principio de intervención mínima del Derecho penal y, especialmente, el principio de culpabilidad y de proporcionalidad). No obstante, es importante señalar que *el principio de culpabilidad debe actuar no como un elemento de la teoría retributiva, sino que como un principio elemental, básico e indispensable del propio Estado social y democrático de Derecho*, sirviendo para limitar los contornos máximos de la respuesta punitiva, estableciendo su magnitud y evitando los excesos. De otra parte, no cuesta aducir que las dimensiones inferiores de la pena no pueden ser regidas por el principio de culpabilidad, o sea, el magistrado debe estar autorizado a imponer una pena en medida inferior a lo que reclama la culpabilidad, cuando justificada por razones de naturaleza preventiva.

De este modo, para analizar las etapas de manifestación de la pena, estamos absolutamente de acuerdo con Roxin al posicionar, las fases de manifestación de la pena, en tres momentos distintos: *la conminación legal, la imposición y la ejecución de la pena*. Sin embargo, diferentemente de lo que plantea el citado jurista alemán, opinamos que tal división tripartita debe ser planteada del siguiente modo: En la primera etapa, en la conminación legal, entendemos que la pena ejerce indiscutible efecto de prevención general, pues ésta viene definida abstractamente en la norma penal y se dirige



indistintamente a todos los ciudadanos, esperando que se abstengan de cometer delitos.

En la segunda etapa, *cuando transgredida la norma penal*, el magistrado debe aplicar la pena *con la finalidad de reafirmar el juicio de reprobación social de la conducta delictiva y de fortalecer la conciencia colectiva de la norma* (prevención general positiva), debiendo *respetar los límites, principios y garantías atinentes a la propia concepción del Estado social y democrático de Derecho*. En este sentido, la culpabilidad asume aquí un papel importante de garantía, pues veda la aplicación de penas excesivas, al limitar su tope máximo, preservando así la dignidad humana.

Además, desde nuestro punto de vista, entendemos que, ya en este momento (de la imposición de la pena), el magistrado debe, desde luego, valorar la posibilidad de encontrar la respuesta punitiva más adecuada, desde el punto de vista preventivo-especial, toda vez que tal respuesta no comprometa los efectos preventivos-generales. Es importante añadir que el mero hecho de aplicar una pena, *de per se*, puede repercutir en el condenado, disuadiéndole, desde luego, de cometer futuramente nuevos delitos; También, en este instante, el juez tiene la oportunidad de iniciar el proceso de resocialización del condenado, adoptando las medidas más eficientes para lograr los resultados preventivo-especiales (*como aplicar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad o su sustitución*).

Finalmente, en la tercera etapa, en la fase ejecución de la pena, todos los esfuerzos del Estado deben estar concentrados en el sentido de resocializar y recuperar al penado, respetando, por supuesto, su autonomía, al concederle siempre la oportunidad de rechazar los tratamientos ofrecidos, así como los demás beneficios propuestos.

En resumen, cabe sintetizar que, partiendo de este panorama teórico, defendemos que la actuación de la pena debe estar comprometida con la prevención general positiva y la prevención especial.

Definidas las bases teóricas trazadas en esta investigación, es importante revelar también nuestra postura acerca de la pena de prisión. Sobre este tema, es cierto decir que la pena de prisión permanece en constante,

histórica e insuperable crisis. Esta pena no cumple la misión preventivo-especial y provoca, en el condenado, efectos destructivos, al someterle a la subcultura carcelaria, estigmatizándole y corrompiéndole. Varios sistemas penitenciarios fueron experimentados: el Pensilvánico (o Filadélfico), el de Auburn y el Progresivo. Y todos estos modelos fracasaron en lo que se refiere a la consecución de los fines preventivos-especiales.

De otra parte, a pesar de la permanente crisis a que la pena de prisión está sometida y de las severas (y justas) críticas que le son lanzadas, esta pena es, todavía, la respuesta estatal más importante y, también, la más dura, instituida en el Ordenamiento jurídico. Basta verificar que en España no existen penas corporales ni de muerte. De esta forma, la prisión asume la condición de ser la respuesta penal más agresiva y que sirve para *reafirmar el juicio de reprobación social de la conducta delictiva y para fortalecer la conciencia colectiva de la norma*. A partir de esta observación, parece ser correcto afirmar que la prisión es aún un instrumento necesario desde el punto de vista preventivo-general. Así que, lamentablemente, la pena de prisión no puede ser abolida del sistema punitivo (*por lo menos en cuanto no se descubra soluciones alternativas eficaces, especialmente cuando se trata de penas de prisión de larga duración*).

No obstante, nos sumamos a la idea de que la utilización de la pena de prisión debe ser limitada a los supuestos en que no haya ninguna otra fórmula alternativa que pueda proteger la sociedad y sus bienes jurídicos. Así, su utilización no debe ser excesiva ni alejada de los principios relativos al Estado social y democrático de Derecho. Lo cierto es que, desde nuestro punto de vista, no se puede aceptar la banalización del uso de prisión ni el endurecimiento y el expansionismo descoordinados del Derecho penal, como se ha verificado en las últimas reformas realizadas tanto en España como en otros países (como, por ejemplo, en Brasil). Ello porque el expansionismo de la Ley penal y el uso excesivo de la pena de prisión provocan consecuencias catastróficas pues, al *desprestigiar el principio de intervención mínima y el carácter subsidiario de la Ley punitiva*, viabilizan la real posibilidad de que la dignidad del penado sea inhumanamente ofendida por el propio Estado. Hay que tener en cuenta que, además de los efectos negativos causado por esta

pena, en la persona del condenado, varios sistemas penitenciarios de distintos países (*como el sistema carcelario brasileño*) revelan preocupante y excesiva tasa en su población carcelaria. Y tal problema es, sin duda, también resultante de la combinación de los dos factores aludidos.

Desde nuestra opinión, lo más recomendable sería adoptar una política-criminal cada vez más alejada de la pena de prisión, invirtiéndose en políticas públicas de prevención de la delincuencia, buscando mecanismos que promuevan la resocialización de presos y, sobre todo, estimulando la aplicación de medidas alternativas a la cárcel. La aplicación de las medidas alternativas es el camino más aconsejable, desde el punto de vista preventivo-especial, sobre todo cuando se trata de pena de prisión de corta duración, porque promueve el proceso de reinserción social del penado.

Conforme se ha destacado, en el curso de esta investigación, las alternativas a la pena de prisión van más allá de los sustitutivos. Somos partidarios de que puedan concebirse las alternativas a partir de tres perspectivas: en la primera, el propio catálogo de pena presenta respuestas distintas de la prisión y que están fijadas, en diversos tipos penales, de forma autónoma, constituyéndose en verdaderas alternativas al encarcelamiento (*en este sentido, la pena privativa de derechos, la multa, los trabajos en beneficio de la comunidad y/o la localización permanente art. 244, 536 (párrafo 1), 618, 623, 632 CP...*); en la segunda, algunos tipo penales permiten que el juzgador valore si, en el caso concreto, se debe aplicar la pena de prisión u otra pena (la alternativa), según las exigencias preventivas (v.g., *trabajos en beneficio de la comunidad, multa y/o la pena privativa de derechos, v.g., arts. 153.1, 171.1, 172.2 CP...*); en la tercera, los sustitutivos de las penas privativas de libertad (suspensión, sustitución y libertad condicional). Por lo tanto, de un lado, las dos primeras vertientes integran lo que la doctrina denomina de alternativa en general y, por otro lado, los sustitutos integran las denominadas alternativas específicas.

En este contexto, esta investigación se propone analizar exclusivamente *la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad como sustitutivo legal de la pena de prisión (la alternativa específica), conforme la legislación penal española.*

Inicialmente se ha constatado, fácilmente, que *la suspensión es un instrumento perfectamente adecuado a los planteamientos científicos que orientan la necesidad de evitar las graves secuelas que son causadas por la privación de la libertad*, de corta duración. Pues la suspensión intenta apartar al penado del crimen sin separarle de la vida en sociedad, evitando, por lo tanto, los efectos devastadores que son causados por la pena corta de prisión. Así, la suspensión es un avanzado y eficaz instituto jurídico que responde perfectamente a las expectativas tanto de política criminal como de prevención especial.

La suspensión consiste en suspender la ejecución de la pena privativa de libertad (*de corta duración*) aplicada al culpable de determinado delito. Para ello, cabe al Juez observar si sus condiciones personales permiten concluir que la pena de prisión carece de objeto práctico. De este modo, tras la concesión de la suspensión, el condenado es sometido a prueba, durante determinado período y bajo ciertas exigencias, resultando —si cumplidas las exigencias— en la remisión definitiva de la pena. A través de esta fórmula, la suspensión promueve la resocialización del sujeto, evitando el contagio criminal y demás efectos corruptores de la pena de prisión.

En realidad, este instituto asume inmensa importancia político-criminal, pues, a nuestro juicio, entendemos que en el ámbito de la criminalidad, en algunas situaciones, la mera amenaza de la pena de prisión y el hecho de establecer ciertas exigencias pueden ser lo que basta para lograr los fines preventivo-especiales, especialmente cuando se trata de un delincuente primario y que haya desarrollado un delito de escasa potencialidad ofensiva.

De suerte que la suspensión responde positivamente a los planteamientos sociales, políticos y científicos que cobran la existencia de mecanismos eficaces y que eviten los efectos desocializadores de la pena privativa de libertad de corta duración. Así, la suspensión se presenta como una medida individual y de indiscutible eficacia en lo que se refiere a la reinserción socialmente del condenado.

Durante el curso de esta investigación, varios aspectos de la actual configuración legal de la suspensión de las penas privativas de libertad en el Código penal español nos han llamado la atención.

**La primera** cuestión que merece ser destacada es que la suspensión debe ser aplicada tan sólo a los supuestos en que el reo haya delinquirido por primera vez, salvo los casos especiales. Éste es un requisito de primordial importancia porque la suspensión debe ser analizada como un instituto jurídico que se aplica a los supuestos en que el sujeto no haya iniciado una carrera delictiva.

Pero, lo que debe subrayar aquí es un aspecto indiscutiblemente importante: la extensión de la interpretación del término «*delinquir*». Compartimos la posición que orienta hacia una interpretación restrictiva de tal término. Es decir, que se excluyan del ámbito de su interpretación las conductas consideradas como falta. Así, el hecho de haber cometido previamente una falta no impide la concesión de la suspensión de la pena privativa de libertad. Ésta es nuestra posición. Además, el Código penal del 95 determina expresamente que no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes. De tal manera, conviene señalar que, en verdad, *no se aplica la suspensión en las situaciones en que el reo haya cometido anteriormente un delito, sino un delito doloso (no que haya sido cancelado o sea cancelable)*.

**El segundo** tema igualmente examinado, se refiere a un aspecto que debería ser reconsiderado por el legislador español, que es el tratamiento legal conferido al registro de antecedentes penales en disfavor del beneficiario de la suspensión. El Código penal del 95, inspirado por la *probation* anglosajona, había establecido una valiosa novedad que era la imposibilidad de registrar antecedentes en disfavor del reo, tras el efectivo cumplimiento de las exigencias impuestas durante el periodo de prueba. No obstante, la reforma de la LO 15/2003 ha suprimido la expresa referencia del artículo 82 CP, que disciplinaba tal cuestión. Como puede verificarse en la redacción derogada, tal precepto, antes de ser modificado por la reciente reforma de la citada Ley orgánica, determinaba que: « (...) mientras tanto, no comunicarán ningún antecedente al Registro Central de Penados y Rebeldes». Y seguía: «Si el Juez o Tribunal acordara la suspensión de la ejecución de la pena, la inscripción de la pena suspendida se llevará a cabo en una Sección especial, separada y reservada de dicho Registro, a la que sólo podrán pedir

antecedentes los Jueces o Tribunales». Así, una vez que el condenado cumpliera las condiciones impuestas al suspender la pena aplicada se cancelaban sus antecedentes penales (art. 85.2 del Código Penal derogado). De forma que consideramos un retroceso la alteración ejercida por la LO 15/2003, porque, en nuestra opinión, la cancelación de los antecedentes permitía una mejor aceptación del individuo en la sociedad, facilitando así su proceso de reintegración social. Por tanto, la regulación penal anterior, en este punto, favorecía mucho más a la consecución de lo que se espera de la suspensión que es lograr, al final, la completa reinserción social del condenado.

**La tercera** idea de análisis de inmensa relevancia —quizás la más importante— para la investigación se refiere a la novedad instituida en el Código penal del 95, que estableció la valoración de la **peligrosidad criminal del sujeto** como un elemento indispensable a la hora de conceder la suspensión. Conviene señalar que en el Código derogado, la suspensión era concedida por ministerio de la ley, es decir, se otorgaba este beneficio automáticamente cuando se cumplían las condiciones legales exigidas, constituyéndose (la suspensión), por lo tanto, en un derecho subjetivo del penado. A Diferencia del Código anterior, en la actualidad, la suspensión es una facultad del Juzgador. Así, antes de conceder la suspensión el juzgador debe valorar la peligrosidad criminal del condenado, mediante resolución motivada, ponderando el peligro que representa su libertad frente a los bienes jurídicos tutelados penalmente.

Así, el análisis de esta facultad discrecional ha sido uno de los puntos de gran interés para esta investigación, especialmente porque esta subjetiva valoración juega un papel decisivo en el momento de suspender o no la ejecución de la pena de prisión. Pues el procedimiento de suspensión pasa, necesariamente, por la valoración tanto de los requisitos objetivos establecido en la Ley penal como, también, de la peligrosidad criminal. De modo que, a pesar de entender que la idea de valorar cada caso se constituya un avance, pues permite aplicar la suspensión en aquellos supuestos en que realmente sea viable la reinserción social del delincuente, no obstante, desde nuestro punto de vista, defendemos que **la peligrosidad deba ser matizada de**

**manera distinta a la que está establecida en el Ley penal española.** Para ello, es importante considerar algunos aspectos.

Uno bastante llamativo se refiere a la propia esencia de la peligrosidad criminal. Es que la valoración de la peligrosidad es simplemente un mero juicio de probabilidad. Es decir, un juicio realizado, en momento *postdelictivo*, sobre el comportamiento social del condenado y su estado de desajuste social. Así, al observar la vida regresa y la personalidad del penado, se realiza un pronóstico —enteramente subjetivo— sobre la posibilidad de que el penado vuelva (o no) a realizar un delito en el futuro, particularmente, durante el plazo de suspensión.

Esta ardua actividad discrecional, consistente en un preocupante juicio de incertidumbre (o adivinación), puede resultar, en la práctica, un temeroso obstáculo a la aplicación de la suspensión, que es una importante alternativa a la pena de prisión de corta duración y que responde a los fines preventivo-especiales. De otra parte, debe tenerse en cuenta que el ejercicio del juicio de peligrosidad puede autorizar, como consecuencia, la ejecución de la pena de prisión de corta duración, aquí, aplicada en desfavor de un reo primario (*y que haya cometido un delito de poca gravedad*), sometiéndole a todos los efectos negativos inherente a tal pena.

Otro aspecto relevante es que, a través de la valoración de la peligrosidad, el juzgador intenta verificar el grado de integración social del sujeto. Sin embargo, nos ha inquietado profundamente, en esta investigación, el hecho de no existir claramente una definición legal acerca del significado de la expresión «**peligrosidad del reo**». El Código penal no define la extensión de su campo conceptual ni traza criterios claros que deben ser observados a la hora de ejercitar tal Juicio de peligrosidad. De modo que tal tarea ha sido realizada por la doctrina y jurisprudencia. Así, hemos observado que la doctrina mayoritaria parece adoptar como criterio elemental para que sea llevada a cabo la valoración de la peligrosidad del sujeto: **las circunstancia del hecho y del autor del delito**.

No obstante, a nuestro juicio, estos dos elementos generan un ambiente de **inseguridad jurídica**, porque concede al aplicador de la norma un *poder discrecional extremadamente amplio*, permitiéndole que decida bajo

fundamentos de contenido esencialmente subjetivo y de amplia extensión interpretativa. Ello porque la idea de peligrosidad está vinculada, necesariamente, a un **juicio de probabilidad**. Y, desde nuestro punto de vista, no hay como prever, con seguridad, al manejar tales criterios, si el reo (primario) volverá a delinquir durante el plazo de prueba. Tanto es así que en el curso de esta investigación se ha demostrado que la jurisprudencia española, al valorar la peligrosidad criminal del sujeto, varía sustancialmente con respecto al contenido de sus decisiones, dictadas frente a casos muy semejantes. Y esto porque tal valoración está ubicada en un campo de las interpretaciones subjetivas, consistiendo en una indagación de orden introspectiva y personal del juzgador. Se dice esto porque hemos detectado que existen entendimientos diferentes sobre lo que significa, exactamente, *circunstancias del hecho* y *circunstancia del autor*. Así, hemos encontrado decisiones que, al utilizar los mismos criterios, oscilan entre conceder o denegar la suspensión, aunque el contexto fáctico sea bastante parecido. Y esto ocurre porque la Ley penal no ha fijado criterios precisos dentro de los cuales puede moverse el juez al valorar los indicios de peligrosidad criminal.

Por tanto, la valoración de la peligrosidad criminal, en materia de suspensión, consiste en una actividad bastante compleja y delicada, puesto que las exigencias básicas para acceder a la suspensión ya limita bastante la posibilidad de su concesión. En esta perspectiva, conviene destacar que es condición fundamental para que sea otorgada la suspensión el hecho de observar si el reo ha delinquido por primera vez (art. 81 CP). Y tal exigencia debe ser constatada antes, incluso, de aquilatar la peligrosidad criminal del sujeto. De este modo, cabe destacar que *el individuo que solicita la suspensión es, antes de todo, un reo primario u ocasional*, que ha ejecutado un hecho delictivo de escasa potencialidad.

De esta manera, a nuestro juicio, el análisis de la peligrosidad se enfrenta a los planteamientos preventivo-especiales, especialmente porque impide que el reo, que nunca ha delinquido en su vida, acceda a la suspensión, que es un instituto despenalizador y, por supuesto, más resocializador que la cárcel, bajo la justificación (incierta, no comprobada y subjetiva) de que sea el reo posiblemente una persona peligrosa.



De otra parte, la peligrosidad criminal responde a los planteamientos de prevención general y de seguridad colectiva. Así, es forzoso reconocer que la idea que preside este instituto es, en principio, positiva, porque el análisis de la peligrosidad, en el fondo, sirve para apuntar aquellos condenados que, verdaderamente, pueden ser resocializados, tornando la suspensión todavía más eficaz. De este modo, no se puede descartar por completo el criterio de la peligrosidad.

Así, ante éste cuadro de conflicto, la solución reside en crear matices y en reducir el ámbito de aplicación del juicio de peligrosidad. En este sentido, defendemos que la peligrosidad debe ser planteada a partir de dos perspectivas:

***En la primera***, abogamos por ***eliminar de la Ley la posibilidad de valorar la peligrosidad criminal del condenado que nunca ha delinuido en su vida***. Es decir, en los supuestos en que el sujeto presenta un historial enteramente limpio, la suspensión debe ser otorgada de forma automática. Varias razones justifican tal afirmación.

Inicialmente, como se ha comentado, no se puede perder de vista que la peligrosidad es un mero juicio de probabilidad, por lo tanto un pronóstico subjetivo y, absolutamente, incierto. De modo que este juicio de incertidumbre no posee legitimidad para vedar la oportunidad de aplicar al reo primario (que presente un historial enteramente limpio) un instituto mucho más eficiente y adecuado a lo que exige la Constitución Española, al determinar que las penas privativas de libertad estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social. La suspensión está perfectamente orientada hacia este fin; de otra parte, conforma se ha demostrado, la pena de prisión de corta duración lamentablemente no promueve el fin de prevención especial.

Además, desde nuestro sentir, los requisitos del art. 81 CP limitan el margen de aplicación de la suspensión, de manera que ya restringen bastante el acceso a la suspensión, fijando, incluso, que la pena impuesta (o las impuestas) no sea superior a dos años. Es decir, la suspensión se aplica a los supuestos que no se haya presentado una elevada carga de reprobación social ni de potencialidad ofensiva.

También, la Ley penal permite someter el sujeto a prueba, aplicándole diversas condiciones, incluso bajo la amenaza de prisión, de modo que, durante la suspensión se puede mejor aquilatar la peligrosidad del sujeto. Por ello no hay motivo para realizar un juicio precipitado sobre la conducta del sujeto.

Y aún, la ejecución de la pena de prisión, en estos casos, no parece ser la mejor solución. Al contrario, las alternativas a tal pena deben ser fortalecidas y estimuladas, sobre todo cuando se trata de reo primario —que nunca ha delinquido en su vida—, que haya cometido un delito en que la pena máxima no supere dos años.

**En otra perspectiva**, consideramos correcta la realización del juicio de peligrosidad, **cuando el penado presente antecedentes penales cancelados o cancelables**. En estos supuestos, hay que valorar cada caso concretamente, confiando en la experiencia y profesionalidad de los juzgadores, que motivadamente, deben atisbar la conveniencia de suspender o no la ejecución de la pena privativa de libertad. Tal postura se justifica porque el hecho de poseer antecedentes cancelados o cancelables es un dato relevante y debe ser detenidamente examinado, porque la existencia de condena anterior puede demostrar un estado de desajuste social que comprometa la eficacia de la suspensión, aunque el antecedente haya sido cancelado o sea cancelable.

Es evidente que tal antecedente no sirve para, de pronto, vedar la aplicación de la suspensión, sin embargo, la existencia de una condena anterior merece ser tenida en cuenta a la hora de deferir la aplicación de la suspensión.

No obstante, es necesario señalar que, conforme nuestro entendimiento, la suspensión sólo debe ser denegada, fundamentándose en la peligrosidad, cuando verdaderamente los rasgos de la personalidad o de la conducta apunten la peligrosidad del sujeto y la dificultad de lograr la reinserción social a través de la suspensión. Y para ello, el legislador debe establecer en la Ley penal, como exigencia básica a ser observada antes de realizar el juicio de peligrosidad, la **elaboración de un informe criminológico** sobre la peligrosidad del condenado, para que tales informaciones puedan auxiliar (no

vincular) el juzgador a la hora de sopesar todos los elementos atinentes al tal juicio.

Además, desde nuestra opinión, defendemos que a la hora de aquilatar la peligrosidad criminal del sujeto, el juzgador debe, al analizar las circunstancias del hecho y del autor, conceder máxima relevancia a los siguientes factores: el comportamiento desarrollado por el reo posteriormente a la ejecución del delito; los esfuerzos emprendidos en el sentido de alcanzar su resocialización; la reparación del daño y, también, el riesgo que representa su excarcelación para la víctima. Estos son los elementos indispensables a tenerse en cuenta a la hora de atisbar la peligrosidad criminal del sujeto y que deben ser establecidos expresamente en la Legislación penal.

**La cuarta** cuestión que hemos observado es que la suspensión, conforme está instituida, revela —con mucha claridad— *el espíritu preventivista del legislador español, en esta materia*. Se dice esto porque la Ley penal, al establecer la suspensión de las penas privativas de libertad, ha buscado, de todos los modos, establecer en sus artículos las condiciones legales determinantes para la consecución de los fines de prevención especial, fomentando, así, la estructura normativa necesaria para permitir la ejecución de medidas que verdaderamente posibiliten la recuperación y la resocialización del condenado.

Entre las características que mejor expresan el importante progreso del instituto de la suspensión de penas privativas de libertad, en el Código penal español, debe destacarse, entre otras, las siguientes: inicialmente, a partir del Código penal del 95 se ha implantado un modelo híbrido de suspensión ya que se ha añadido elementos exclusivos del sistema anglosajón de la *probation*. Antes de la entrada en vigor de la Ley penal de 95, la condición que se imponía al conceder la suspensión era exclusivamente la de que reo no delinquiera durante el periodo de prueba (característica advenida de la *sursis*). Actualmente, además de esta condición preceptiva de no delinquir, en los casos en que la pena aplicada sea la de prisión y que el juez la estime necesaria, podrá también imponerse al reo otras obligaciones y reglas de conducta (art. 83).

A nuestro juicio, el legislador ha concedido al magistrado la posibilidad de disponer de las herramientas necesarias para promover, durante el plazo de prueba, la protección de la víctima, el control del condenado y también su recuperación y reinserción social. Ello porque al depender de las condiciones elegidas en el momento de conceder la suspensión podrá imponerse al reo determinadas obligaciones que eviten su contacto con la víctima (o sus parientes), lo que protegerá el ofendido de nuevas agresiones. La Ley penal también autoriza al magistrado a restringir los lugares en que el condenado frecuenta, lo que es una importante regla a ser aplicada principalmente en las situaciones en que el medio social interfiere directa y negativamente en la persona del penado. Además, el juzgador puede aplicar, en los casos en que estime conveniente, algunas medidas de control, como, por ejemplo, determinando al condenado que comparezca personalmente ante el Tribunal o prohibiéndole de ausentarse del lugar donde resida sin que haya la debida autorización judicial.

A más de esto, el Código penal confiere también al Juez la posibilidad de imponer otras medidas que actúen esencialmente de forma preventivo-especial, como la participación del reo en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. Sobre este tema, es importante subrayar que el legislador ha dado un tratamiento legislativo bastante osado al establecer la siguiente redacción: «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». Ello porque ha creado un catálogo abierto de condiciones que pueden ser impuestas según la necesidad preventivo-especial referente a cada caso.

A pesar de la crítica realizada por un importante sector de la doctrina, a nuestro juicio entendemos que tal regla debe ser considerada como un avance de extrema importancia, puesto que ha sido redactada con el propósito de fortalecer el proceso reeducativo del condenado, posibilitando que el juzgador establezca las obligaciones más adecuadas y más eficaces para lograr la reinserción social del penado. Por tanto, la creación de este mecanismo legal debe ser alabada porque perfecciona el proceso de individualización de las

manifestaciones judiciales y consolida el carácter recuperador y resocializador de la suspensión. De manera que, durante el plazo de prueba, se exigirá del condenado, además de la conducta de no delinquir, que cumpla las obligaciones y reglas impuestas, según las necesidades de reinserción social. Lo que no se puede olvidar es que antes de imponerse tales condiciones, el juzgador debe contar con el consentimiento del condenado y adoptar medidas que no atenten contra la dignidad del sujeto y estén justificadas por la prevención-especial.

**La quinta** problemática igualmente relevante y observada en este trabajo de investigación, se refiere a las obligaciones introducidas por las reformas realizadas por la LO 1/2004 y LO 15/2003, en materia de violencia de género. Actualmente, el Código penal, en su párrafo segundo del apartado 1, 6ª, del art. 83, determina que «si se trata de delitos relacionados con 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.ª, 2.ª y 5.ª de este apartado». Así, en los supuestos de violencia de género, cabe al juez imponer, obligatoriamente, las siguientes reglas: «Prohibición de acudir a determinados lugares»; «Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos»; y «Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares». No hay duda de que estas obligaciones se destinan a proteger a la víctima, recuperar al penado y evitar futuras agresiones contra la mujer.

Sin embargo, defendemos que la legislación penal debe establecer, expresamente, la posibilidad de acercamiento a la víctima por parte de su agresor (*sin que tal aproximación resulte en la revocación del beneficio*), siempre que dicho acercamiento se proceda con el consentimiento expreso de la víctima y que la violencia ejecutada por el agresor sea leve.

Además, ***desde nuestro punto de vista***, también consideramos que debe introducirse, entre las referidas condiciones, la posibilidad de establecer la monitorización electrónica del condenado, a través de la tecnología GPS. Ello porque este mecanismo puede evitar (o inhibir) el acercamiento del agresor a la víctima. Incluso, la tecnología GPS posibilita apuntar donde

exactamente se encuentra el agresor, alertando tanto la víctima como la policía sobre su localización.

Es necesario decir que defendemos el uso del control electrónico de forma limitada. Es decir, tal monitorización no puede ser llevada a cabo automáticamente, como las demás condiciones. Su aplicación sólo debe ser autorizada cuando se manifieste una de las tres condiciones siguientes: cuando el delito ejecutado presente una mayor potencialidad delictiva; o cuando el condenado no muestre un historial criminal enteramente limpio (exista antecedentes penales cancelados o cancelables); o cuando sea conveniente, desde el punto de vista preventivo.

**El sexto** aspecto, consiste en destacar la elevación a los dos años del límite máximo para la suspensión de las penas privativas de libertad. Los cuestionamientos sobre esta elevación deben ser analizados desde tres perspectivas distintas: cuando se trate de los supuestos en que hay una única pena a ser aplicada; cuando se refiera a las hipótesis de pluralidad de penas aplicadas; y, por último, cuando exista una pena privativa de libertad derivada del impago de la multa (*LO 15/2003*). Tiene que estudiarse a partir de estas tres vertientes porque el apartado segundo del art. 81 CP establece que: «*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*».

De manera que opinamos que, en la vertiente referente a la aplicación de una única pena, la elevación a los dos años asume significativa importancia pues amplía el ámbito de aplicación de la suspensión, evitando el ingreso en prisión (y sus efectos devastadores) de un número aún más elevado de condenados a tal pena. Sin duda, se percibe, a través de este requisito, la opción del legislador por los planteamientos preventivo-especiales al posibilitar que la suspensión se aplicase a un mayor número de supuestos.

De otro lado, en la perspectiva de las hipótesis de pluralidades de penas, es necesario posicionarse de modo distinto. Como se ha examinado durante esta investigación, en el Código penal derogado se suspendía cada una de las penas aplicadas. Es decir, cada pena podría ser suspendida siempre que no superase el periodo de un año (período máximo establecido en el código anterior). Actualmente, la suma de todas las penas impuestas no

puede superar los dos años. De esta forma debe afirmarse que la legislación actual ha restringido la posibilidad de concesión del beneficio de la suspensión, ya que todas las penas sumadas no pueden exceder de dos años. Compartimos la postura que considera este límite extremadamente exiguo porque reduce, sin explicación, el campo de aplicación de la suspensión para los casos en que haya una pluralidad de pena. A nuestro entender, en este aspecto, la orientación legal anterior debería mantenerse, o sea, debería aplicarse la suspensión a cada una de las penas, desde que estas no superasen el periodo de los dos años.

De otro modo, consideramos relevante el hecho de que la Ley penal, a partir de la reforma de LO 15/2003, haya determinado expresamente que no se incluya en el cómputo de los dos años el tiempo referente a la pena privativa de libertad originada por el impago de multa. Ello sencillamente porque nos parece injusto, deshumano e inaceptable el hecho de impedir la concesión del beneficio de la suspensión al reo simplemente porque éste no dispone de los medios económicos suficientes para abonar la multa aplicada.

**El séptimo** punto que debe señalarse es que el Código penal ha establecido un tratamiento especial a los supuestos en que el condenado haya practicado un delito a causa de su dependencia de las drogas o del alcohol. En estos casos, se han flexibilizados algunos de los requisitos generales de la suspensión, porque el legislador ha considerado que se trata de situaciones especiales por cuenta del tipo de delincuente que es un adicto a las sustancias señaladas en el número 2 del artículo 20 CP. Por tanto, para que se aplique el art. 87 CP es imprescindible que el autor del delito sea un toxicómano. Así, para estos casos las condiciones previstas en el art. 81,1 (la primariedad delictiva) y en el art. 81,2 (que la pena privativa de libertad aplicada no supere a los dos años) no impedirán la concesión de la suspensión.

Debe afirmarse que el legislador español ha sido extremadamente humano al regular esta materia. Pues, como se sabe, el lugar del delincuente toxicómano no es la prisión sino los centro de rehabilitación. Pues, desde la perspectiva preventivo-especial, es necesario atacar las causas de la violencia, recuperando el ciudadano para que no vuelva a delinquir.

Como es sabido, la exigencia del requisito de la primariedad delictiva, cuando se trata de delitos cometidos a causa de la adicción del sujeto a las drogas, reduce la posibilidad de conceder la suspensión a pocos supuestos ya que, lo más de las veces, los autores toxicómanos son reincidentes. De manera que, sensible a esta problemática, el Código penal, en su art. 87,2, autoriza a que el Juez, por resolución motivada, aplique la suspensión, «atendidas las circunstancias del hecho y del autor».

También consideramos que *ha sido acertada la elevación a los cinco años del límite máximo para la suspensión de la pena privativa de libertad, en los supuestos de drogodependientes*. Y hay una razón para ello. Es que las penas que, en general, son impuestas en disfavor de los toxicómanos, suelen exceder a los de tres años de privación de libertad (que era el límite establecido en el Código penal derogado). Así, hay que destacarse que la legislación española, al ampliar el ámbito de la suspensión para los cinco años, tras la LO 15/2003<sup>1225</sup>, ha posibilitado que la suspensión alcanzara a la medida de las penas que suelen ser aplicadas como consecuencia de los delitos que son frecuentemente ejecutados por los toxicómanos.

Entendemos que el hecho de aplicar una pena de prisión, aunque sea la de cinco años, no impedirá que el condenado, en el futuro, vuelva a cometer nuevos delitos a causa de su dependencia, si éste sigue adicto a las drogas. Así, es más benéfico para el sujeto y también para la sociedad aprovechar el momento de la aplicación de una pena privativa de libertad para exigir del reo, *como condición innegociable para que siga en libertad*, su deshabituación y asistencia en los programas de rehabilitación que son promovidos por Centros de desintoxicación. Y esta fórmula puede ser llevada a efecto a través de la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, conforme regula el art. 87 del Código penal español, que se constituye en una alternativa que verdaderamente puede evitar que el toxicómano ejecute posteriormente nuevos delitos, alcanzando el fin preventivo-especial.

---

<sup>1225</sup> Incluso, es curioso porque la reforma de la LO 15/2003, según plantea la doctrina mayoritaria ha sido “caracterizada por el endurecimiento punitivo”. PRATS CANUT, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., en comentarios al art. 87, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director) y MORALES PRATS, Fermín (coordinador). *Comentarios...* Op. Cit., p. 510.



**La octava** consideración se refiere al tratamiento legal conferido a los supuestos en que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. Igualmente en este aspecto el legislador del 95 ha conferido un tratamiento especial fundado en razones humanitarias, puesto que al constatar tal cuadro de enfermedad se puede concluir que el penado es un individuo de escasa peligrosidad criminal. De forma que la prisión parece ser un medida excesiva, inhumana y ineficaz.

Es evidente que para aplicar esta regla hay que observar algunas circunstancias como la constatación de la cronicidad del estado de salud del sujeto; las limitaciones que la enfermedad puede imponer; que no disfrute de la suspensión correspondiente a otra pena privativa de libertad; y que disponga de condiciones familiares y sociales para ser atendido. Observadas estas circunstancias la suspensión debe ser aplicada no sujetándose a los requisitos del art. 81.

A nuestro juicio, la regla del art. 80,4 CP no vulnera la seguridad jurídica ni desfigura las características de la suspensión. Ello porque se trata de un supuesto especial y como tal debe ser tratado, pues es la gravedad de salud del penado lo que justifica tal tratamiento humanitario. Hay que tenerse en cuenta que difícilmente en la cárcel el condenado conseguiría recibir un tratamiento suficientemente adecuado para alcanzar su cura o disminuir su sufrimiento. Además, esta regla se encuentra libre de cualquier sentido retributivo, quizás sea una de las más importantes expresiones de los planteamientos preventivo-especiales.

**Finalmente**, esta investigación ha observado que los presupuestos para la aplicación de la suspensión coinciden, en buena medida, con los presupuestos para la concesión de la sustitución. Así, al identificar tal problemática, esta tesis propone al juzgador un criterio claro a la hora de optar entre uno u otro sustitutivo.

De un lado, en la sustitución la pena de prisión se aplica cuando ésta no exceda de un año; o, excepcionalmente cuando no supere los dos años (por razones de prevención y reinserción social); o, en caso de extranjero no residente legalmente en España, tal pena sea aplicada en medida inferior a los seis años. De otra parte, la suspensión se aplica cuando «la pena o penas

impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años»; y, de forma especial, cuando las penas privativas de libertad no superen a los cinco años, cuando se tratar de drogodependientes; y aún, también de carácter especial, la suspensión puede ser «impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables».

Es curioso observar que tanto la suspensión como la sustitución pueden ser perfectamente aplicables en varias situaciones. Incluso porque los dos institutos exigen semejantes requisitos (*no tratarse de reo habitual; no poseer antecedentes por delito doloso; y satisfacer la responsabilidad civil*). Así, en un determinado momento, el juzgador podrá enfrentarse a una difícil problemática: decidir si se suspende la pena de prisión, si la sustituye o si se determina su cumplimiento. El Código penal no ha establecido cuál es el instituto prioritario si es la suspensión o la sustitución. De modo en España, la opción entre un u otro sustitutivo queda en manos del juez que decidirá de forma discrecional y motivada, según las exigencias del caso en concreto.

A nuestro entender la Ley penal debe establecer criterios legales claros que apunten el momento de aplicar un u otro instituto, limitando el margen de discrecionalidad judicial. De manera que defendemos la realización de una reforma legislativa que permita reducir el marco de aplicación de la sustitución, que es un instituto más punitivo que la suspensión. Incluso porque, en la práctica los órganos judiciales aplican más la suspensión de que la sustitución, especialmente cuando el penado presenta un historial criminal limpio.

Así, desde nuestro punto de vista, la valoración acerca de la posibilidad de aplicación de la sustitución debería reducirse a tres situaciones: los casos en que los condenados presenten antecedentes penales cancelados o cancelables; a los supuestos de violencia de género; y también a los extranjeros. De este modo, la sustitución debería restringirse a tales hipótesis, no incluyéndose, por supuesto, en el ámbito de concesión de la sustitución los individuos que poseen historial criminal irreprochable.

Esta solución reduciría el campo de conflicto entre la suspensión y sustitución exclusivamente a los supuestos en que el penado presente antecedentes penales cancelados o cancelables, a las hipótesis de violencia de

género y a los delitos cometidos por extranjeros. Así, dentro de este límite se debería plantear la concesión de la suspensión o de la sustitución como una fase más de la individualización de la responsabilidad penal, cabiendo al juez observar cuál es el instituto mejor se adecua a los planteamientos preventivo-especiales.

Dicho esto, conviene señalar que la regla debe ser la suspensión. Es decir, a nuestro juicio, la suspensión debería ser el único instituto a ser concedido cuando el condenado presente un historial penal enteramente limpio, o sea, no haya delinuido jamás, en ninguno momento de su vida. Y ello porque la suspensión es un instrumento utilitarista que responde a las expectativas preventivo-especiales; tanto es que, conforme destacamos en esta tesis, la investigación empírica realizada por Cid Moliné constató que tan sólo el 17.4% de los penado a los que se concedió la suspensión han reincidido en un margen de cinco años. Además, no se puede olvidar que la sustitución consiste en un mecanismo más punitivo que la suspensión. Así, la aplicación de la sustitución (como ya se ha dicho) debe limitarse a las hipótesis en que el penado haya vivido alguna experiencia criminal (presentando antecedentes penales cancelados o cancelables), en los supuestos de violencia de género y en los casos en que los delitos sean cometidos por extranjeros no residentes legalmente en España.

## **REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES.**

### **I. Decisiones de Tribunales españoles.**

#### **1. Sentencias del Tribunal Constitucional (STC).**

STC, num. 174/1987, de 3 de noviembre de 1987 [RTC 1987\174].

STC, núm. 224/1992, de 14 de diciembre de 1992 [RTC 1992\224].

STC, núm. 209/1993, de 28 de junio de 1993 [RTC 1993\209].

STC, núm. 184/1988, de 13 de octubre de 1988 [RTC 1988\184].

STC, núm. 196/1988, de 24 de octubre de 1988 [RTC 1988\196].

#### **2. Sentencias del Tribunal Supremo (STS).**

STS, núm. 200/2006, de 20 febrero de 2006 [RJ 2006\5785]

STS, núm. 409\2002, de 7 de marzo de 2002 [RJ 2002\3591].

STS, núm. 208/2000, de 18 de febrero de 2000 [RJ 2000\871].

STS, núm. 349/2004, de 18 de marzo de 2004 [RJ 2004\3120].

STS, núm. 539/2002, de 25 de marzo de 2002 [RJ 2002\4028].

STS, núm. 950/1999, de 19 de julio de 1999 [RJ 1999\6508].

STS, núm. 1597/2000, de 16 de octubre de 2000 [RJ 2000\8775].

STS, núm. 56/2001, de 26 de enero de 2001 [RJ 2001\187].

STS, núm. 578/1998, de 27 de abril de 1998 [RJ 1998\3794].

STS, núm. 90/1998, de 02 de febrero de 1998 [RJ 1998\1509].

### **3. Sentencias y Autos de Audiencia Provincial (SAP y AAP).**

#### **3.1. Sentencias y Autos del año 2008.**

AAP Barcelona (Sección 5ª), de 8 agosto 2008 [JUR 2008\328640].

AAP Madrid (Sección 27ª), de 28 julio 2008 [JUR 2008\320758].

AAP Madrid (Sección 7ª), de 28 julio 2008 [JUR 2008\328731].

AAP Madrid (Sección 16ª), de 2 julio 2008 [JUR 2008\283111].

AAP Murcia (Sección 3ª), de 2 julio 2008 [JUR 2008\345568].

AAP Madrid (Sección 27ª), de 12 junio 2008 [JUR 2008\273367].

AAP Madrid (Sección 26ª), de 11 junio [JUR 2008\211956].

AAP Barcelona (Sección 5ª), de 11 junio 2008 [JUR 2008\266024].

AAP Madrid (Sección 27ª), de 9 junio 2008 [JUR 2008\212030]

AAP Madrid (Sección 2ª), de 9 junio 2008 [JUR 2008\212028].

AAP Las Palmas (Sección 2ª), de 28 mayo 2008 [JUR 2008\250484].

AAP Tarragona (Sección 4ª), de 28 mayo 2008 [JUR 2008\204456].

AAP Barcelona (Sección 5ª), de 26 mayo 2008 [JUR 2008\195201].

AAP Barcelona (Sección 6ª), de 20 mayo2008 [JUR 2008\204804].

AAP Barcelona (Sección 20ª), de 15 mayo 2008 [JUR 2008\205069].

AAP Barcelona (Sección 9ª), de 15 mayo 2008 [JUR 2008\205054].

AAP Barcelona (Sección 9ª), de 15 mayo 2008 [JUR 2008\205085].

AAP Barcelona (Sección 2ª), de 7 mayo 2008. [JUR 2008\251727].

AAP Madrid (Sección 16ª), de 25 abril 2008 [ARP 2008\256].

AAP Las Palmas (Sección 6ª), de 23 abril 2008 [JUR 2008\197072].

AAP Barcelona (Sección 10ª), de 22 abril 2008 [JUR 2008\170793].

AAP Tarragona (Sección 2ª), de 21 abril 2008 [JUR 2008\187800].

AAP Barcelona (Sección 10ª), de 18 abril 2008 [JUR 2008\170868].

AAP Murcia (Sección 3ª), de 16 abril 2008 [JUR 2008\234366].

AAP Cantabria (Sección 1ª), de 15 abril 2008 [JUR 2008\225849].

AAP Murcia (Sección 5ª), de 15 abril 2008 [JUR 2008\356327].

AAP Girona (Sección 4ª), de 15 abril 2008 [JUR 2008\206540].

AAP Castellón (Sección 1ª), de 15 abril 2008 [JUR 2008\188448].

AAP Girona (Sección 4ª), de 14 abril 2008 [JUR 2008\206578].

AAP Tarragona (Sección 2ª), de 14 abril. [JUR 2008\179802].

AAP Barcelona (Sección 21ª), de 11 abril 2008 [JUR 2008\206603].

AAP Lleida (Sección 1ª), de 10 abril 2008 [JUR 2008\180002].

AAP Cantabria (Sección 1ª), de 10 abril 2008 [JUR 2008\226144].

AAP Madrid (Sección 7ª), de 9 abril 2008 [JUR 2008\180252].

AAP Castellón (Sección 2ª), de 7 abril 2008 [JUR 2008\189310].

AAP Guipúzcoa (Sección 1ª), de 4 abril 2008 [JUR 2008\171651].

AAP Murcia (Sección 3ª), de 3 abril 2008 [JUR 2008\198057].

AAP Madrid (Sección 27ª), de 3 abril 2008 [JUR 2008\162357].

AAP Las Palmas (Sección 1ª), de 28 marzo 2008 [JUR 2008\189988]

AAP Madrid (Sección 3ª), de 27 marzo 2008 [JUR 2008\181618].

AAP León (Sección 2ª), de 27 marzo 2008 [JUR 2008\181661].

SAP Madrid (Sección 26ª), de 26 marzo 2008 [JUR 2008\207123].

AAP Tarragona (Sección 4ª), de 25 marzo 2008 [JUR 2008\142186]

AAP Madrid (Sección 2ª), de 25 marzo 2008 [JUR 2008\181930].

AAP Toledo (Sección 1ª), de 24 marzo 2008 [JUR 2008\190299].

AAP Tarragona (Sección 2ª), de 17 marzo 2008 [JUR 2008\142330].

AAP Tarragona (Sección 2ª), de 17 marzo 2008 [JUR 2008\142300].

AAP Las Palmas (Sección 1ª), de 14 marzo [JUR 2008\164055].

AAP Las Palmas (Sección 6ª), de 14 marzo 2008 [JUR 2008\164078]

AAP Guipúzcoa (Sección 1ª), de 12 marzo 2008 [JUR 2008\173003].

AAP Barcelona (Sección 5ª), de 11 marzo 2008 [JUR 2008\142668].

AAP Girona (Sección 3ª), de 11 marzo 2008 [JUR 2008\142770].

### **3.2. Sentencias y Autos del año 2007.**

AAP La Rioja, de 16 marzo 2007 [ARP 2007\473]

AAP Madrid, de 25 julio 2007 [JUR 2007\316257]

### **3.3. Sentencias y Autos del año 2006.**

AAP Barcelona, de 19 junio 2006 [JUR 2007\186599].

AAP Barcelona, de 9 octubre 2006 [JUR 2007\111056].

AAP Tarragona, de 9 octubre 2006 [JUR 2007\251779]

AAP Sevilla, de 16 noviembre 2006 [JUR 2007\195122]

AAP Madrid, de 18 diciembre 2006 [JUR 2007\143359].

### **3.4. Sentencias y Autos del año 2005.**

SAP Guipúzcoa, de 3 enero 2005 [JUR 2005\78091]

AAP Sevilla, de 1 febrero 2005 [JUR 2005\140037]

AAP Murcia, de 2 febrero 2005 [JUR 2005\92321].

AAP Sevilla, de 2 febrero 2005 [JUR 2005\145850].

AAP Cádiz, Ceuta, de 7 febrero 2005 [JUR 2005\145660].

AAP Barcelona, de 17 febrero 2005 [JUR 2005\109536].

AAP Cádiz, Ceuta, de 2 marzo 2005 [JUR 2005\144918].

AAP Sevilla, de 2 marzo 2005 [JUR 2005\144909].

AAP Sevilla, de 2 marzo 2005 [JUR 2005\144909].

AAP Santa Cruz de Tenerife, de 10 marzo 2005 [JUR 2005\116218].

AAP Santa Cruz de Tenerife, de 29 marzo 2005 [JUR 2005\115152].

AAP Murcia, de 5 abril 2005 [JUR 2005\114932].

AAP Sevilla, de 6 abril 2005 [JUR 2005\149263].

AAP Barcelona, de 18 abril 2005 [JUR 2005\122880].

AAP Cantabria, de 25 abril 2005 [JUR 2005\113980].

AAP Barcelona, de 26 abril 2005 [JUR 2005\172001].

AAP Barcelona, de 28 abril 2005 [JUR 2005\171611].

AAP Cuenca, de 28 abril 2005 [JUR 2005\122056].

AAP Barcelona, de 25 mayo 2005 [JUR 2005\177477].

AAP Cantabria, de 2 junio 2005 [JUR 2005\148908].

AAP Las Palmas, de 6 junio 2005 [JUR 2005\189176].

AAP Barcelona, de 13 junio 2005 [JUR 2005\176543].

AAP Santa Cruz de Tenerife, de 15 junio 2005 [JUR 2005\189043].

AAP Cáceres, de 29 junio 2005 [JUR 2005\168215].

AAP Castellón, de 22 julio 2005 [JUR 2005\253415].

AAP Vizcaya, 28 julio 2005 [JUR 2005\237318].

AAP Madrid, de 9 agosto 2005 [JUR 2005\243593].

AAP Zamora, de 7 diciembre 2005 [JUR 2005\39229]

### **3.5. Sentencias y Autos del año 2004.**

AAP Tarragona, de 9 enero 2004 [JUR 2004\60841].

AAP Madrid, de 14 enero 2004 [JUR 2004\251719].

AAP Las Palmas, de 27 enero 2004 [JUR 2004\70617].

AAP Madrid, de 30 enero 2004 [JUR 2004\231287].



AAP Madrid, de 20 febrero 2004 [JUR 2004\234154].  
AAP Soria, de 26 febrero 2004 [JUR 2004\83820].  
AAP Madrid, de 12 marzo 2004 [JUR 2004\233955].  
AAP Madrid, de 23 marzo 2004 [JUR 2004\238214].  
AAP Huelva, de 19 abril 2004 [JUR 2004\200436].  
AAP Castellón, de 30 abril 2004 [JUR 2004\178808].  
AAP Madrid, de 11 mayo 2004 [JUR 2004\236951].  
AAP Madrid, de 20 mayo 2004 [JUR 2004\241475].  
AAP Barcelona, de 21 mayo 2004 [JUR 2004\189231].  
AAP Albacete, 29 de junio 2004 [JUR 2004/197373].  
AAP Madrid, de 2 junio 2004 [JUR 2004\236176].  
AAP Murcia, de 7 junio 2004 [JUR 2004\192711].  
AAP Barcelona, de 23 junio 2004 [JUR 2004\224656].  
AAP Cádiz, Ceuta, de 8 julio 2004, [JUR 2005\197704].  
AAP Madrid, de 22 julio 2004 [JUR 2004\265959].  
AAP Santa Cruz de Tenerife, de 23 julio 2004 [JUR 2004\265819]  
AAP Valladolid, de 1 septiembre 2004 [JUR 2004\262463].  
AAP Madrid, de 18 noviembre 2004 [JUR 2005\256734].  
AAP Madrid, de 19 noviembre 2004 [JUR 2005\256714].

### **3.5. Sentencias y Autos del año 2003 y de otros años.**

AAP Zamora, de 16 diciembre 2003 [JUR 2003\43587]  
AAP Madrid, de 23 octubre 2003 [JUR 2004\87743]  
AAP Castellón, de 6 octubre 2003 [JUR 2004\602]  
AAP Murcia, de 10 septiembre 2003 [JUR 2003\250643]

AAP Murcia, de 24 julio 2003 [JUR 2003\235286]  
AAP Madrid, de 18 julio 2003 [JUR 2003\256500]  
AAP Córdoba, de 10 julio 2003 [JUR 2003\219162].  
AAP Burgos, de 22 abril 2003 [JUR 2003\143320].  
AAP Cádiz, de 13 diciembre 2002 [JUR 2003\113458]  
AAP Cádiz, de 8 octubre 2002 [JUR 2002\249058]  
AAP Barcelona, de 15 julio 2002 [JUR 2002\261384]  
AAP Cádiz, de 11 junio 2002 [JUR 2002\224584]  
AAP Castellón, de 9 febrero 2002 [JUR 2002\120213]  
AAP Zamora, de 15 enero 2002 [JUR 2002\86524].  
AAP Castellón, de 20 noviembre 2001 [JUR 2002\23496].  
AAP León, de 20 febrero 2001 [JUR 2001\169378]  
AAP Barcelona, de 7 febrero 2001 [JUR 2001\146888].  
AAP Zamora, de 9 enero 2001 [JUR 2001\97235].

## **II. Decisiones de los Tribunales Brasileños.**

### **1. Supremo Tribunal Federal (STF).**

STF. HC 63.038-3-SP, 2ª Turma, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, J. 18/06/1985

STF. HC 86698/SP, Rel. Min MARCO AURÉLIO, J. 19/06/2007

STF. HC 72697/RJ, 1ª Turma Rel. Min. ILMAR GALVÃO, J. 19/03/1996

STF. HC 77619/RJ, 2ª Turma, Rel Min. CARLOS VELLOSO, J. 03/11/1998

STF. HC 73.041-8/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, J. 21/11/95

STF.HC 77045/SP, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, J. 01/09/1998.

STF. HC 77016/MG, 2ª Turma. Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, J. 12/05/1998.

STF. HC 72825/MT, 2ª Turma, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, J. 13/02/1996.  
STF. HC 72605/SP, 2ª Turma. Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, J. 17/10/1995.  
STF. HC 72423/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. MARCO AURELIO, J. 29/08/1995  
STF. HC 70871/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. PAULO BROSSARD, J. 11/10/1994  
STF. HC 70333/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, J. 22/02/1994.  
STF. HC 69800/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, J. 16/02/1993.  
STF. HC 69596/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, J. 06/10/1992.  
STF. HC 68423/DF, 2ª Turma, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, J. 07/05/1991.  
STF. HC 66256/SP, 1ª Turma, Rel. Min. MOREIRA ALVES, J. 03/06/1988.  
STF. HC 62892 / SP, 1ª Turma, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, J. 03/05/1985.  
STF. HC 60087/MG, 1ª Turma, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, J. 03/08/1982.  
STF. HC 60090/MG, 2ª Turma, Rel. Min. DJACI FALCAO, J. 03/08/1982.

## **2. Superior Tribunal de Justicia (STJ).**

STJ, 6ª T, Resp 54.695-8-SP, Rel. Min. Luiz V. Cernicchiaro, DJU 15/04/1996.  
STJ. Resp n. 56.241/RS, Rel. Min. Assis Toledo, DJU 06/02/95, p. 1.368

## **3. Tribunales de Justicia de los Estados brasileños**

TACRSP (JTACRIM 65/170)

TACRSP (JTACRIM 457/390)

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- AGUADO LÓPEZ, Sara. *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político-criminales*. Madrid, Ed. Iustel, 2008.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. «La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes en el nuevo Código Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVIII, fascículo III, septiembre-diciembre, Madrid, 1995.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes. «Protección penal de la igualdad y derecho penal de género», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 95, Madrid, Ed. CESEJ, 2008.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier (Director) y otros. *Doctrina penal de los tribunales españoles*. 2ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal, parte general*. Trad., Juan del Rosal y Ángel Torio. Buenos Aires, Editorial UTEHA, 1960.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. «Reformas introducidas en el Código penal por la L.O. 4/2000 y la L.O. 8/2000», en MOYA ESCUDERO, Mercedes (Coord.). *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*. Granada, Comares, 2001. págs. 909 a 942.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. «La pena de trabajo en beneficio de la comunidad», en *Cuadernos Jurídicos*, núm. 70, Madrid, 2000.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Lima, Editorial ARA, 2004.
- BACIGALUPO, Enrique. *Hacia el nuevo Derecho penal*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2006
- BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal, parte General*. 2ª Ed., Madrid, Editorial Akal, 1990.

- BADINTER, Robert. *La prison républicaine (1871-1914)*. Paris, Ed. Fayard 1992.
- BARATTA, Alessandro. «Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica» (trad. Emilio García-Méndez y Emiro Sandoval Huertas), en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 24, Madrid, Edersa, 1984.
- BARQUÍN SANZ, Jesús. «La suspensión condicional de la ejecución de las penas privativas de libertad desde una teoría integral del Derecho penal (101 propuesta para discusión en doctorado)». (Inédito), material utilizado durante el Curso de Doctorado en Derecho Penal y Política Criminal de la Universidad de Granada, Granada, 19 de marzo de 2007.
- BARQUÍN SANZ, Jesús. «Sistema de sanciones y legalidad penal». En *Aequitas-Revista Jurídica del Poder Judicial*, México, 2000.
- BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Trad. Francisco Tomás y Valiente. Madrid, Editorial Aguilar, 1969.
- BEMFICA, Francisco Vani. *Programa de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro, Editorial Forense, 2001.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio–ARROYO ZAPATERO, Luí- otros. *Curso de Derecho penal. Parte general*. Barcelona, Ediciones Experiencias, 2004.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón. «Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el art. 36 del código penal». En CASTELLANO RAUSELL, Pedro (director). *Las últimas reformas penales*. En *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. III, Madrid, 2005.
- BETTIOL, Giuseppe. *Derecho penal, parte general*. Trad., José León Pagano. Bogotá, Editorial Temis, 1965.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol. 1, 10ª Ed. São Paulo, Editorial Saraiva, 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol. 1, 11ª Ed. São Paulo, Editorial Saraiva, 2007.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo, Editorial Saraiva, 2006.
- BLANCO LOZANO, Carlos. *Tratado de derecho penal español*. Tomo I, Vol. 1, Barcelona, Editorial Borch, 2004.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempos de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*. Granada, Editorial Comares, 2007.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral: fato punível*. Tomo II, 5ª Ed., Rio de Janeiro, Editorial Forense, 2005.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal, parte general*. 4ª Ed., Barcelona, Editorial PPU, 1994.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan José–HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid, Editorial Trotta, 2004.
- CALDERÓN CERESO, Ángel–CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Código penal comentado*, Barcelona, Editorial Deusto, 2004.
- CANTARERO BANDRÉS, Rocío. *Sobre el derecho penal*. Madrid, Ediciones Académicas, 2005.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, parte geral*. Vol I. São Paulo, Editorial Saraiva, 2000.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. «Alternativas a la pena de prisión. Especial consideración de la suspensión de la ejecución y la sustitución», en MIR PUIG, Santiago (Dir.)–CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.)–GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.). *Nuevas tendencias en política criminal*. Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006
- CARNELUTTI, Francesco. *El problema de la pena*. Trad., Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Editorial Rodamillans S.R.L., 1999.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *A prisão*. São Paulo, Editorial Pubfolha, 2002.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español, parte general I* (Introducción. Teoría del delito /1). 4ª Ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1994.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho penitenciario*. 2ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

CERVINI, Raúl. «Las alternativas a la cárcel y el abolicionismo bajo la perspectiva del tercer milenio», en *Revista de derecho penal y procesal penal*, fasc. 1, Buenos Aires, 2006.

CID MOLINÉ, José. «El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: diagnóstico y remedios», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, artículo 2, n. 6, 2008.

CID MOLINÉ, José. «La suspensión de la pena en España: descarceración y reincidencia», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 15, 2005.

CID MOLINÉ, José. «Las penas alternativas a la prisión en la reforma penal del 2003», en *Cuadernos Penales José María Lidón*, Núm. 1. Las recientes reformas penales: algunas cuestiones. Bilbao, 2004.

CID MOLINÉ, José. «Medios alternativos de solución de controversias», en *Anuario de la Facultad de Derecho De La Universidad Autónoma De Madrid*, n. 11, 2008.

CID MOLINÉ, José. «Penas no privativas de libertad en la ley organica 15/2003 (especial mención a: trabajos en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 12, 2004.

CID MOLINÉ, José–LAURRAURI PIJOAN, E. (coordinadores). *Penas Alternativas a la prisión*. Barcelona, Editorial Bosch, 1997.

COBO DEL ROSAL, Manuel–VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1999.

COBO DEL ROSAL, Manuel (director)–otros. *Comentarios al Código penal (artículos 24 a 94)*. Tomo III. Madrid, Editorial Edersa, 2000.

- COBO DEL ROSAL, Manuel–QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *Instituciones de derecho penal, parte general*. Madrid, Editorial CESEJ, 2004.
- COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la ley orgánica 15/2003». En VIEIRA MORANTE, Francisco Javier (director). *Las penas y sus alternativas*. En *Cuaderno de Derecho Judicial*, núm. IV, Madrid, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. «A declaração universal dos direitos humanos 1948», en *Juízes para a Democracia*, n. 15, 1998.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dirección). *Código penal comentado*. Tomo I, 2ª Ed.. Barcelona, Editorial Bosch, 2004.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (Dirección)–LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (coordinador). *Comentarios al Código penal*. Tomo I. Barcelona, Editorial Bosch, 2007.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu–RUIDIAZ GARCÍA, Carmen (coordinadores). *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*. 1ª ed., Navarra, Editorial Universidad Pública de Navarra, 2000.
- CÓRDOBA RODA, Juan–RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo–DEL TORO MARZAL, Alejandro–CASABÓ RUIZ, José-Ramón. *Comentarios al código penal (artículos 23-119)*. Tomo II. Barcelona, Editorial Ariel, 1976.
- COSTA JR., Paulo José da. *Código penal comentado*. 9ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo, DRJ Editorial, 2007.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español, parte general*. 3ª ed., Madrid, Editorial Dykinson, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. «Humanismo jurídico», en *Juízes para a Democracia*, n. 15, 1998.
- DÍAZ ROCA, Rafael. *Derecho penal general (ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)*. Madrid, Editorial Tecnos, 1996.



- DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Editorial Forense, 2004.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal, parte geral*. 2ª ed., São Paulo, Editorial Revista dos Tribunais, 1998.
- DOTTI, René Ariel. *Declaração universal dos direitos do homem e notas da legislação brasileira*. 1ª ed., Curitiba, J.M Editorial, 1998.
- DAUTRICOURT, Joseph Y. «Probación y política correccional», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXIII, Fascículo 1, serie 1, nº 3, enero-abril, 1980.
- D'URSO, Luiz Flávio Borges. «Penas alternativas», en *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 18, 2003.
- FENOLL, Jordi Nieva. «Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal», en *Revista del Poder Judicial*, nº 77, 2004.
- FERNÁNDEZ DE TORCO ALONSO, Juan Manuel. «El sistema de penas en el nuevo código penal: observaciones críticas al respecto (1) (2)», en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 59, 1996.
- FIANDACA, Giovanni–MUSCO, Enzo. *Diritto penale, parte generale*. 5ª ed., Bologna, Editorial Zanichelli, 2007.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal, parte geral: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. Tomo I. Coimbra, Editorial Coimbra, 2004.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal, parte geral: as conseqüências jurídicas do crime*. Tomo II. Coimbra, Editorial Coimbra, 2005.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte geral*. ed. rev. por Fernando Fragoso. 16ª ed.. Rio de Janeiro, Editorial Forense, 2004.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. «Despenalización y privatización: ¿tenencias contrárias?», en *Revista de Derecho Penal*, n. 14, 2004.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación de las penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*. Navarra, Editorial Aranzadi, 1997.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos*. 6ª Ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. «Declaração de 1948 e penas alternativas», en *Juízes para a Democracia*, n. 15, 1998.

GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador)–BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel–ALASTUEY DOBON M, Carmen. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. 3ª Ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal, parte geral*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Editorial Impetus, 2003.

GUICHOT Y BARRERA, Joaquín. *Estudio jurídico de la condena condicional*. Sevilla, 1908.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. 2ª ed., Madrid, Editorial Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich–WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Trad., Olmedo Cardenete, 5ª ed., Granada, Editorial Comares, 2002.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal, parte general*. 1º Vol. 27ª Ed., ver. e actual. São Paulo, Editorial Saraiva, 2003.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*. Madrid, 1918.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Tomo II, 3ª ed., actual. Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1964.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. Barueri (São Paulo), Editorial Manole, 2004.

- LANDECHO VELASCO, Carlos María–MOLINA BLÁSQUEZ, Concepción. *Derecho penal español, parte general*. 7ª Ed.. Madrid, Editorial Tecnos, 2004.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 6ª ed.. Madrid, Editorial Tecnos, 2005.
- LARRAURI, Elena. «Nuevas tendencias en las penas alternativas», en la *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 53, Ed. RT, 2005.
- LARRAURI, Elena. «Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión», en BACIGALUPO, Silvina–CANCIO MELIÁ (coords.). *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, Editorial Atelier, 2005.
- LARRAURI, Elena. «suspensión y sustitución de la pena en el nuevo código penal español», en la *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 7/8, 1999.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio–MENDOZA BUERGO, Blanca–RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (coordinador). *Código penal*. Madrid, Editorial Thomson Civitas. 2004.
- LEMGRUBER, Julita. En AAVV. «La implementación de penas alternativas: algunas reflexiones», en *La implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil*, La Habana, 2006.
- LEITE, Flamarion Tavares. *O conceito de direito em Kant (na metafísica dos costumes – primeira parte)*. São Paulo, Editorial Ícone, 1996.
- LESCH, Heiko H.. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. En Cuadernos “Luís Jiménez de Asúa”, Madrid, Editorial Dykinson, 1999.
- LISZT, Franz Von. *La idea del fin en el derecho penal*. Trad. Carlos Pérez del Valle. Granada, Editorial Comares, 1995.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho penal*. Tomo III, Trad. Luís Jiménez de Asúa, 4ª ed.. Madrid, Editorial Reus S.A., 1999.
- LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho penal, parte general*. 18ª ed. Madrid, Editorial Dykinson, 2008.

- MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito penal: Introdução e parte geral*. Vol. 1, 19ª ed. Rev. e atual. São Paulo, Editorial Saraiva, 1981.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale, parte generale*. 5ª ed.. Milano, Editorial CEDAM, 2007.
- MANTOVANI, Ferrando. «La proclamación de los derechos humanos y la inefectividad de los derechos humanos». Trad., Peris Riera, Jaime M. (inédito), conferencia realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, en 9 de abril de 2006.
- MANZANARES, José Luís–CREMADES, Javier. *Comentarios al código penal*. Madrid, Editorial la Ley-Actualidad, 1996.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luís. *Individualización científica y libertad condicional*. Madrid, 1984.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja. «Desviación social y resocialización», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 23, Madrid, Edersa, 1984.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja. «El insoportable artículo 66 del Código penal», en GARCÍA VALDÉS, Carlos–CUERDA RIEZU, Antonio–MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita–ALCÁCER GUIRAO, Rafael–VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coordinadores). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I, Madrid, Editorial Edisofer, 2008.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª Ed.. Navarra, Editorial Civitas, 2005.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja–TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª Ed., Editorial Civitas, 1996.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja. Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2006, núm. 08-r1, p. r1:1-r1:44. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-r1.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 08-r1 (2005), 7 mar].

- MAQUEDA ABREU, María Luisa. *Algunas consideraciones sobre la teoría y la práctica de la «suspensión del fallo»*. En III Jornada penitenciarias andaluzas, Sevilla, 1987.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. «La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales», en GARCÍA VALDÉS, Carlos–CUERDA RIEZU, Antonio–MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita–ALCÁCER GUIRAO, Rafael–VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coordinadores). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I, Madrid, Editorial Edisofer, 2008.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2006, núm. 08-02, p. 02:1-02:13. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 08-02 (2006), 20 ene]
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. «Observaciones críticas a algunos de los aspectos de la reciente reforma sobre drogas - Ley orgánica 1/1988, 24 marzo», en *Actualidad penal, fascículo 2*, n. 44, Madrid, 1998.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. *Suspensión condicional de la pena y probation*. Madrid, 1985.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. «Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código Penal de 1995». En *Actualidad Penal*, Núm. 35, 2000.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho penal*. Trad. Juan Córdoba Roda. Tomo I. Barcelona, Ediciones Ariel, 1962.
- MAURACH, Reinhart–otros. *Derecho penal, parte general 2, formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas*, 7ª ed., trad. por Jorge Bofia Genzsch. Buenos Aires, Editorial ASTREA, 1995.
- MAYER, Max Ernst. *Derecho penal, parte general*. Trad. Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo/Buenos Aires, Editorial IB de F, 2007, p. 562.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*. 8ª ed.. Barcelona, Editorial Reppertor, 2008.

- MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1994.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ª ed, Buenos Aires, Editorial IB de F, 2002.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 4ª ed., São Paulo, Editorial Atlas, 2003.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Alternativas a la prisión», en *Cuaderno de Derecho Judicial*, núm. XXII, Madrid, 2006.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Curso de derecho penal español, parte general*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 1996.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Derecho penal, parte general – fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal*. Madrid, Editorial Dykinson S. L., 2004.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coordinador). *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*. Madrid, Editorial Dykinson S. L., 2003.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid, Editorial Tecnos, 1991.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Reforma del sistema de penas. Especial consideración a las alternativas a la pena de prisión», en BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco (coordinador). *Reforma del Código penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*. Madrid, Dykinson, S. L., 2008.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. En AAVV. «Sobre las difíciles alternativas a las penas de prisión», en *La implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil*, La Habana, 2006.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. «Valoración político-criminal sobre el sistema de penas en el código penal español», en *Cuaderno de Derecho Judicial*, núm. XVII, Madrid, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco–GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*. 7ª ed., rev., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal (parte geral e parte especial)*. São Paulo, Editorial Revista dos Tribunais, 2005.

NÚÑEZ Y PAZ, Miguel Ángel. «La aplicación de La *probation* en el derecho positivo. Suspensión del fallo y suspensión condicional de La pena», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, Madrid, 2005.

OLIVESKI BURTET, Patrícia. «Sistema penal brasileiro e as alternativas à prisão», en *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, ano 3, núm. 5, Porto Alegre, 2002.

OLMEDO CARDENETE, Miguel. *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*. Barcelona, Editorial Atelier, 2001.

OLMEDO CARDENETE, Miguel. «¿Es la *lex stricta* una garantía efectiva en Derecho Penal? », en GARCÍA VALDÉS, Carlos–CUERDA RIEZU, Antonio–MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita–ALCÁCER GUIRAO, Rafael–VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coordinadores). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I, Madrid, Editorial Edisofer, 2008.

OLMEDO CARDENETE, Miguel–ARAÚJO NETO, Felix. *Introducción al derecho penal*. Lima, ARA Editores, 2007.

ORTS BERENGUER, E.–GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de derecho penal (parte general y parte especial)*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2008.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *La reforma penal española de 2003 – práctica jurídica*. Madrid, Editorial Tecnos, 2004.

POZA CISNEROS, María. «Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los arts. 80 a 94 del código penal», en *Problemas específicos de la aplicación del código penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

PRADO, Luiz Regis, *Comentários ao código penal: doutrina, jurisprudência selecionada*. 2ª ed. ver. actual., São Paulo, Editorial RT, 2003.

- PRADO, Luiz Regis, *Comentários ao código penal: doutrina, jurisprudência selecionada*. 3ª ed. Reform., actual., y ampl. São Paulo, Editorial RT, 2006.
- PRAT WESTERLINDH, Carlos. «Alternativas a la prisión – Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003», en *Cuadernos “Luís Jiménez de Asúa”*, Madrid, Editorial Dykinson, 2004.
- PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *La dignidad de la persona - núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*. 1ª Ed. Navarra, Editorial Thomson Civitas, 2005.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director)–MORALES PRATS, Fermín. (Coordinador)–otros. *Comentarios al nuevo código penal*. 3ª Ed., Navarra, Editorial Aranzadi, 2004.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–MORALES PRATS, Fermín. *Parte general del derecho penal*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2005.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo–otros. *Manual de derecho penal, parte general*. 2ª Ed., Rev. Amp. Navarra, Editorial Aranzadi, 2000.
- REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal, parte geral*. Vol. II. Rio de Janeiro, Editorial Forense, 2003.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (coordinador). *Código penal comentado y con jurisprudencia*. 2ª Ed., Madrid, Editorial La Ley, 2007
- ROIG TORRES, Margarita. «La suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad de los delitos relacionados con la violencia de género», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm 15, Navarra, 2006
- ROSA, Fabio Bittencourt da. *Direito penal, parte geral*. Rio de Janeiro, Editorial Ímpetus, 2003.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2003.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Grecco. Rio de Janeiro, Editorial Renovar, 2002.



RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. *El sistema de penas y las reglas de determinación de la pena tras las reformas del código penal de 2003*. Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2004.

SAINZ CANTERO, José A.. «La sustitución de la pena de privación de libertad», en *Estudios Penales II, La reforma penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1978.

SÁINZ CANTERO, José A.. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. 3ª Ed., Barcelona, Editorial Bosch S.A, 1990.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. *La codelincuencia en los delitos imprudentes en el Código penal de 1995*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Barcelona, Editorial Atelier, 2002.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E. *Los delitos de incendio*. Granada, Editorial Comares, 2000.

SANCHEZ, Jean-Lucien. *Les lois Bérenger* (lois du 14 août 1885 et du 26 mars 1891) Revista CRIMINOCORPUS. 2005. Dossier n.º 1. Disponible en internet: <http://www.criminocorpus.cnrs.fr/article44.html> ISSN 1776-0720

SÁNCHEZ MELGAR, J. (coordinador). *Código penal, comentarios y jurisprudencia (artículos 1 a 237)*. Vol. I. Madrid, Sepin Editorial Jurídica, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid, Ed. Tecnos, 1991.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I.. *Las penas en el nuevo código penal (ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)*. Granada, Editorial Comares, 1996.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I. En AAVV. *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*. Granada, Editorial Comares, 1995.

- SERRANO PASCUAL, Mariano. *Las formas sustitutivas de la prisión en el derecho penal español*. Madrid, Ed. Trivium, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. «La suspensión condicional de la ejecución de la pena principal privativa de libertad y la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio», en *Actualidad penal*, n. 39, Madrid, 1999.
- SMITH, Graham. «Desenvolvimentos recentes no serviço de *probation* na Inglaterra e País de Gales», en *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, trad. PEREIRA, Luís de Miranda, v. 7, n. 2, Coimbra, 1997.
- SOBREMONTA MARTINEZ, José Enrique. «Proyecto (1980) de Código penal y las penas cortas de prisión», en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 18, Madrid, Edersa, 1982.
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general I*. Trad. Cancio Meliá y Sancinetti. Navarra, Ed. Aranzadi, 2005.
- SUÁREZ LÓPEZ, José María. *El concurso real de delitos*. Madrid, Ed. EDESA, 2001.
- SUÁREZ LÓPEZ, José María. *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código penal español*. Granada, Ed. Comares, 2000.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel – PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de derecho penal, parte general*. Tomo I, 2ª Ed.. Madrid, Editorial Civitas, 2004.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador)– JUDEL PRIETO, Ángel – PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de derecho penal, parte general*. Tomo I, 5ª Ed.. Madrid, Editorial Civitas, 2007.
- TELES, Ney Moura. *Direito penal I, parte geral – art. 1º a 120*. Vol. I. São Paulo, Editorial Atlas, 2004.
- TÉLLEZ AGUILERA, Abel. «Las alternativas a la prisión en el derecho español: una visión panorámica con ideas para matar a la mala hierba de la inseguridad jurídica», en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Madrid, 2005.

VAELLO ESQUERDO, Esperanza. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Alicante, 2004.

VALMAÑA OCHAÍTA, Silvia. *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el derecho penal español*. Madrid, Ministerio de Justicia, 1990.

VARONA GÓMEZ, Daniel. La reforma de las penas no privativas de libertad (LO 15/2003): ¿Un paso adelante en el sistema de penas alternativas a la prisión? *Revista Española de Investigación Criminológica*. 2004. N.º 2. Disponible en internet: <http://www.criminologia.net/contenidos/revistaContenido/2/AC0404.pdf>. ISSN 1696-9219 [REIC AC-04-04].

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina–TORRES ROSELL, Núria–LUQUE REINA, M. Eulàlia. *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2006.

VITAL DE ALMEIDA, Ricardo. *O Júri no Brasil - Aspectos constitucionais - soberania e democracia social - equívocos propositais e verdades contestáveis*. São Paulo, Editorial EDIJUR, 2005.

VIVES ANTÓN, Tomás S. (coordinador)–otros. *Comentarios al código penal de 1995*. Vol. I (Arts. 1 a 233). Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1996.

YAÑEZ ROMÁN, Pedro-Luis. «La condena condicional en España: apuntes para su historia», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 25, Fascículo 2, mayo-ago, Madrid, 1972.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl–ALAGIA, Alejandro–SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires, Editorial EDIAR, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho penal, parte general*. Buenos Aires, 2005.

ZULGALDÍA ESPINAR, José Miguel (director)–otros. *Derecho penal. Parte general*. 2ª Ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2004.