

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 15

La ejecución de las penas

*Ángel Luis Ortiz González / Ester Blay Gil / José Antonio Rodríguez Sáez /
Jesús Pueyo Roderó / Enara Garro Carrera/ Borja Vigo Cubilledo /
Iñaki Subijana Zunzunegi / Daniel Varona Gómez*

Cuadernos penales

José María Lidón

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 15

La ejecución de las penas

Ángel Luis Ortiz González
Ester Blay Gil
José Antonio Rodríguez Sáez
Jesús Pueyo Rodero
Enara Garro Carrera
Borja Vigo Cubilledo
Iñaki Subijana Zunzunegi
Daniel Varona Gómez

Bilbao
Universidad de Deusto
2019

Consejo Asesor:

Carmen Adán del Río
Adela Asúa Batarrita
Juan Mateo Ayala García
Juana Balmaseda Ripero
Juan Luis Ibarra Robles
Inmaculada de Miguel Herrán
Miren Ortubay Fuentes
Ana Palacio de Begoña
Federico Ruiz de Hilla Luengas
Reyes San Emeterio Peña

Directora:

Itziar Casanueva Sanz

Secretaria:

María Soledad Gil Nobajas

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

ISBN: 978-84-1325-038-0
Depósito Legal: BI - 1154-2019

Índice

Presentación	
<i>M.^a Josefa Barbarín Urquiaga y Eider Barrenetxea Beaskoetxea</i>	9
Tutela judicial en la ejecución de las penas y medidas de seguridad: tribunal sentenciador y juez de vigilancia penitenciaria	
<i>Ángel Luis Ortiz González</i>	13
Algunas aportaciones desde la criminología para una reflexión en torno a la tutela judicial efectiva en la ejecución de las medidas penales alternativas	
<i>Ester Blay</i>	45
La motivación de las resoluciones judiciales discrecionales en la fase de ejecución del proceso penal	
<i>José Antonio Rodríguez Sáez</i>	77
La nueva regulación del comiso en el Código Penal	
<i>Jesús Agustín Pueyo Rodero</i>	109
Reparación e individualización de la pena: insuficiencias de <i>lege lata</i> y de la praxis jurisprudencial	
<i>Enara Garro Carrera</i>	131
Problemática de la ejecución de las penas del artículo 48 del Código Penal	
<i>Borja Vigo Cubilledo</i>	167
Los modelos de inejecución condicionada de la pena de prisión	
<i>Ignacio José Subijana Zunzunegui</i>	205
Fundamentación y aplicación práctica de la suspensión de la pena de prisión	
<i>Daniel Varona Gómez</i>	229

Presentación

M.^a Josefa Barbarín Urquiaga

Magistrada de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa

Eider Barrenetxea Beaskoetxea

Profesora asociada de la Universidad de Deusto

1. Esta edición de *Cuadernos Penales* es una recopilación de las ponencias presentadas en las XV Jornadas de Derecho penal en homenaje a José María Lidón, celebradas en el Palacio de Justicia de Bilbao los días 8 y 9 de noviembre de 2018, promovidas por el Departamento de Administración Pública y Justicia del Gobierno Vasco y del Consejo General del Poder Judicial, bajo el título de «La ejecución de las penas».

La iniciativa se ha venido manteniendo en el tiempo, en recuerdo, precisamente, a la trayectoria personal y jurídica seguida por José María, tan vinculada y comprometida con las personas y sus necesidades, en búsqueda de un Derecho Penal que aunara rigor intelectual y humanidad a partes iguales.

2. Las XV Jornadas de Derecho penal en homenaje a José María Lidón debían abordar la problemática actual de la ejecución en esta jurisdicción, considerando tanto los principios informadores (e inspiradores) del Derecho penal como el Código penal vigente, haciendo especial hincapié en las consecuencias de la última gran reforma del texto legal de 2015, desde una perspectiva crítica y constructiva.

Con la elección de dicho tema se pretendía paliar una sensación compartida de que «la ejecución» es la gran desconocida e ignorada en Derecho penal, con las negativas consecuencias que ello acarrea para quienes sufren sus consecuencias: las personas condenadas; sin olvidar que ello también redundo negativamente en el resto de la sociedad, en especial, las víctimas de los delitos, quienes a menudo ven frustradas sus expectativas por el tortuoso camino que suele seguir la efectiva materialización de la decisión judicial.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-1325-038-0, núm. 15/2019, Bilbao, págs. 9-11

3. El primer día de las jornadas, el Secretario General de Instituciones Penitenciarias, Ángel Luis Ortiz González, hizo una introducción a la materia en una ponencia sobre la tutela judicial en esta fase procesal considerando la participación tanto del/de la jueza sentenciador/a como del juez/a de Vigilancia Penitenciaria.

A continuación, Ester Blay Gil, Doctora en Derecho Penal de la Universidad de Girona, profundizó en la misma materia desde una visión criminológica y verdaderamente crítica con todos los operadores a los que atañe la misma.

Como colofón a dicha visión, José Antonio Rodríguez Sáez, Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona realizó un repaso por la realidad judicial en dicha área, proponiendo una lectura garantista y conforme a los principios democráticos y sociales que deben inspirar la ejecución penal.

Por la tarde fue el turno de pormenorizar la forma de aplicar la letra de la ley, correspondiendo, en primer lugar, al Magistrado de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Jesús Pueyo Rodero, desgranar las complejas figuras del comiso y la recuperación de activos para, a continuación, escuchar a la Doctora de Derecho Penal de la EHU-UPV, Enara Garro Carrera, disertar sobre las deficiencias y praxis judicial —no siempre acertada— respecto al comportamiento postdelictivo de las personas condenadas, y, más concretamente, sobre las consecuencias que habitualmente devienen en la individualización de la pena por la reparación del daño. A pesar de que la realidad que diariamente parecían valorar los/las jueces/juezas y magistrados/as asistentes a las jornadas podía distar del panorama expuesto por la oradora, ciertamente, su ponencia dio pie a la reflexión general.

La tarde concluyó con dos ponencias absolutamente prácticas de la mano del abogado del Colegio de la Abogacía de Bizkaia Borja Vigo Cubilledo y del coordinador del Servicio Vasco de Gestión de Penas, Heraclio Varona Uriarte. El primero centró su plática en la problemática de las prohibiciones de aproximación y comunicación previstas en el art. 48 del Código Penal, comentando sus entresijos y realizando una propuesta de reforma e interpretación jurídica más justa y razonable en su aplicación. Por su parte, el coordinador del Servicio Vasco de Gestión de Penas ilustró a los/as comparecientes sobre los datos estadísticos y realidad actual del devenir de los trabajos en beneficio de la comunidad, así como de la enorme dificultad de un seguimiento adecuado debido a la escasez de medios.

La jornada del segundo día albergó tres ponencias. En primer lugar, Iñaki Subijana Zunzunegi, Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, revisó las formas que permiten la inejecución de la pena de

prisión, cuya visión fue complementada por la Magistrada del Juzgado de lo Penal n.º 7 de Bilbao, Idoia Uncilla Galán, quien, desde su amplia experiencia, refirió los requisitos que deben cumplirse para la suspensión de dichas penas de prisión, así como la interpretación más beneficiosa al reo. Por último, las jornadas dieron paso a la crítica que hizo Daniel Varona Gómez, Doctor en Derecho Penal en la Universidad de Girona y Magistrado Suplente en la Audiencia Provincial de Girona a la regulación de la suspensión de la pena.

Sin duda, las jornadas se caracterizaron por la visión crítica de todos/as los/as ponentes, así como de los/as asistentes, concluyendo que, a pesar de los errores y dificultades, es un ámbito en el que merece la pena invertir esfuerzo e imaginación en favor de una ejecución penal más justa, que atienda las necesidades e intereses de las personas concernidas, protegiendo, paralelamente, los intereses de toda la colectividad.

4. Tanto las jornadas como estos *Cuadernos Penales* no serían posibles sin todas las personas que, de una u otra manera, han participado en las mismas; las que ayudan en su organización (Gobierno Vasco, Consejo General del Poder Judicial y Universidad de Deusto), quienes aceptan la propuesta para ser ponentes o moderadores/as y quienes asisten a las mismas.

Gracias, eskerrik asko

Tutela judicial en la ejecución de las penas y medidas de seguridad: tribunal sentenciador y juez de vigilancia penitenciaria

Ángel Luis Ortiz González

Secretario General de Instituciones Penitenciarias

Sumario: I. Introducción. II. Disposición Adicional 5.ª. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 82.1 5.º de la citada Ley. III. Disposición Adicional 5.ª. 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. IV. Juez competente para expedir una orden de busca y captura en un quebrantamiento de condena. V. Competencias coincidentes entre el juez de vigilancia penitenciaria y el juez de Instrucción. VI. Valoración y control del pago de la responsabilidad civil por el juez de vigilancia penitenciaria y por el tribunal sentenciador. VII. Problemas competenciales en las medidas de seguridad. 1. Intervención del juez de vigilancia penitenciaria y del tribunal sentenciador cuando la medida de seguridad no es privativa de libertad. 2. Especial referencia a la competencia del juez de vigilancia penitenciaria en la medida de seguridad de libertad vigilada postpenitenciaria. 3. Concurrencia de medidas y de medidas y penas, en los supuestos de afectar a personas inimputables o semiinimputables. 4. Modificación, sustitución, mantenimiento o cese de una medida de seguridad acordada por el juez de vigilancia penitenciaria aplicando el artículo 60 del Código Penal. VIII. Intervención del juez de vigilancia penitenciaria y del tribunal sentenciador en la pena de prisión permanente revisable. IX. Intervención del juez de vigilancia penitenciaria y del tribunal sentenciador en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. X. Intervención del juez de vigilancia penitenciaria en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. XI. Conclusiones. XII. Bibliografía.

Resumen Este artículo analiza algunas de las principales dificultades apreciadas en relación con la ejecución de penas y medidas de seguridad en el sistema español. Particularmente, se abordan los problemas de competencia que surgen entre el tribunal sentenciador y el juez de vigilancia penitenciaria a la hora de tomar determinadas decisiones que afectan al interno.

Palabras clave: Ejecución penal, juez de vigilancia penitenciaria, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica General Penitenciaria, tribunal sentenciador.

I. Introducción

Hace 39 años, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en lo sucesivo LOGP)¹, fue la primera Ley Orgánica promulgada tras la aprobación de la Constitución española de 1978. Con esa norma se derogaba el Reglamento de los Servicios Penitenciarios que regía la actividad penitenciaria desde el año 1956. La nueva LOGP quería llenar de luz y de derechos el sistema penitenciario que durante el régimen anterior tuvo especial protagonismo, pues la estancia en prisión se caracterizaba por una falta generalizada de derechos.

Dicha ley reconocía todo un sistema de garantías jurídicas, proclamaba el principio de legalidad en el cumplimiento de penas y la igualdad de derechos de los internos, indicaba los fines de las penas privativas de libertad, aseguraba la asistencia médica, la necesidad desde la voluntariedad del tratamiento, fomentaba un régimen de comunicaciones con el exterior (permisos de salida), aseguraba el régimen sancionador con garantías procedimentales, consagraba el respeto a la libertad religiosa, reconocía el trabajo retribuido e introducía la individualización científica del penado para clasificarle en el grado de tratamiento más adecuado a sus circunstancias. Sin lugar a dudas, gracias a la LOGP se ha podido transformar el sistema penitenciario español.

El panorama que se diseñaba por el nuevo marco jurídico permitía que la persona en prisión, aunque estuviera cumpliendo una condena privativa de libertad, pudiera convivir con otros reclusos como auténticos sujetos de derechos. De esa forma el derecho penal de ejecución estaba presidido por un régimen de garantías, tenía un contenido tratamental y proclamaba su vocación de ser socialmente reinsertador, la actuación penitenciaria dejaba de ser una pura y dura retribución, para tener una función esencialmente rehabilitadora.

¹ BOE núm. 239, de 5 de mayo de 1979.

La creación del juez de vigilancia penitenciaria en la LOGP supuso la salvaguarda de los derechos de los internos corrigiendo los abusos y desviaciones que puedan producirse en el cumplimiento del ordenamiento jurídico. La aparición de ese tipo de juzgados permitió hacer realidad el mandato contenido en el artículo 117.3 de la Constitución española de 1978, en el sentido que la potestad jurisdiccional, no sólo comprende el juzgar, sino también el hacer ejecutar lo juzgado. De esa forma se judicializaba el control de la ejecución de la pena privativa de libertad y se superaba el viejo sistema existente en el régimen anterior, en el que el Patronato Central de Nuestra Señora de la Merced para la Redención de Penas por el Trabajo, era el encargado de controlar ese tipo de condenas. Se trataba de un órgano complejo que presidía el Director General de Prisiones y del que formaban parte miembros de la Acción Católica y de diversas cofradías asistenciales. Dicho Patronato tenía delegaciones locales en cada municipio, siendo presidido por el alcalde, el párroco y una mujer de «reconocida caridad y celo» vinculada generalmente a Acción Católica. Como puede observarse, la ejecución de la pena de prisión, en aquella época quedaba al margen del control judicial.

Pocas figuras como la del Juez de Vigilancia Penitenciaria tienen en España una trayectoria histórica tan peculiar, su evolución hubiera sido más propia de los países anglosajones. La parquedad normativa que la vino a crear se ha ido completando con normas posteriores y con los criterios de actuación que han ido aprobando los jueces de vigilancia penitenciaria en las sucesivas reuniones que han celebrado y que, con mayor o peor fortuna, han permitido acotar, precisar y desarrollar el ámbito de su actuación jurisdiccional.

La figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, como juez que controla la ejecución penal, ya era conocida en otros regímenes jurídicos, pero era absolutamente extraña al entonces vigente sistema judicial español. Eran conocidos los antecedentes de Brasil (primer Estado que instituye esta función jurisdiccional) así como la existencia de figuras similares en países de nuestro entorno socio-cultural, como era el caso de Portugal, Francia e Italia, pero ninguna de esas figuras tenía su equivalencia en el derecho español, tampoco el modelo de cada uno de estos sistemas judiciales de referencia era similar entre sí, por lo que el legislador español optó por un modelo mixto que combina elementos del sistema francés e italiano.

La naturaleza jurídica de ese tipo de jueces es híbrida, ya que en sus atribuciones confluyen competencias de distinto origen y contenido, así por ejemplo tienen funciones netamente jurisdiccionales en materia penal cuando resuelve sobre la concesión o no de una libertad condicional

(art. 90 y 91 del Código Penal) o cuando deciden sobre el abono de un periodo de tiempo pasado en prisión provisional (art. 58 del CP) o sustituyen una pena por una medida de seguridad (art. 60 del CP). Por otra parte, son jueces revisores de decisiones administrativas, similares a los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando resuelven los recursos que presentan los internos contra los actos de la Administración penitenciaria en los que se deniegan permisos de salida o no concede una progresión de grado (art. 76.2 letras i y f de la LOGP). Pero también son órganos con funciones consultivas, cuando elevan propuestas a los tribunales sentenciadores (art. 98 del CP) para que se sustituya, cese o se suspendan las medidas de seguridad, o cuando al amparo del artículo 206 del Reglamento Penitenciario informa acerca de la concesión o no de los indultos que proponen las juntas de tratamiento de los centros penitenciarios. Y por último, son una especie de Defensor del Pueblo del interno, cuando al amparo del artículo 76.2 letra g de la LOGP, resuelven las quejas o peticiones de los internos cuando se ven afectados derechos fundamentales e incluso al igual que dicha Institución pueden llegar a realizar propuestas (art. 77 de la LOGP) en relación con la organización, desarrollo y ordenación de la convivencia y las actividades en el interior de los centros penitenciarios.

La labor que realizan los jueces de vigilancia penitenciaria junto con las competencias que también tienen encomendadas los tribunales sentenciadores, suponen un control judicial auténtico de la ejecución penal, llenándose de esa forma esa parte del proceso.

En la actualidad, el trabajo realizado durante los últimos 39 años ha dado lugar a que exista una consolidada jurisprudencia proclamada por el Tribunal Constitucional y a la que sin duda también han contribuido los diferentes pronunciamientos que día a día realizan los jueces de vigilancia penitenciaria, en relación con los derechos fundamentales de los internos, en materias tales como las exploraciones radiológicas en prisión, la alimentación forzosa, la utilización de medios coercitivos sobre los internos, los registros en las celdas, los cacheos corporales, el régimen de comunicaciones orales, escritas y telefónicas con el exterior, etc.

El pasado 1 de octubre de 2018 se cumplieron 39 años de funcionamiento de los juzgados de vigilancia penitenciaria, la LOGP empieza a experimentar los primeros signos del denominado «síndrome de los cuarenta». Hoy en día se pueden identificar en la LOGP algunos achaques propios de la edad, algunas carencias propiciadas por el Código Penal aprobado en el año 1995, que desde su aprobación ha sido objeto de 26 reformas. Dicho Código Penal ha introducido nuevas penas y medidas alternativas al tiempo que ha modificado sustancialmente fi-

guras tales como la libertad condicional, sin que todas esas novedades hayan tenido su reflejo en la LOGP.

En lo que afecta al marco jurídico que regula las competencias de los jueces de vigilancia penitenciaria, hay que señalar que el mismo es disperso, confuso e incompleto. Los tres artículos (76, 77 y 78) que dentro de la LOGP se refieren a esos juzgados no contienen normas orgánicas ni ninguna regulación procesal que indique cómo tiene que transcurrir su actividad. Fue necesario que el Tribunal Supremo en el año 1981, unos días antes de que empezaran a funcionar, dictara unas «prevenciones» para indicar cuáles debían ser los trámites a seguir por esa clase de juzgados. Incluso ese vacío normativo dio lugar a que el propio Tribunal Constitucional en diferentes sentencias (Sentencias de 30/7/1983 y 21/1/1987) reconociera plenamente el carácter jurisdiccional de la actividad de los juzgados de vigilancia penitenciaria incardinando su función dentro de la ejecución penal y al mismo tiempo, proclamara que esos órganos velan por las situaciones que afectan a los derechos y libertades de los presos condenados, también garantizan la individualización penitenciaria y judicial de la pena y garantizan el principio de legalidad de la pena en todas sus dimensiones incluida la ejecución.

Además de los tres artículos mencionados dentro de la LOGP, existen un número de disposiciones dispersas a lo largo de diferentes leyes y reglamentos que completan el régimen jurídico de los juzgados de vigilancia penitenciaria. Esas disposiciones son las siguientes:

- Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 94, 95 y Disposición Adicional 5.^a, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio).
- Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial (art. 45).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Código Penal (arts. 36, 49, 58, 60, 78, 90, 91, 92, 98, 105 y 106).
- Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 991 a 994, así como todos los artículos relativos a cuestiones procesales y recursos).
- Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales de la Unión Europea (arts. 64, 65, 72, 74, 75, 76, 86 y 90).
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (art. 13).
- Reglamento de los Servicios de Prisiones aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956.
- Reglamento General penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo.

- Reglamento penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.
- Reglamento de Trabajos penitenciarios, aprobado por Real Decreto 782/2001, de 6 de julio.

Ese *maremagnum* normativo genera en la práctica unas veces disposiciones contradictorias, otras veces situaciones confusas, y en otros casos, conflictos de competencias entre los jueces de vigilancia penitenciaria y los tribunales sentenciadores o con otros tribunales de la jurisdicción penal. Al mismo tiempo la falta de una normativa procesal sistematizada y coherente, ha dado lugar a un hecho insólito en la Administración de Justicia, los propios jueces de vigilancia penitenciaria se convierten periódicamente en una especie de «poder legislativo» al ir actualizando sus criterios de actuación².

II. Disposición Adicional 5.ª.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 82.1.5.º de la citada Ley

Como ejemplo evidente de disposiciones contradictorias se puede mencionar la Disposición Adicional 5.ª.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial³ (en lo sucesivo LOPJ), que regula de forma distinta a como lo hace el artículo 82.1.5.º de esa misma Ley, respecto a qué tribunal es el competente para resolver los recursos de apelación, cuando afectan a la clasificación de los penados. Por ese motivo, los jueces de vigilancia penitenciaria en su última reunión realizaron una propuesta de procedimiento que aparece como criterio de actuación n.º 128 9, y acordaron por unanimidad que «será competente para el conocimiento y resolución del recurso de apelación la Audiencia Provincial correspondiente al territorio donde el juez de vigilancia penitenciaria ejerza su jurisdicción, salvo que el Tribunal sentenciador sea un Tribunal Superior de Justicia

² La última actualización de los criterios de actuación de los jueces de vigilancia penitenciaria se ha producido en la reunión del mes de mayo de 2018 celebrada en A Coruña.

³ BOE núm. 157 de 2 de julio de 1985. Disposición Adicional 5.ª.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «Las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado.

En el caso de que el penado se halle cumpliendo varias penas, la competencia para resolver el recurso corresponderá al juzgado o tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de que coincida que varios juzgados o tribunales hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar».

o el Tribunal Supremo, en cuyo caso corresponderá conocer a éstos. En el supuesto de que la resolución hubiese sido dictada por el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, corresponderá conocer del recurso de apelación a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional».

Hay que tener en cuenta que ese pronunciamiento de los jueces de vigilancia penitenciaria se enmarca dentro de una propuesta que realizan dichos jueces respecto a la necesidad de contar con una ley procesal nueva, en la que estiman necesario que el recurso de apelación se regule en la forma indicada.

El marco jurídico actual es diferente, según se trate de una materia de ejecución o de régimen, así se deduce de los puntos 2 y 3 de la DA 5.^a de la LOPJ. El órgano *ad quem* será el tribunal sentenciador cuando se trate de una materia de ejecución y clasificación y será la audiencia provincial de la que dependa el juzgado de vigilancia penitenciaria cuando se trate de cuestiones de régimen y demás materias.

El contenido de la DA 5.^a.2 de la LOPJ entra en contradicción con lo dispuesto en el artículo 82.1 5.º de la LOPJ. Este artículo dispone que las audiencias provinciales conocerán en el orden penal de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones de los jueces de vigilancia penitenciaria, cuando la competencia no corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (según redacción dada por LO 1/2009).

Los jueces de vigilancia penitenciaria en sus criterios de actuación dieron prioridad a lo que disponía el artículo 82 de la LOPJ respecto de lo que establecía la DA 5.^a.2. Sin embargo, el Tribunal Supremo acordó por mayoría que la competencia para conocer de las apelaciones (en materia de clasificación) correspondía al tribunal sentenciador. Un Auto de 5 de abril de 2003 de la citada Sala ha ampliado no sólo la clasificación sino también todas las materias de ejecución, entre ellas, la libertad condicional. Con ese Auto se resolvió un conflicto negativo de competencia entre la Audiencia Provincial de Madrid y la Audiencia Provincial de Burgos y se decidió que la competencia correspondía a la Audiencia Provincial de Burgos por ser el tribunal sentenciador que impuso la pena mayor.

Con la reforma realizada a través de la Ley Orgánica 5/2003⁴, se precisa que cuando el penado cumple varias penas, la competencia para resolver el recurso corresponderá al juzgado o tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de

⁴ Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial. BOE núm. 127 de 28 de mayo de 2003

que coincida que varios juzgados o tribunales hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar.

Si una de esas condenas la impuso la Audiencia Nacional, la competencia para conocer del recurso corresponde a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ya que su competencia es excluyente (art. 94.4.2.º LOPJ).

Al mencionar la DA 5.ª de la LOPJ en su punto 2 que el tribunal competente para resolver los recursos de apelación contra las decisiones de los jueces de vigilancia penitenciaria en materia de ejecución de penas es el «tribunal sentenciador», habilita la posibilidad que un juez de lo penal revise las decisiones de un juzgado de vigilancia penitenciaria. En definitiva, un órgano unipersonal supervisa a otro órgano unipersonal, alterando o desvirtuando el carácter devolutivo del recurso de apelación.

III. Disposición Adicional 5.ª.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Una de las situaciones confusas es la creada por la Disposición Adicional 5.ª apartado 3 de la LOPJ⁵. La interpretación de esta norma no genera dudas respecto a la posibilidad de recurrir en apelación la no autorización por el juez de vigilancia penitenciaria de una propuesta favorable de permiso por la Junta de Tratamiento (artículo 161 del Reglamento Penitenciario). Sin embargo, existen algunas Audiencias Provinciales y algunos jueces de vigilancia penitenciaria que consideran que no es susceptible de recurso de apelación la resolución del juez cuando resuelve la queja del interno frente a una decisión de la Junta de Tratamiento en la que se le deniega un permiso de salida (art. 162 del Reglamento Penitenciario). Esa cuestión fue llevada al Tribunal Constitucional, el cual en sentencia n.º 167/2003⁶ consideró que no se pro-

⁵ Disposición Adicional 5.ª apartado 3.º de la LOPJ: «Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario».

⁶ El Tribunal Constitucional califica la Disposición Adicional 5.ª de la LOPJ «poco clara e insatisfactoria». Concluye en esa sentencia que «la interpretación de los requisitos procesales y supuestos en que, conforme a la ley, proceden los recursos corresponde a los Tribunales ordinarios, no debiendo este Tribunal Constitucional revisar sus decisiones en la

ducía ninguna vulneración constitucional, ya que se trata de una materia de interpretación de la legalidad ordinaria.

En la práctica, esa libertad de interpretación está produciendo que los internos, en función de la provincia en la que se encuentren cumpliendo la condena, tengan la posibilidad o no de poder recurrir en apelación los autos que dicten los jueces de vigilancia penitenciaria cuando resuelven las quejas que remiten al mismo respecto de las denegaciones de permiso de salida por las juntas de tratamiento.

IV. Juez competente para expedir una orden de busca y captura en un quebrantamiento de condena

En el supuesto de producirse el quebrantamiento de condena tras la salida de un permiso de salida, según el Tribunal Supremo en auto dictado el 5/3/2009 recaído en el recurso n.º 20495/2008⁷, resolviendo un conflicto de competencias entre un juzgado de vigilancia penitenciaria y un juzgado de lo penal, el competente para dictar la orden de busca y captura es el tribunal sentenciador, mientras que el legislador no lleve a cabo con mayor precisión la distribución de competencias. La decisión adoptada por el Tribunal Supremo parece razonable, ya que el juez de vigilancia penitenciaria desconoce las incidencias y la duración de la condena, la cual puede verse afectada por indultos o por la prescripción de la misma.

El juez de vigilancia penitenciaria recuperará su competencia cuando de nuevo el interno sea ingresado en prisión. Hay que tener en cuenta que la decisión de ingresar en prisión corresponde al tribunal sentenciador, que además es el que aprueba la liquidación de condena y el licenciamiento definitivo. Ese auto del Tribunal Supremo permite diferenciar las competencias entre el tribunal sentenciador y el juez de vigilancia. Al primero le corresponderían las incidencias que se produzcan en la ejecución de las penas privativas de libertad y al segundo se le asigna todo lo que tuviera que ver con la forma de ejecución de la pena.

A pesar de ese pronunciamiento del Tribunal Supremo, en la práctica pueden aparecer problemas, cuando el penado que quebranta la condena

vía de amparo más que cuando se haya producido una denegación de la admisión a trámite del mismo arbitraria, irrazonable, *intuitu personae*, o incurriendo en error patente».

⁷ Auto del Tribunal Supremo de 5/3/2009: «los internos deberán permanecer en el establecimiento a disposición de la autoridad que hubiere decretado su internamiento o para cumplir las condenas que se les impongan hasta el momento de su liberación».

se encuentre cumpliendo por diferentes responsabilidades. Esta situación es un ejemplo más de lo conveniente que sería el unificar en un solo órgano judicial las competencias que respecto de la ejecución penal, actualmente desarrollan los jueces de vigilancia y los tribunales sentenciadores.

En el supuesto de existir más de un tribunal sentenciador, también pueden aparecer dudas acerca de cuál de ellos sería el competente para expedir la orden de busca y captura, o si todos deben acordarla cuando el penado quebranta las condenas que está cumpliendo.

Existe también la posibilidad de que la orden de busca y captura tenga que ser expedida cuando el penado se encuentra en libertad condicional y la misma tenga que ser revocada. En estos casos, dada la naturaleza jurisdiccional de la decisión del juez de vigilancia penitenciaria revocando la libertad condicional, parece razonable que esa orden de busca y captura, si es necesario emitirla, lo haga el juez de vigilancia penitenciaria.

Así lo han considerado por unanimidad los jueces de vigilancia penitenciaria al aprobar en su última reunión (mayo 2018) el criterio de actuación n.º 103. Dicho criterio se refiere al supuesto en el que la revocación de la libertad condicional sea de un ciudadano europeo y sea necesario emitir una Orden Europea de Detención (OEDE). La justificación para asumir dicha competencia se encuentra en el artículo 35 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales de la Unión Europea⁸, aunque la referencia de ese artículo es genérica, al mencionar al «juez o tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes», hay que tener en cuenta que es el juez de vigilancia penitenciaria el que conoce las causas en las que se acuerda la revocación de la libertad condicional.

V. Competencias coincidentes entre el juez de vigilancia penitenciaria y el juez de instrucción

En otros casos, las incidencias o conflictos se producen entre los jueces de vigilancia penitenciaria y los jueces de instrucción. En el primero de los supuestos, las dudas aparecen sobre cuál de los dos es el competente para autorizar una prueba radiológica a un interno que se encuentra en prisión. El artículo 68.4 del Reglamento Penitenciario establece que «si el resultado del cacheo con desnudo integral fuese infructuoso y persistiese la sospecha, se podrá solicitar por el Director a

⁸ BOE núm. 282 de 21 de noviembre de 2014.

la Autoridad Judicial competente, la autorización para la aplicación de otros medios de control adecuados».

La realización de ese tipo de pruebas ha sido validada por el Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 35/1996, de 11 de marzo, siempre que concurren una serie de circunstancias y se realice con determinadas garantías.

La determinación de la competencia a favor del juez de instrucción vendría determinada por los artículos 14.2, 339 y 478.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en cuanto al juez de vigilancia penitenciaria el artículo que legitimaría su intervención sería el artículo 76.1 y 2 g) de la LOGP.

En definitiva, la competencia de uno u otro juez dependerá de los indicios que se tengan acerca de la naturaleza del objeto que se quiera identificar en el interior del cuerpo del interno, diferenciando si es un objeto prohibido o no en el centro penitenciario. Si se tienen indicios sobre el objeto que se quiere introducir en el centro penitenciario y el mismo es un objeto prohibido por la norma penitenciaria y sin ninguna incidencia en el Código Penal, el competente sería el juez de vigilancia penitenciaria. En los casos de que se trate de sustancias estupefacientes, la cantidad que se presume pueda llevar en su cuerpo el interno determinará qué órgano judicial es el competente. Si la solicitud se pide fuera de las horas de audiencia el competente sería el juez de guardia.

El otro punto de conflicto entre esa clase de jueces se refiere a quién es el competente para decidir sobre la intervención, suspensión, restricción o prohibición de las comunicaciones orales y escritas de los internos, ingresados como detenidos o presos preventivos cuando se encuentran en un centro penitenciario.

Cuando tales medidas se adoptan al amparo de lo previsto en el artículo 51 de la Ley General Penitenciaria⁹, el competente es el juez de vigilancia penitenciaria y no el juez de instrucción o tribunal a cuya disposición se encuentre. Así ha sido declarado por el Tribunal Supremo en los autos de 16 de noviembre y 10 de diciembre de 1999 y 29 de marzo de 2000 y por auto del Pleno de la Sala de

⁹ Art. 51.1 y 5 de la LOGP: «1. Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e Instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.

5. Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del Establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente».

lo Penal de la Audiencia Nacional de 3 de marzo de 1998. Para que la intervención de las comunicaciones de un interno pueda ser realizada por un juez de instrucción, los motivos de tal decisión tienen que ser distintos de las razones que aparecen en el artículo 51 de la Ley General Penitenciaria.

Las dos cuestiones expuestas han sido objeto de estudio en la última reunión de jueces de vigilancia penitenciaria (mayo 2018), habiéndose aprobado el criterio de actuación n.º 6 en los términos que han quedado expuestos anteriormente.

VI. Valoración y control del pago de la responsabilidad civil por el juez de vigilancia penitenciaria y por el tribunal sentenciador

El art. 72 apartados 5 y 6 de la LOGP exige la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito cuando se clasifica o se progresa a tercer grado al penado. Así fue regulado por la Ley Orgánica 7/2003 de 30 de junio.

De igual forma, el art. 90 del Código Penal, al regular la libertad condicional (ahora suspensión de la ejecución), introduce también el pago de las responsabilidades civiles para acordar la suspensión de la ejecución.

El control de las incidencias que puedan aparecer en el pago o no de la responsabilidad civil corresponde al tribunal sentenciador, el cual, al amparo de lo dispuesto en el art. 125 del Código Penal, puede acordar el fraccionamiento de su pago según su prudente arbitrio, teniendo en cuenta para ello las necesidades del perjudicado y las posibilidades económicas del responsable.

Por un lado, el tribunal sentenciador está obligado a controlar y a ejecutar la satisfacción de la responsabilidad civil del condenado y por otra parte el juez de vigilancia penitenciaria a la hora de clasificar, de progresar a tercer grado o de conceder la libertad condicional tiene que conocer un aspecto de la ejecución que no le corresponde y una vez conocido, decidir sobre esa clasificación, progresión a tercer grado o concesión o no de la libertad condicional.

El punto de conflicto entre los dos órganos judiciales es evidente, prueba de ello es que los jueces de vigilancia penitenciaria en su última reunión (mayo 2018) aprobaron 4 criterios (del 27 al 30) de actuación en relación con el pago de la responsabilidad civil. Dentro de esos criterios se acordó, entre otras cuestiones, que el juez de vigilancia penitenciaria puede adoptar garantías para asegurar el pago futuro de la responsabilidad civil o que puede valorar si el penado tiene voluntad

inequívoca de reparar el daño. Todo ello al margen de las decisiones que haya podido adoptar el tribunal sentenciador.

En la práctica se ha producido alguna situación en la que, habiendo concedido el juez de vigilancia penitenciaria una libertad condicional con la obligación de pagar periódicamente la responsabilidad civil según las posibilidades económicas del penado, el tribunal sentenciador (Audiencia Provincial) no ha admitido los pagos parciales y ha acordado la devolución de lo pagado.

Puede que esta situación sea de las más determinantes para creer que resulta muy conveniente unir en un solo órgano las competencias que hoy tienen los jueces de vigilancia penitenciaria y los tribunales sentenciadores.

VII. Problemas competenciales en las medidas de seguridad

1. *Intervención del juez de vigilancia penitenciaria y del tribunal sentenciador cuando la medida de seguridad no es privativa de libertad*

En la práctica surgen dudas sobre si el juez de vigilancia penitenciaria tiene competencias de control de una medida de seguridad cuando la misma no es privativa de libertad. En principio, de la lectura de lo dispuesto en el artículo 97 del Código Penal no se deduce que las propuestas que tiene que realizar el juzgado de vigilancia penitenciaria aparezcan condicionadas por la naturaleza y el lugar de ejecución de la medida.

Para aclarar tal cuestión existen argumentos en uno y otro sentido, sin que de forma concluyente se pueda llegar a una solución clara. Posiblemente la falta de claridad de la normativa actual ha dado lugar a un debate que conduce a ninguna parte.

El artículo 97 del Código Penal se encuentra ubicado dentro del capítulo dedicado a las medidas de seguridad en general, por lo que podría pensarse que su contenido afecta tanto a las privativas de libertad como a las no privativas. Por otro lado, el último inciso del artículo 105 del Código Penal, al referirse a las medidas no privativas de libertad, especifica que en esos casos el juzgado de vigilancia penitenciaria o los servicios de la Administración correspondientes informarán al juez o tribunal sentenciador. La mención que hace ese artículo al juez de vigilancia penitenciaria crea confusión, ya que el mismo se encuentra ubicado dentro del epígrafe «De las medidas no privativas de libertad».

Un argumento para negar la intervención del juzgado de vigilancia en las medidas de seguridad no privativas de libertad, es el que se refiere a la naturaleza no penitenciaria de las mismas, de tal forma que al no intervenir la Administración penitenciaria, nada tiene que supervisar el juzgado de vigilancia penitenciaria a esa Administración. Hay que tener en cuenta en este punto, tal y como ya se ha señalado, que el artículo 105 del Código Penal permite que al juez o tribunal sentenciador le informen «los servicios de la Administración correspondiente». Buena parte de las medidas que se mencionan en ese artículo se identifican claramente con medidas privativas de derechos, tales como la privación de licencia de conducir vehículos de motor o ciclomotores, o bien de licencia de caza. Respecto a los pronunciamientos que en esta materia han realizado las audiencias provinciales, aunque no son coincidentes, por su claridad se cita a continuación el que realizó la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15.^a) en su auto de 21 de febrero de 2007. En esa Resolución se enumeran las siguientes conclusiones:

«1) La competencia para las decisiones relativas a la instauración, modificación, sustitución y cese de la medida de seguridad la tiene siempre el órgano judicial sentenciador.

2) El Código Penal parece estar refiriéndose en su regulación a la competencia y procedimiento relativo a las medidas de seguridad privativas de libertad, y sólo parece preocuparle la competencia y el régimen de ejecución de las medidas no privativas de libertad como medidas complementarias a las medidas de privativas de libertad.

3) El único precepto que parece referirse al régimen de ejecución de las medidas no privativas de libertad impuestas de forma autónoma y exclusiva es el artículo 106. Y en este caso no da intervención de forma expresa al juez de Vigilancia Penitenciaria.

4) El legislador parece ser que ha partido de la base de dar entrada a la intervención del juez de Vigilancia Penitenciaria sólo en los casos relativos a las medidas privativas de libertad, ya sea como medidas de seguridad únicas, ya sea acompañadas de otras no privativas de libertad. Es más pudiera inferirse de la normativa del Código Penal que tiende sólo a imponer la intervención de los jueces de Vigilancia Penitenciaria en los supuestos de personas privadas de libertad, ya sea en centros penitenciarios (cuando se trata de una persona peligrosa debido a los padecimientos psiquiátricos) o en centros de otra índole (peligrosos drogodependientes y peligrosos con limitaciones que hagan preciso un régimen educativo especial; ver al respecto los arts. 182 y ss. del Reglamento General Penitenciario).

5) Por consiguiente, en las medidas privativas de libertad siempre tendrá que intervenir el juez de Vigilancia Penitenciaria para exigir, recibir y controlar los informes pertinentes sobre el penado sometido

a la medida, y formular después las propuestas para la alteración, mantenimiento o cese de la medida impuesta, pues así lo ordena el artículo 97 del Código Penal.

En cambio, cuando se trata de medidas no privativas de libertad, entendemos que el juez de Vigilancia Penitenciaria sólo ha de intervenir en los casos en que se ejecuten acumuladamente con otra medida de seguridad privativa de libertad, o cuando se ejecuten junto con una pena privativa de libertad, en los supuestos en que el penado esté cumpliendo una pena de prisión en un centro penitenciario y al mismo tiempo tenga que cumplir una medida de seguridad no privativa de libertad. En estos casos, resulta razonable que el examen de los informes y las propuestas de resolución las emita el juez de Vigilancia Penitenciaria, tanto para las medidas privativas de libertad como para las no privativas de libertad.

6) Cuando se ejecuten medidas no privativas de libertad de forma autónoma y única sobre personas que no estén privadas de libertad no ha de intervenir el juez de Vigilancia Penitenciaria, y por tanto la exigencia, la recepción y el control de los informes serán competencia del órgano judicial sentenciador. Este criterio aparece corroborado o reafirmado por el hecho de que, al tratar las medidas complementarias que el órgano judicial sentenciador puede decretar con motivo de la suspensión de condena, tampoco se da intervención alguna en el control de su cumplimiento al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Así lo especifica el apartado 2 del artículo 83 del Código Penal, al disponer que los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al juez o tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas.

Al margen de lo anterior, también ha de sopesarse que, según ha destacado la doctrina, existe una amplia coincidencia entre las medidas de seguridad no privativas de libertad y las penas privativas de derechos. Siendo ello así, y al ponderar que las penas privativas de derechos son ejecutadas directamente por el órgano judicial sentenciador, parece que lo más coherente y razonable es que salvo las excepciones que se prevean en la ley, sea también ese órgano judicial el que ejecute directamente las medidas no privativas de libertad como norma general, sin intermediación o intromisión alguna por tanto de los juzgados de vigilancia penitenciaria, que están pensados y planificados funcionalmente para el control y supervisión de las penas privativas de libertad».

Los argumentos utilizados por la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en su auto de 21 de febrero de 2007 se ven confirmados también por lo dispuesto en el art. 98.2 del Código Penal. En dicho precepto de forma clara se determina que «cuando se trate de cualquier otra medida no privativa de libertad, el juez o tribunal sen-

tenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativos y profesionales a que se refiere el apartado anterior, los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado».

En otras resoluciones se han introducido matices que, lejos de clarificar esta cuestión, la enturbian todavía más. Así, por ejemplo, la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en un Auto de 21 de noviembre de 2006, declaró: «...que cuando el reo se halle internado, en centro penitenciario o de internamiento cerrado, será competente para la ejecución de la medida de seguridad no privativa de libertad el juzgado de Vigilancia Penitenciaria, sin embargo, cuando el reo no se halle internado en centro alguno, la competencia corresponderá al Juzgado o Tribunal sentenciador».

2. Especial referencia a la competencia del juez de vigilancia penitenciaria en la medida de seguridad de libertad vigilada postpenitenciaria

La libertad vigilada aparece calificada como medida no privativa de libertad en los artículos 96.3.3.ª y 105 apartados 1 y 2 del Código Penal. A pesar de ser definida como una medida de seguridad no privativa de libertad, sin embargo, expresamente el artículo 105 y el 106 mencionan al juez de vigilancia penitenciaria a la hora de cumplir esa medida. En definitiva, esa medida de seguridad puede ser impuesta como el resto de medidas de seguridad a inimputables y semiimputables (art. 106.2 del CP).

Desde un punto de vista competencial, la medida de libertad vigilada postpenitenciaria (art. 106.2 del CP) presenta tres momentos diferentes. Primero, la imposición corresponde al tribunal sentenciador en la sentencia, el cual deja para un momento posterior la concreción de las obligaciones o prohibiciones.

Segundo, la concreción del contenido de la medida. La libertad vigilada postpenitenciaria se cumplirá cuando finaliza la condena. Por ello (art. 106.2 del CP), al menos dos meses antes de que se cumpla dicha condena, el juez de vigilancia penitenciaria tiene que elevar la oportuna propuesta al juez o tribunal sentenciador, concretando el contenido de esa medida. La propuesta del juez de vigilancia va precedida de un informe técnico que sobre la evolución del penado elabora la junta de tratamiento del centro penitenciario en el que se encuentre. En ese informe se realizará un juicio pronóstico de peligrosidad del condenado. A la hora de concretar esa medida intervienen tres protagonistas dife-

rentes: Administración Penitenciaria, juez de vigilancia penitenciaria y juez o tribunal sentenciador.

Tercero, cumplimiento y seguimiento de la medida. Es en esta fase en donde se producen disfunciones. Una vez concretada la medida, el penado deberá cumplir determinadas obligaciones o respetar las prohibiciones que se le indiquen. Según los casos, habrá un simple seguimiento o bien será precisa una determinada actividad de ejecución. El control de esa medida, según se deduce de los artículos 98.1 y 106 del Código Penal, corresponderá al juez o tribunal sentenciador, colaborando en esa labor el juez de vigilancia penitenciaria. Es el tribunal el que decide sobre el mantenimiento de la medida, su cese, su sustitución o su suspensión. También es el tribunal sentenciador el que, ante un incumplimiento reiterado o grave, deducirá testimonio por un posible delito de quebrantamiento de condena (art. 468 del CP).

Aunque es una medida no privativa de libertad, el Código Penal (art. 98.1) ha introducido de forma expresa la intervención del juez de vigilancia penitenciaria, para que supervise el cumplimiento de la misma, debiendo para ello elevar, al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para hacer esa propuesta, el citado órgano judicial necesitará de un personal adecuado y especializado que pueda informar al juez. No existe en la normativa actual ninguna previsión sobre quién debe facilitar los informes al juez de vigilancia penitenciaria en esta libertad vigilada postpenitenciaria. Se ha generado, en opinión de Nistal Burón¹⁰, un vacío legal sobre quiénes deben ser los responsables de las tareas de supervisión y control. A ello hay que unir que las medidas que contempla el artículo 106.1.º del Código Penal son muy heterogéneas, motivo por el cual la suspensión y el control de las mismas requiere personas y formas diferentes.

Ante la situación descrita, en la última reunión de jueces de vigilancia penitenciaria (mayo de 2018) se aprobaron los criterios de actuación n.º 119 y 121, en los que primero se consideró necesario que en esta medida intervengan los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas para que el juez de vigilancia penitenciaria pueda desarrollar de manera eficaz la competencia que tiene atribuida, y en segundo lugar se acordó instar al Consejo General del Poder Judicial que dirija consulta al Ministerio de Justicia para que se informe a quién corres-

¹⁰ NISTAL BURÓN, J. «La libertad vigilada como medida de seguridad complementaria de la pena de prisión. Cuestiones competenciales relativas a su ejecución», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2017.

ponde la vigilancia del penado en la libertad vigilada postpenitenciaria en relación con las medidas del artículo 106 del Código Penal.

La situación descrita pone de manifiesto lo conveniente que resultaría la existencia de un solo tribunal interviniendo en la ejecución de las medidas de seguridad.

3. *Concurrencia de medidas y de medidas y penas, en los supuestos de afectar a personas inimputables o semiinimputables*

La concurrencia de medidas o de medidas y penas también produce en la práctica disfunciones, precisamente, por intervenir en la ejecución de las mismas dos órganos jurisdiccionales diferentes, especialmente cuando esas medidas y penas se han impuesto en distintos procedimientos a personas inimputables o semiinimputables.

Debe señalarse que el supuesto que ahora se aborda es distinto del que contempla el artículo 99 del Código Penal. Ese artículo resuelve la concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad cuando solo existe un tribunal sentenciador. El supuesto que aquí se plantea es qué sucede cuando la pena y la medida han sido impuestas por tribunales diferentes.

Con la Ley Orgánica 15/2003¹¹ se dio una nueva redacción al artículo 105 del Código Penal, contemplándose en el mismo la posibilidad de imponer, además de la medida privativa de libertad, las medidas no privativas de libertad que se enumeran en ese artículo. De esa forma, se regula el caso en el que por un mismo hecho, una persona sea condenada a cumplir medidas de seguridad privativas de libertad con medidas de seguridad no privativas de libertad. Esa posibilidad será en muchas ocasiones incompatible, ya que si la persona está internada no podrá seguir su tratamiento externo.

Como no existe una normativa concreta referida al cumplimiento simultáneo de las medidas de seguridad, se aplicarán los art. 73 y siguientes del Código Penal para resolver los supuestos de conflictos, de tal forma que las medidas privativas de libertad priman sobre las no privativas en el caso de que el cumplimiento simultáneo sea imposible. Dentro de las privativas se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo (art. 75 CP).

¹¹ 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 (BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003).

Si concurre una pena con una medida privativa de libertad, impuestas en distintos procedimientos se ejecuta primero la medida de seguridad y al finalizar esta se ejecutaría la pena, salvo que se aplique lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal.

En los casos de condenados en diferentes procedimientos a medidas de seguridad y penas de forma sucesiva (medida-pena-medida-pena), el juez de vigilancia penitenciaria, para poder ejecutar primero las medidas de seguridad, tiene que contar inevitablemente con la colaboración del tribunal sentenciador, sobre todo cuando éste ya ha ordenado el cumplimiento de una pena, cuya suspensión únicamente corresponde decidirla a él. Por esta razón, sería deseable que el juez de vigilancia o en su caso el futuro juez de ejecución penal, asumiera todas las competencias para evitar que dos órganos jurisdiccionales distintos, estén interviniendo sobre una misma realidad.

4. Modificación, sustitución, mantenimiento o cese de una medida de seguridad acordada por el juez de vigilancia penitenciaria aplicando el artículo 60 del Código Penal

Un supuesto especial de aplicación de una medida de seguridad es el que se contempla en el artículo 60 del Código Penal. Es una competencia que se asignó a los jueces de vigilancia penitenciaria en la Ley Orgánica 15/2003 por la que se modificó el Código Penal. Según ese artículo, el juez de vigilancia penitenciaria puede acordar la suspensión de la ejecución de la pena cuando aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena.

Si el juez constatará esa situación, puede acordar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa. Para ello podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad, que en ningún caso sería más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena no privativa de libertad, la misma puede ser sustituida por la medida de seguridad que se estime necesaria.

Se trata, por tanto, de una medida de seguridad impuesta por el juez de vigilancia penitenciaria, de forma diferente al sistema general de imposición de medidas de seguridad que se contempla en el artículo 97 del Código Penal. Claramente, la Ley Orgánica 15/2003 quiso potenciar de manera importante las competencias del juez de vigilancia penitenciaria a pesar de que el informe del Consejo Gene-

ral del Poder Judicial se mostró crítico por asignar esa decisión a esa clase de jueces. Tal objeción se centró en que el juez de vigilancia penitenciaria no debía asumir funciones que no le eran propias en la fase de ejecución.

La única previsión que contempla el artículo 60 respecto a qué sucede con el seguimiento y control de la medida de seguridad impuesta, se refiere al supuesto en el que el penado restablezca su salud mental, en cuyo caso el juez o tribunal (cabe deducir que sería el sentenciador) por razones de equidad puede dar por extinguida la condena o reducir su duración, si el cumplimiento de la pena resulta innecesario o contraproducente.

Nada se dice sobre el caso en el que la persona a la que se le ha cambiado la pena privativa de libertad por una medida de seguridad privativa de libertad, no recupere su salud mental y sea necesario mantener, sustituir o modificar esa medida. El dilema que se plantea es quién decide sobre ese mantenimiento, sustitución o modificación, el juez de vigilancia que impuso la medida al amparo del artículo 60 del Código Penal o el tribunal sentenciador que inicialmente impuso la pena.

Aunque puede alegarse que quien puede lo más (el juez de vigilancia fue quien impuso la medida) podrá realizar lo menos (modificar, sustituir o suspender) lo cierto es que esa competencia no aparece atribuida al juez de vigilancia penitenciaria en ninguna disposición y el Tribunal Supremo en auto dictado el 31 de marzo de 2000 al resolver un conflicto de competencia que afectaba a un tribunal sentenciador y a un juez de vigilancia penitenciaria, declaró que la competencia no puede ser objeto de interpretación extensiva.

Sobre esta cuestión los jueces de vigilancia penitenciaria en la última reunión (mayo de 2018) aprobaron un criterio de actuación, el 112.2.º, en el que acordaron que el seguimiento y control de la medida de seguridad de internamiento en establecimiento psiquiátrico impuesta como consecuencia de la aplicación del artículo 60 del Código Penal será el juez de vigilancia penitenciaria que acordó la sustitución de la prisión e impuso la medida de seguridad con independencia del lugar de internamiento. También es el competente para resolver, en caso de restablecimiento de la salud mental, sobre el cumplimiento de la sentencia si la pena no hubiera prescrito, sin perjuicio de que el juez o tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.

La motivación para adoptar ese acuerdo se fundamentó en que era lógico que se mantuviera la competencia del juez de vigilancia pe-

nitenciaría durante toda la duración del cumplimiento de la medida de seguridad.

Además, se aprobó el criterio de actuación 113, en el que se dispuso que en los casos de haber aplicado el artículo 60 del Código Penal, no será necesario realizar las propuestas que contempla el artículo 98 del Código Penal, sino que se resolverá directamente y con la periodicidad máxima establecida en dicho precepto sobre la modificación, sustitución o cese de la medida a la vista de los informes técnicos, de lo que se dará cuenta al tribunal sentenciador.

A la hora de motivar ese criterio de actuación n.º 113, los jueces de vigilancia penitenciaria entran en el fondo del problema. La función jurisdiccional consiste en «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (art. 117.3 de la Constitución), por ello resulta incorrecta e injustificable la postura del Código Penal de 1995, que, en materia de medidas de seguridad, otorga la competencia para la ejecución a los jueces y tribunales sentenciadores y convierte a los jueces de vigilancia penitenciaria en órganos dependientes que se limitan a enviar informes y propuestas a aquellos. Como acertadamente señala Benítez Yébenes¹², los jueces de vigilancia penitenciaria, según el Código Penal de 1995, parece que se han convertido en órgano consultivo de los tribunales sentenciadores.

Sobre esta cuestión han sido constantes los pronunciamientos de los jueces de vigilancia penitenciaria. En las reuniones celebradas en 1996 (reunión n.º IX) y 1997 (reunión X) se rechazó la competencia de esos juzgados para formular propuestas de cese, sustitución o suspensión de medidas de seguridad no privativas de seguridad. En la reunión n.º XIII, se pidió «la reforma con urgencia de los artículos del vigente Código Penal relativos a las medidas de seguridad, con el fin de que los jueces sean también los ejecutores de dichas medidas, como lo son de las penas, estableciendo así lo dispuesto en la LOPJ, no debiéndose limitar a ser simples órganos de informe y propuesta de otros órganos judiciales de la jurisdicción penal».

En definitiva, las disfunciones apuntadas se producen por estar resolviendo en la misma fase del proceso (fase de ejecución) dos órganos jurisdiccionales diferentes. La refundición en un solo órgano (tribunal de ejecución) de las competencias que hoy desarrollan esos dos, harían desaparecer las disfunciones y los conflictos de competencias señalados.

¹² BENÍTEZ YÉBENES, J.R. *El procedimiento de actuación ante los órganos de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria*, Tesis doctoral inédita, Universidad de Córdoba, Facultad de Derecho, 2015, p. 277.

VIII. Intervención del juez de vigilancia penitenciaria y del tribunal sentenciador en la pena de prisión permanente revisable

La pena de prisión permanente revisable ha venido a alterar el régimen competencial que respecto del resto de penas privativas de libertad se había regulado en el Código Penal y la LOGP a la hora de referirse a las diferentes decisiones que se van adoptando (libertad condicional, clasificación, etc.). Esa alteración se realiza sin criterios lógicos que puedan justificar ese cambio competencial.

En el caso de las clasificaciones en tercer grado de los condenados a una pena de prisión permanente revisable (art. 36.1.º del CP), en lugar de seguir el régimen establecido para las otras penas privativas de libertad, es decir, la clasificación en tercer grado la acuerda o la deniega la Administración Penitenciaria, y en caso de recurso lo resuelve el juez de vigilancia penitenciaria, en este supuesto el tercer grado debe ser autorizado por el tribunal (se entiende tribunal sentenciador) previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias. Ninguna intervención tiene en este tipo de clasificaciones el juez de vigilancia penitenciaria. El apartado 3.º del artículo 36 rompe el criterio marcado en el apartado 1.º de ese mismo artículo y otorga competencias tanto al tribunal sentenciador como al juez de vigilancia penitenciaria, según corresponda, para acordar previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes (en el artículo 1.º del artículo 36 no se requiere oír a las demás partes) la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios valorando, especialmente su escasa peligrosidad.

En definitiva, en estos casos podrán decidir tanto el tribunal sentenciador como el juez de vigilancia penitenciaria, pues el artículo atribuye competencia a ambos. La regulación se introdujo por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo y aunque hizo una nueva redacción del artículo 36 del Código Penal, no modificó el artículo 76.2.º f de la LOGP en el que se asigna al juez de vigilancia penitenciaria la competencia para resolver los recursos sobre clasificación de grados.

Respecto a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, el artículo 92.1.º del Código Penal atribuye esa decisión al Tribunal (debe entenderse sentenciador). También se asigna al juez o Tribunal (debe entenderse sentenciador, ya que cuando quiere mencionar al juez de vigilancia penitenciaria, expresamente le menciona) la posible modificación de las prohibiciones,

deberes o prestaciones que se imponen en estos casos (artículo 83 del CP). Sin embargo, la revocación de la suspensión de la ejecución (artículo 92.3.º último párrafo del CP) la tiene que acordar el juez de vigilancia penitenciaria. En el momento en el que la Ley Orgánica 1/2015, redactó el artículo 92 del Código Penal, debería haber modificado también el artículo 76.2.b de la LOGP, ya que en tal precepto se asigna al juez de vigilancia penitenciaria la concesión de la libertad condicional.

En relación con estas cuestiones los jueces de vigilancia penitenciaria en la última reunión celebrada en mayo de 2018, acordaron en el criterio de actuación n.º 98-3 una propuesta instando al legislador a que la revocación de la revocación de la prisión permanente revisable fuese competencia del tribunal sentenciador por ser éste el que concede e impone los deberes o prohibiciones. También se acordó instar al legislador para que la progresión del primer al segundo grado en la pena de prisión permanente revisable fuese competencia del tribunal sentenciador que es el que tiene la competencia para la concesión del tercer grado (criterio de actuación 98-4).

IX. Intervención del juez de vigilancia penitenciaria y del tribunal sentenciador en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad se encuentra regulada en el artículo 49 del Código Penal. La ejecución de esa pena corresponde al tribunal sentenciador y la ejecución de la misma se desarrolla bajo el control del juez de vigilancia penitenciaria, el cual para realizar ese control recibe informes de la entidad pública o asociación de interés general en el que se realizan los trabajos. También se contempla en la regla 6.ª de ese artículo que son los servicios sociales penitenciarios los encargados de comunicar al juez de vigilancia penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena. La tercera referencia del citado artículo al juez de vigilancia penitenciaria se refiere a la posibilidad que tiene el mismo, tras recibir los informes sobre la ejecución de esa pena, de acordar que el penado continúe la ejecución en el mismo centro, enviarle a otro centro para que finalice la ejecución o considerar que ha incumplido la pena.

La escueta regulación que de esa pena se contiene en el artículo 49 del Código Penal, en lo relativo a aspectos procedimentales a la hora de determinar qué competencias tiene el tribunal sentenciador y el juez de vigilancia penitenciaria, ha dado lugar a que la práctica ju-

dicial haya ido perfilando la relación que en el control de la ejecución de esa pena tienen el tribunal sentenciador y el juez de vigilancia penitenciaria.

El primer aspecto a determinar es el relativo al momento en el que empieza la competencia del juez de vigilancia penitenciaria. Finalmente, se ha determinado que la competencia de dicho juez comienza a partir del momento en el que se aprueba el plan de ejecución que remite el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, dicho plan de ejecución tiene ejecutividad inmediata (Real Decreto 840/11¹³) si bien el juez de vigilancia penitenciaria controla su legalidad y puede modificar, revocar o en su caso anular el plan que propuso la Administración Penitenciaria.

Hasta que se pronuncie el juez de vigilancia penitenciaria sobre la aprobación del plan, todas las incidencias acaecidas con anterioridad (no localización del penado, no presentación ante el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas, o declaración de busca y captura), son competencias del órgano sentenciador.

El segundo de los puntos a determinar es la intervención de uno u otro tribunal cuando se produce un incumplimiento. En estos casos, cuando se trata de pena principal, la decisión acordando que se ha producido un incumplimiento le corresponde al juzgado de vigilancia penitenciaria, sin que en estos casos pueda realizar ningún pronunciamiento el tribunal sentenciador. Así se pronunciaron los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria en las conclusiones de las jornadas que se celebraron en el año 2016. En iguales términos se pronunció la Audiencia Provincial de Granada en auto dictado el 3 de febrero de 2012 (auto n.º 66/2012). Expresamente, en esa resolución se recoge que la resolución adoptada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria queda sustraída de la revisión del órgano sentenciador. Incluso se llega a afirmar que cualquier intento de provocar una nueva decisión del órgano sentenciador supondría usurpar las competencias exclusivas que tiene en esta materia el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. En igual sentido se ha pronunciado la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Álava en auto dictado el 22 de marzo de 2011 (auto n.º 151/11).

¹³ Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas (BOE núm. 145 de 18 de junio de 2011).

Si los trabajos en beneficio de la comunidad se impusieron en un supuesto de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 53 del CP), el juez de vigilancia penitenciaria pondrá el incumplimiento en conocimiento del tribunal sentenciador, quien acordará en su caso el cumplimiento de la pena sustituida con anterioridad. Así se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1.^a) en autos dictados el 7 de julio de 2016 (auto 24/16) y de 19 de mayo de 2016 (auto 20/16). En esas resoluciones se especifica que aunque el control de la ejecución corresponde al juzgado de Vigilancia Penitenciaria, sin embargo, la decisión definitiva incumbe al órgano sentenciador.

En el supuesto de que los trabajos en beneficio de la comunidad se impusieran como condición de la suspensión de la ejecución de la pena (art. 84 del CP), la competencia para conocer sobre el posible incumplimiento de esa pena corresponde al órgano sentenciador. Así lo han declarado los autos del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 y de 8 de julio de 2016.

Existe una tercera cuestión que se refiere a si una vez aprobado el plan de ejecución por el juez de vigilancia penitenciaria y cumplido el mismo por el condenado, puede el tribunal sentenciador cuestionar dicho plan y ordenar una nueva forma de cumplimiento, especialmente en aquellos casos en los que se produjo una sustitución de una pena por el cumplimiento de un número de jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad.

Según los argumentos que se utilicen, es posible llegar a una u otra conclusión, sin que, por tanto, ese debate se encuentre resuelto.

Por un lado, hay que tener en cuenta que según el artículo 49 del Código Penal y el artículo 5.3 del Real Decreto 840/2011, la aprobación del plan de ejecución corresponde al juez de vigilancia penitenciaria. Debido a ello, si el penado cumplió el plan de ejecución conforme fue aprobado, no sería posible que el tribunal sentenciador cuestionará o revisará la decisión que adoptó el juez de vigilancia penitenciaria.

Por otra parte, existen tribunales sentenciadores (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17.^a, auto de 13 de octubre de 2017), que consideran que aunque el Real Decreto 840/2011 y el artículo 49 del Código Penal atribuyen al juez de vigilancia penitenciaria la competencia exclusiva para la aprobación del plan y el control de su ejecución, siendo, sin embargo, el responsable último de la ejecución de la pena, el órgano sentenciador. Se añade en esa Resolución el artículo 9 del RD 840/2011 en el que se establece que los servicios de gestión de penas y medidas alternativas informarán del cumplimiento del

plan al juez de vigilancia penitenciaria y al órgano judicial competente para la ejecución a los efectos oportunos. Por ello considera la Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Madrid que le corresponde a ella el determinar si la sentencia se ha ejecutado, si se ha cumplido de forma efectiva, para lo cual el Letrado de la Administración de Justicia del tribunal sentenciador tiene que realizar la correspondiente liquidación de condena, pues el juzgado de vigilancia penitenciaria solo tiene encomendadas funciones de control de la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad, al igual que sucede con la ejecución de las penas de prisión en las que la liquidación de condena es competencia directa del Letrado de la Administración de justicia del tribunal sentenciador.

Según estos argumentos, la última palabra en cuando al cumplimiento o no de una pena de trabajos en beneficio de la comunidad, la tiene el tribunal sentenciador. Esta confusión competencial desaparecería si existiera un juzgado de ejecución y suprimieran los dos órganos judiciales que actualmente intervienen en la fase de ejecución.

Sobre esta materia se pronunciaron los jueces de vigilancia penitenciaria en sus criterios de actuación n.º 142 a 145, en la reunión celebrada en el mes de mayo de 2018.

X. Intervención del juez de vigilancia penitenciaria en la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito

El Estatuto de la Víctima, que regula la Ley 4/2015, de 27 de abril¹⁴, desarrollado por el Reglamento (Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre¹⁵), le da a la víctima del delito un protagonismo activo dentro de la fase de la ejecución penal. Ese protagonismo complementa el que ya le dio la Ley Orgánica 7/2003¹⁶ de reforma del Código Penal, al modificar el artículo 72.5 y 6 de la LOGP, al exigir la reparación del daño causado para acceder al tercer grado y la libertad condicional. En el caso concreto de esa reparación del daño causado, los problemas derivados de las competencias que tienen atribuidas el juez de vigilancia penitenciaria y el tribunal sentenciador han quedado expuestos en el apartado 6 de este trabajo.

La ley 4/2015, introduce para la víctima un doble derecho:

¹⁴ BOE núm. 101 de 28 de abril de 2015.

¹⁵ BOE núm. 312 de 30 de diciembre de 2015.

¹⁶ Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (BOE núm. 156 de 1 de julio de 2003).

1. El derecho a obtener información sobre cuestiones de la ejecución penal, que tienen que ver con su seguridad personal.
2. En algunos casos, el derecho a recurrir determinadas decisiones judiciales de los jueces de vigilancia penitenciaria.

En el primer caso, el derecho a la información que tiene la víctima está reconocido en el artículo 3 de la Ley 4/2015 y de forma concreta desarrollado en los artículos 5 y 7 de dicha ley.

En cuanto al derecho que tiene la víctima de recurrir, el mismo se refiere a resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria dictadas en determinados delitos seleccionados en atención a su especial gravedad (homicidios, delitos de aborto del artículo 144 del CP, delitos de lesiones, delitos contra la libertad, delitos de tortura y contra la integridad moral, delitos contra la libertad e indemnidad sexual, delitos de robo cometidos con violencia o intimidación, delitos de terrorismo y delitos de trata de seres humanos). Así aparece en el artículo 13 de la Ley 4/2015. Las resoluciones susceptibles de recurso por las víctimas son tres:

- El auto que alza el periodo de seguridad por el que se posibilita la clasificación del penado en tercer grado antes de extinción de la mitad de la condena del artículo 36.2 del Código Penal. El artículo se refiere solo a la posibilidad de recurso por parte de la víctima al auto que alza el periodo de seguridad a efectos de clasificación en tercer grado, no a la clasificación en tercer grado que solo sería recurrible por el Ministerio Fiscal.
- El auto que resuelve conforme el artículo 78.3 del Código Penal que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo por la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena y no a la suma de las penas impuestas.
- El auto de suspensión de la condena para la concesión de la libertad condicional (actualmente es la suspensión de condena).

El artículo 13 enumera las resoluciones que tienen que ser notificadas, las cuales son dictadas por el juez de vigilancia penitenciaria. Sin embargo, en los criterios de actuación de sus jueces, aparece el n.º 150 de los aprobados en la última reunión del mes de mayo de 2018, en el que literalmente se acordó: «No corresponde al juzgado de vigilancia penitenciaria la función de informar personalmente a la víctima del derecho a recibir información contemplado en el artículo 5.1-m) y 2 del Estatuto en relación con las resoluciones a que se refieren los apartados e) y f) del artículo 7 del referido Estatuto. Entendemos que corres-

ponde al tribunal sentenciador comunicar al centro penitenciario si la víctima ha ejercitado el derecho a recibir información».

Este criterio de actuación cuenta con la siguiente motivación. Se estima que no corresponde al juzgado de vigilancia penitenciaria la función de notificar a las víctimas los nuevos derechos que les concede la Ley 4/2015, pues interpretarlo de otro modo supondría que la participación de la víctima en la fase de ejecución penal se convierte en un obstáculo para los fines de reinserción social a que están orientadas por mandato constitucional las penas privativas de libertad. Dejar la notificación para el momento en el que el juez de vigilancia penitenciaria se plantea la concesión de algún beneficio penitenciario puede suponer la ineffectividad del mandato constitucional a la reinserción, sobre todo en el caso de pluralidad de víctimas y proximidad de las fechas de licenciamiento, cuando además el juzgado de vigilancia carece de información sobre las víctimas, especialmente en el caso de las víctimas indirectas (art. 2.1.º y 2.º del EV) teniendo que realizar una labor de búsqueda a la que no puede supeditarse la concesión de los beneficios penitenciarios a riesgo de hacerlos ineffectivos.

Debe tenerse en cuenta que el sistema competencial vigente para ejecutar una sentencia penal está distribuido entre el tribunal sentenciador y el juez de vigilancia penitenciaria. En lo relativo a las comunicaciones con la víctima, es el tribunal sentenciador el que conoce y tiene a su disposición los datos de las víctimas y al que correspondería comunicar al centro penitenciario la solicitud presentada por la víctima para que esa comunicación conste en el expediente personal del interno. Por esos motivos, los jueces de vigilancia penitenciaria decidieron (criterio de actuación n.º 150) que la obligación de informar (art. 5.2 de la ley 4/2015) no es del juez de vigilancia penitenciaria sino del tribunal sentenciador.

Este criterio interpretativo que mantienen los jueces de vigilancia penitenciaria acerca de qué tribunal es el que tiene que informar a la víctima no existiría si en la fase de ejecución solo interviniera un órgano judicial.

Además, las sucesivas reformas que se han ido produciendo en el Código Penal, han provocado a veces una falta de coherencia entre unos y otros artículos. Así ha sucedido con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo¹⁷, al introducir la prisión permanente revisable. En con-

¹⁷ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77 de 31 de marzo).

creto el artículo 92 del Código Penal atribuye la competencia para otorgar la suspensión de la pena al tribunal sentenciador. Por ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 4/2015, la víctima no estaría legitimada para recurrir el auto otorgando el beneficio, al no haber sido dictado por el juez de vigilancia penitenciaria, a esta conclusión llegaron los jueces de vigilancia penitenciaria (criterio de actuación n.º 157).

XI. Conclusiones

Los 39 años que llevan funcionando los juzgados de vigilancia penitenciaria han permitido conocer las bondades y las carencias que presentan los mismos. El balance se puede considerar positivo. A esa conclusión se llegó en una encuesta realizada en el año 2003 por el Consejo General del Poder Judicial, en la que se constató que un 92% de los internos entrevistados consideraban que esos juzgados eran muy necesarios. En un 68%, esos mismos internos afirmaron que tenían mucha capacidad frente a la Administración Penitenciaria, y por último, un 84% de los condenados que habían pedido entrevistarse personalmente con el juez, lo habían conseguido, mientras que en otras jurisdicciones, de las personas que solicitaron hablar personalmente con el juez, sólo lo consiguieron un 19%.

La actual regulación normativa de los jueces de vigilancia penitenciaria presenta en unos casos omisiones procesales y, en otros casos, ha generado disfunciones o conflictos de competencias entre los jueces de vigilancia penitenciaria y los tribunales sentenciadores. Esos conflictos de competencias son consecuencia de la intervención en la misma fase del proceso (fase de ejecución) de dos órganos jurisdiccionales distintos. Por ello sería conveniente:

1. Aprobar un marco procesal propio o incorporado a la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el que se regulen los trámites y los recursos de los procedimientos que se refieren a la ejecución penal, tanto de las penas privativas de libertad como del resto de penas y medidas de seguridad, incluyendo también la satisfacción de la responsabilidad civil.
2. Crear los juzgados de ejecución (tribunal de instancia de ejecución), que asumiendo las competencias que hoy tienen asignadas los tribunales sentenciadores y los juzgados de vigilancia penitenciaria, conozcan en exclusiva de esta fase del proceso, haciendo ejecutar lo juzgado y supervisando a lo

largo de toda la ejecución los derechos de las víctimas y de los condenados.

En esencia, esos juzgados de ejecución recibirían las sentencias firmes dictadas por cualquier tribunal de la jurisdicción penal y con competencia plena ejecutarían todos los pronunciamientos civiles y penales, al tiempo que supervisarían también los derechos de los condenados a pena privativa de libertad o a medida de seguridad.

Esta reforma de los órganos encargados de ejecutar las sentencias penales iría acompañada de las siguientes modificaciones de carácter procesal:

- A) Todas las ejecuciones que afecten a una persona, con independencia del órgano judicial que haya dictado la sentencia, serían resueltas por un solo juzgado de ejecución, el cual iría recibiendo cada una de las sentencias condenatorias referidas a la misma persona. Legalmente se determinaría qué órgano judicial es el competente y con qué criterio ese órgano atrae la competencia respecto de las nuevas ejecuciones que vayan produciéndose.
- B) Se crearía un Registro Nacional de Ejecuciones Penales para conocer qué personas tienen ejecuciones pendientes. Dictada una sentencia, cuando la misma fuese firme se consultaría ese Registro, para conocer si hay que mandarla a un determinado juzgado por tener ya iniciadas ejecuciones la persona condenada o, caso contrario, para mandarla al juzgado de ejecución competente para que inicie el procedimiento de ejecución. A este Registro tendrían acceso los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, Instituciones Penitenciarias y por supuesto todos los órganos judiciales. Una vez finalizada la ejecución se comunicaría a ese Registro. También se comunicarían a ese Registro las sentencias en las que se haya suspendido la ejecución de alguna pena o medida de seguridad, o aquellos casos en los que se haya producido un quebrantamiento de condena.
La unificación de las ejecuciones de un mismo condenado y la existencia del Registro Nacional de Ejecuciones, evitará búsquedas innecesarias de personas que se encuentran cumpliendo condena en prisión.
- C) En el supuesto de sentencias en las que existan varios condenados, un mismo juzgado de ejecución será el competente para ejecutar esa sentencia respecto de todos los

condenados, facilitando de esa forma la ejecución de los pronunciamientos civiles, cuando dichos pronunciamientos sean solidarios.

- D) En aquellos partidos judiciales en los que exista uno o varios centros penitenciarios, un juzgado de ejecución o varios juzgados tendrán asignada la competencia para entender de aquellos aspectos regimentales que se producen dentro de prisión respecto a los derechos de los internos. Básicamente conocerán las quejas y los recursos que por decisiones disciplinarias dicte la Administración Penitenciaria. Cada juzgado tendrá asignado un centro penitenciario para evitar pronunciamientos diferentes en cuestiones regimentales. Estos juzgados, por normas de reparto, verán disminuida su carga de trabajo respecto de los demás juzgados de ejecución del mismo partido judicial. Los recursos de los internos relacionados con sus clasificaciones de grado, con la concesión o no de permisos de salida y con la libertad condicional, serán resueltos por el juzgado de ejecución que entienda de la ejecución de la sentencia en la que fueron condenados.
- E) Las peticiones de entrevistas que realicen los internos serán atendidas por los jueces de ejecución, bien acudiendo personalmente al centro penitenciario, cuando el mismo se encuentre en el partido judicial en el que desarrollan su trabajo, o bien mediante la utilización de videoconferencias, medio que ya se está utilizando en la actualidad para tales entrevistas. Si el motivo de la entrevista tuviera relación con aspectos disciplinarios o con cuestiones regimentales dentro de prisión, la entrevista se realizará por el juzgado de ejecución que tenga asignada la supervisión del centro.

XII. Bibliografía

BENÍTEZ YÉBENES, J.R. *El procedimiento de actuación ante los órganos de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria*, Tesis doctoral inédita, Universidad de Córdoba, Facultad de Derecho, 2015.

Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus XXVII reuniones celebradas entre 1981 y 2018, A Coruña, mayo 2018, CGPJ.

- DEL MORAL GARCÍA, A. «Recursos frente a decisiones en materia de ejecución de penas privativas de libertad», en *Derecho Penitenciario II, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2004.
- DOÑATE MARTÍN, A. «Problemas Generales de la Jurisdicción de Vigilancia», en *Vigilancia Penitenciaria (VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria)*, CGPJ, Madrid. 1994.
- GARCÍA VALDÉS, C. *Derecho Penitenciario (Escritos 1982-1989)*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- NISTAL BURÓN, J. «La libertad vigilada como medida de seguridad complementaria de la pena de prisión. Cuestiones competenciales relativas a su ejecución», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2017.
- TÉLLEZ AGUILERA, A. «La necesaria reforma de la Ley Penitenciaria», en *Derecho Penitenciario: incidencias de las nuevas modificaciones*. CGPJ, Madrid, 2007.

Algunas aportaciones desde la criminología para una reflexión en torno a la tutela judicial efectiva en la ejecución de las medidas penales alternativas¹

Ester Blay
Universidad de Girona

Sumario: I. Introducción. II. La ejecución de medidas penales alternativas como cuestión menor. III. Dos aportaciones desde la criminología. 1. La discrecionalidad de los jueces y la toma colectiva de decisiones en materia de ejecución penal. 2. El cumplimiento, la legitimidad de las penas y el papel de los jueces: hacia un modelo garantista e individualizador de la supervisión del cumplimiento. IV. Algunos aspectos de la supervisión judicial de las medidas penales alternativas en España. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Resumen: Este trabajo aborda el papel de los jueces en el contexto de la imposición y ejecución de las medidas penales alternativas. Se subraya el contenido punitivo de las mismas y la conveniencia de prestar mayor atención legislativa y académica a la cuestión. En segundo lugar, se resumen dos aportaciones de la criminología reciente: la idea de que las resoluciones judiciales son en buena parte decisiones colectivas dependientes de las aportaciones de otros agentes y la idea de que las actuaciones de las autoridades, entre ellas los jueces, pueden contribuir a generar un mejor cumplimiento de las penas y del derecho a largo plazo. Estas dos aportaciones recomiendan un modelo de supervisión judicial individualizado, flexible y garantista. Finalmente, se realizan algunas reflexiones sobre la legislación y la práctica judicial española a la vista de este modelo.

Palabras clave: Ejecución penal, medidas penales alternativas, jueces, toma de decisión, garantías, individualización.

¹ Este trabajo ha sido realizado gracias al proyecto de investigación *La ejecución de la pena en la era del derecho penal* (DER2014-59743-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y al Grup de Recerca Consolidat reconocido por la Generalitat de Catalunya *Justícia penal i democràcia* (SGR1607).

I. Introducción

El papel de los jueces, como ha quedado claro en el capítulo precedente, es clave no sólo en la distribución, sino también en la ejecución del castigo en el contexto de un Estado de Derecho. En esta línea, las resoluciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional han realizado contribuciones clave en la configuración de un sistema penal democrático².

Esta tarea ha sido evidente en el ámbito penitenciario. Sin embargo, el papel de los jueces y su efectiva tutela abarca también el cumplimiento de las llamadas penas y medidas alternativas, penas comunitarias o medidas y penas comunitarias, en lenguaje del Consejo de Europa. A efectos de este escrito, se incluyen bajo esta denominación el trabajo en beneficio de la comunidad y la suspensión de las penas privativas de libertad con reglas de conducta (por ejemplo, un programa formativo o un tratamiento para abordar la dependencia a las drogas)³.

De acuerdo con la regulación, será el juez o tribunal sentenciador el que, en la propia sentencia o «con la mayor urgencia» una vez declarada la firmeza de la misma, resolverá sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 82 CP). Posteriormente, será el juez o tribunal «de ejecución» el que supervise el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas a personas a quienes se ha suspendido una pena privativa de libertad (arts. 80, 83 y 84 CP), conozca de las incidencias al respecto y tome las decisiones pertinentes (art. 86 CP).

Por su parte, el Código penal encomienda al Juez de Vigilancia Penitenciaria el control de la ejecución del trabajo en beneficio de la comunidad, lo que implica conocer las incidencias relevantes en la ejecución de la pena y resolver sobre las mismas, pudiendo llegar a entender que ha habido incumplimiento (art. 49 CP).

La ejecución penal, y en particular, la ejecución de medidas penales alternativas, ha recibido una atención limitada desde los estudios penales, penológicos y penitenciarios y desde la política criminal,

² Ver, por todos, CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho penitenciario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2016.

³ Se trata de las penas y medidas cuya ejecución es competencia de la Subdirección General de Penas y Medidas Alternativas, del Ministerio del Interior, y de la Dirección General de Ejecución Penal en la Comunidad, del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya. Cabe incluir también las medidas de seguridad, cuya ejecución supervisan estas administraciones pero que no se han tomado en consideración en este trabajo.

tanto en España como en otras jurisdicciones europeas⁴. Ello puede deberse a que estas penas y medidas no afectan directamente el derecho a la libertad ambulatoria, por lo que los problemas que su imposición y su ejecución suscitan son considerados relativamente menores y a menudo resultan invisibles⁵. Sin embargo, tanto la decisión de aplicar estas medidas como su ejecución pueden plantear problemas complejos⁶ y las decisiones que se tomen en relación con los mismos pueden afectar derechos individuales (por ejemplo prolongando el tiempo que se está bajo supervisión penal o imponiendo nuevas reglas de conducta, art. 86.2 CP) o comportar una privación de libertad, directamente (cuando se revoca una suspensión, art. 86.1 CP) o indirectamente (cuando se impone una multa por quebrantamiento de un trabajo en beneficio de la comunidad y ésta no se satisface, arts. 49, 53 y 468 CP). En este contexto, es evidente que los jueces tienen un papel determinante a la hora de definir qué es un cumplimiento correcto y qué consecuencias debe tener la falta del mismo.

A la relativa invisibilidad académica y político criminal de la cuestión se une su invisibilidad estadística. Los datos que publica el Ministerio del Interior respecto del ámbito competencial de la Administración General del Estado, reflejan los mandamientos que llegan a los Servicios de Gestión de Medidas Penales Alternativas de las distintas comunidades autónomas y provincias, distinguiendo por tipo de pena o suspensión/sustitución, y el género de la persona a la que se impone, así como las cifras totales de mandamientos finalizados/archivados por trimestre⁷. Con estos datos no podemos saber cuántas de estas penas y me-

⁴ Ver, por ejemplo, la revisión de BOONE, M. / HERZOG-EVANS, M. «Decision-making and offender supervision», en MCNEILL, F. y BEYENS, K. (eds.) *Offender supervision in Europe*, Palgrave Macmillan, Londres, 2013, pp. 51-96.

⁵ ROBINSON, G. «The Cinderella complex: Punishment, society and community sanctions», en *Punishment and Society*, vol. 18(1), 2016, pp. 95-112.

⁶ En este sentido cabe plantearse, por ejemplo, qué constituye cumplir un trabajo en beneficio de la comunidad: si presentarse al puesto de trabajo, hacerlo puntualmente, vestido con corrección, sin haber consumido tóxicos, aseado, seguir las instrucciones, seguirlas con diligencia, tratar con respeto a los compañeros de trabajo, etc. Lo mismo cabría plantearse respecto de los programas formativos ¿constituye cumplimiento la mera asistencia puntual, aunque sea totalmente pasiva («calentar la silla») o cabe exigir una mínima implicación? (ver en este sentido, LARRAURI, E. «Los programas formativos como medida penal alternativa en los casos de violencia de género ocasional», *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 8, 2010, s.p.).

⁷ Ver al respecto el cuaderno metodológico que publica la Subdirección General de Penas y Medidas Alternativas, disponible en http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/estadpm/Cuaderno_Metodolxgico.pdf [última consulta 30/10/2018].

didas han sido cumplidas ni en qué casos ha habido incidencias. Algo parecido sucede con las estadísticas publicadas periódicamente por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya (Descriptores Estadísticos de Medidas Penales Alternativas), que recogen datos más detallados sobre penas y medidas cuya ejecución se le encomienda, el perfil socio demográfico y delictivo de las personas a quienes se imponen, pero que tampoco reflejan datos acerca de las incidencias ocurridas durante la ejecución o del incumplimiento⁸. Las estadísticas catalanas sobre prisión, en cambio, sí recogen algunas incidencias, como los quebrantamientos que se producen cuando las personas que salen de permiso no regresan puntualmente a prisión⁹. Tampoco la estadística de condenados del Instituto Nacional de Estadística publica datos sobre esta cuestión.

Este capítulo parte de la situación descrita y pretende contribuir a una reflexión sobre el papel de los jueces en la ejecución de las medidas penales alternativas desde una perspectiva criminológica. En primer lugar, discute la menor atención prestada a las medidas penales alternativas por parte del legislador y la doctrina, algunas posibles explicaciones y algunas de sus consecuencias. En segundo lugar, se exponen dos aportaciones que surgen de la investigación sobre medidas penales alternativas en el contexto europeo. Una primera aportación sitúa las resoluciones judiciales en este contexto como parte de un conjunto o sistema en el que participan otros agentes relevantes cuyas decisiones son clave para interpretar la contribución del juez. Una segunda aportación se centra en cómo la actuación de los jueces puede contribuir a generar un mejor cumplimiento. La preocupación por una actuación judicial adecuada, de acuerdo con esta línea de investigación, es relevante desde el punto de vista de los derechos y garantías, pero también desde el punto de vista de la efectividad de las penas para potenciar un comportamiento futuro conforme a Derecho¹⁰. Estas dos aportaciones penológicas permiten realizar algunas observaciones en relación con la cuestión en España, lo que se aborda en el último apartado de este trabajo.

⁸ Descriptores Estadísticos de Medidas Penales Alternativas, publicación mensual disponible en http://www.gencat.cat/justicia/estadistiques_mpa/index.htm [última consulta 30/10/2018].

⁹ Descriptores Estadísticos de Servicios Penitenciarios y Rehabilitación, publicación mensual disponible en http://www.gencat.cat/justicia/estadistiques_serveis_penitenciaris/10_pob.html [última consulta 30/10/2018].

¹⁰ MORGENSTERN, C., MURILLO, C., RAVAGNANI, L., ZANIBONI, A. «Fairness issues in the breach process: European perspectives», en BOONE, M. y MAGUIRE, N. (eds.) *The enforcement of offender supervision in Europe. Understanding breach processes*, Routledge, Londres, 2018, pp. 19-38, *vid.* p. 19.

II. La ejecución de medidas penales alternativas como cuestión menor

Históricamente la cultura jurídica europea ha prestado bastante atención a los derechos y al tratamiento de las personas sospechosas de haber cometido un delito o acusadas de ello, para protegerlas del poder excesivo y arbitrario del Estado¹¹. Así, proteger a estas personas mediante garantías procesales suficientes se ha considerado una cuestión clave en los Estados de Derecho¹². La ejecución de las penas impuestas al finalizar esos procesos penales rodeados de garantías, sin embargo, ha recibido una atención relativamente menor y, dentro del campo de la ejecución penal, las llamadas medidas penales alternativas han recibido una atención legislativa y doctrinal todavía más reducida que la recibida por la pena de prisión.

A nivel europeo no parece haber un consenso sobre el nivel de garantías necesario en materia de ejecución de medidas penales alternativas y hay prácticas diversas en distintas jurisdicciones. Las garantías son especialmente necesarias cuando se acusa a la persona penada de incumplimiento, pues ello puede comportar consecuencias graves como, en última instancia, un ingreso en prisión. Para estas personas, los derechos procesales como el derecho a una audiencia pública, a la defensa letrada o a unos determinados estándares de prueba «a menudo son significativamente distintos que los que se aplican antes de la condena» porque los procedimientos por incumplimiento no son concebidos como acusaciones o procedimientos penales¹³. Algunos autores sugieren que esta disminución de garantías puede explicarse por referencia a la «degradación de *status*» de las personas penadas: éstas ya han sido condenadas (después de un proceso con todas las garantías) y podrían estar siendo consideradas, por ello, algo menos merecedoras de protección¹⁴ que ciudadanos formalmente inocentes.

¹¹ BEYENS, K. y PERSSON, A. «Discretion and professionalism in a breach context», en BOONE, M. y MAGUIRE, N. (eds.) *The enforcement of offender supervision in Europe. Understanding breach processes*, Routledge, Londres, 2018, pp. 59-76, *vid.* p. 77.

¹² LÓPEZ GUERRA, L. *Derecho Constitucional. Volumen I*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018.

¹³ HUCKLESBY, A., MAGUIRE, N., ANAGNOSTAKI, M. y CID, J. «Legitimacy, fairness and justice in breach processes: Comparative perspectives», en BOONE, M. y MAGUIRE, N. (eds.) *The enforcement of offender supervision in Europe. Understanding breach processes*, Routledge, Londres, 2018, pp. 77-105, *vid.* p. 89.

¹⁴ Afirmación realizada en relación con el incumplimiento de los mecanismos de liberación anticipada por parte de las personas penadas a prisión en Inglaterra y Gales, en HUCKLESBY, A. *et al.* «Legitimacy, fairness and justice...», *vid.* p. 99.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aplicado pocas veces el art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en adelante), sobre el derecho a la libertad y a la seguridad, a las medidas penales alternativas, y no considera que el artículo 6 del mismo, sobre el derecho a un proceso equitativo, sea relevante en su fase de ejecución¹⁵. Algunos penólogos europeos proponen que se recurra a las Recomendaciones sobre la materia del Consejo de Europa para tratar de expandir el ámbito de aplicación de las garantías procesales a las decisiones que se toman en la ejecución de medidas penales alternativas, incluida la decisión de considerarlas incumplidas o de revocarlas¹⁶. Ello resultaba posible con las Recomendaciones sobre Penas y Medidas Comunitarias de 1992¹⁷, que disponían que sería una autoridad judicial la competente para imponer y revocar una sanción comunitaria (Punto 12) y la posibilidad de recurso ante una autoridad judicial frente a resoluciones tomadas durante la ejecución de las sanciones comunitarias (Punto 14).

Sin embargo, de acuerdo con las Recomendaciones sobre Sanciones y Medidas Aplicadas en la Comunidad de 2017¹⁸, que sustituyen las anteriores, será cualquier «autoridad decisoria» «prevista en la ley» la que decida sobre la revocación de las penas alternativas (recomendación 16 en relación con la 65), eliminándose la mención expresa al juez en el contexto de los procedimientos por incumplimiento o por reclamaciones frente a actuaciones administrativas. Estas nuevas Recomendaciones mantienen la idea de que debe evitarse la revocación automática de la medida penal alternativa como respuesta al incumplimiento (recomendación 68), se introduce la asistencia jurídica en procedimientos por incumplimiento (recomendación 69) y «si resulta necesario» en reclamaciones contra decisiones tomadas durante la aplicación de estas penas (recomendación 97). En términos generales, sin embargo, «la protección de derechos en el contexto de procedimientos por incumplimiento se ha debilitado al abandonar la exigencia de que participe un juez»¹⁹. Ello permite anticipar que los estándares mínimos actuales para procedimientos de incumplimiento y revoca-

¹⁵ MORGENSTERN, C., *et al.* «Fairness issues in the breach process...», *vid.* pp. 20-23.

¹⁶ MORGENSTERN, C., *et al.* «Fairness issues in the breach process...».

¹⁷ Recomendación del CM/Rec del Consejo de Europa a los Estados Miembros R(1992)16, relativa a las Reglas Europeas sobre Sanciones y Medidas Comunitarias, adoptada el 19 de octubre de 1992.

¹⁸ Recomendación del CM/Rec del Consejo de Europa a los Estados Miembros R(2017) 3 relativa a las Reglas Europeas sobre las Sanciones y Medidas Aplicadas en la Comunidad, adoptada el 22 de marzo de 2017.

¹⁹ MORGENSTERN, C., *et al.* «Fairness issues in the breach process...», *vid.* pp. 27-28.

ción (arts. 5 y 6 CEDH) no van a verse ampliados por la vía de la Recomendación de 2017²⁰. Los cambios recientes a este nivel reflejan una concentración del poder de toma de decisiones en sede de ejecución «(potencialmente) en las agencias de aplicación, ignorando la importancia en este contexto de los procedimientos judiciales... que constituyen una mayor garantía»²¹.

A pesar de esta situación, los jueces juegan un papel relevante en este ámbito en las jurisdicciones europeas y en España el Tribunal Supremo ha afirmado claramente el control judicial de la ejecución de las penas, reconociendo el margen de actuación de la Administración, pero también que «los tribunales no son meros espectadores»²².

A pesar de este reconocimiento, es posible apuntar diversas muestras de la menor consideración de las garantías en sede de ejecución de las medidas penales alternativas en España. Así, han recibido una atención menor en el ámbito legislativo, lo que se refleja, por ejemplo, en la ausencia de una ley específica, paralela a la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, sobre su ejecución, pasando directamente de las disposiciones incluidas en el Código penal al reglamento de ejecución (Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas).

Por otra parte, esta menor consideración tiene también su plasmación en la formación de los juristas. La revisión de los planes de estudio de los Grados de Derecho en España refleja una notable atención a la teoría del delito y a la parte especial del Derecho penal, y una atención residual, si es que se presta, a la ejecución penitenciaria. Así, algunos Grados ofertan asignaturas de Derecho Penitenciario como materias optativas, mientras que en otros ni siquiera aparecen. Si en la formación básica de los juristas no se da importancia a la ejecución penal, es comprensible que en las distintas prácticas profesionales no se le otorgue tampoco una relevancia excesiva.

En la misma dirección, en diversas jurisdicciones se ha cuestionado el contenido punitivo y la calidad de «auténticas penas»²³ de las medi-

²⁰ MORGENSTERN, C., *et al.* «Fairness issues in the breach process...», *vid.* p. 27.

²¹ MORGENSTERN, C., *et al.* «Fairness issues in the breach process...», *vid.* p. 30.

²² MORGENSTERN, C., *et al.* «Fairness issues in the breach process...», *vid.* p. 24, citando las STS 2026/2012, 2045/2012, 2040/2012, 2037/2012.

²³ ROBINSON, G. «The Cinderella complex...».

das penales alternativas. En nuestro contexto, la suspensión es todavía definida como un «beneficio» o una «gracia» que se concede al penado²⁴. En los años siguientes a su incorporación al Código penal, se llegó a discutir la naturaleza de pena del trabajo en beneficio de la comunidad, porque la regulación exige el consentimiento del penado²⁵; lo mismo sucedió en ámbito anglosajón²⁶.

Sea cual sea la explicación de sus causas, esta menor atención a las garantías en sede de ejecución penal, y en particular en el contexto de las medidas penales alternativas, tiene consecuencias evidentes relacionadas con el papel del juez en su supervisión.

De este modo, la dejación del legislador se refleja, además de en la ausencia de una ley de ejecución, en la ausencia de normas procesales propias de la materia. No existen normas procesales específicas sobre las competencias de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en relación con la pena de prisión y con la pena de trabajo en beneficio de la comunidad y de los jueces y tribunales de lo penal en materia de suspensiones con reglas de conducta²⁷. A pesar de las reclamaciones al respecto, el legislador no ha dado una respuesta y, los Jueces de Vigilancia han abordado esta cuestión mediante acuerdos en reuniones periódicas.

Quizá el relativo desorden en la distribución de competencias entre distintos órganos jurisdiccionales (Jueces de Vigilancia Penitenciaria, jueces de ejecución) esté reflejando esta misma dejación. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código penal, atribuyó al Juez de Vigilancia Penitenciaria, en detrimento del juez o tribunal sentenciador, el control de la ejecución del trabajo en beneficio de la comunidad. No está claro si ello refleja una voluntad de cambio de modelo por parte del legislador, que si a finales de los setenta optó en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria por un juez centrado en

²⁴ Ello es habitual en los comentarios doctrinales y en las resoluciones judiciales. Ver por ejemplo la STC. 251/2005, 10 de octubre, o la ponencia realizada por el Fiscal del Tribunal Supremo QUINTANA GIMÉNEZ, C. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad», s.f. disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Quintana%20Jimenez,%20Carmelo.pdf?idFile=50032e0f-7862-4314-925f-e24ec3b9d363 [última consulta 30/10/2018].

²⁵ SERRANO BUTRAGUEÑO, I. «art. 49», en AAVV. *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Tomo I, Comares, Granada, 2002, pp. 673-682.

²⁶ ROBINSON, G. «The Cinderella complex...».

²⁷ En relación con esta cuestión, sin embargo, la reforma operada en el Código penal por la Ley Orgánica 1/2015 introduce algunas mejoras, como la necesidad de oír «al Fiscal y a las demás partes» cuando se plantean problemas de incumplimiento durante el plazo de suspensión (art. 86.4 CP).

la tutela de la legalidad y de los derechos de los penados a prisión, en 2003 parecía estar optando por un modelo genérico de juez de ejecución²⁸. En cualquier caso, esa reforma deja una distribución de competencias compleja e incómoda entre el juez o tribunal sentenciador y el Juez de Vigilancia Penitenciaria para el trabajo en beneficio de la comunidad, y un panorama poco definido en relación al conjunto de las medidas penales alternativas. Podría haber más oportuno dejar la competencia en manos del juez o tribunal sentenciador y optar por el modelo de Juez (de lo Penal) de ejecución que se pone en marcha en los partidos judiciales grandes. No tiene demasiado sentido que una suspensión con programas formativos o para drogodependientes la supervise un juez distinto que el trabajo en beneficio de la comunidad, pues los interlocutores y parte de los problemas que se van a plantear son comunes²⁹. Que la cuestión no se haya abordado a pesar de los pronunciamientos de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria³⁰ puede estar mostrando lo poco relevante que se considera la cuestión.

Por otra parte, la supervisión de la ejecución del trabajo en beneficio de la comunidad parece ser una competencia asumida como impropia por los mismos Jueces de Vigilancia³¹, que tienden a concebirla

²⁸ LÓPEZ LORENZO, V. «La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal», *La Ley Penal*, n. 9, año I, octubre 2004, pp. 1-15.

²⁹ Ello resulta todavía más evidente después de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el encabezamiento del art. 49 CP, que permite que se cumpla en talleres o programas formativos y que ha llevado, en la práctica, a que llegue a ejecutarse en forma de programas de salud mental, seguridad vial o violencia de género, idénticos a los que se cumplen como reglas de conducta de las suspensiones.

³⁰ Ver, a modo de ejemplo, la redacción del Acuerdo adoptado durante la sesión plenaria del Encuentro de Jueces de Vigilancia Penitenciaria en Málaga, 29-31 de mayo de 2017, *vid.* p. 12 del documento, disponible en http://www.derechopenitenciario.com/documents/CRITERIOSYACUERDOJVP.Malaga29-31mayo2017_000.pdf [última consulta 30/10/2018].

³¹ Ello quedó reflejado en las entrevistas realizadas para la investigación publicada en BLAY, E. «El papel de los jueces en la ejecución de las penas comunitarias: una investigación empírica y algunas propuestas para la reflexión», en LARRAURI, E. y BLAY, E. (eds.) *Penas comunitarias en Europa*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 60-82. Más recientemente, se refleja en AAVV. *Criterios y acuerdos sobre la especialización del Juez de Vigilancia Penitenciaria (aprobados en el encuentro de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, Málaga, 29-30 de mayo de 2017)*: «la añadida y nunca bien atribuida competencia para la ejecución y control de la pena de «trabajos en beneficio de la comunidad» que solamente se entiende desde la óptica de que es la administración penitenciaria la encargada de su efectiva ejecución pero que, realmente, es y debería ser ajena a la competencia del órgano jurisdiccional», p.12, disponible en http://www.derechopenitenciario.com/documents/CRITERIOSYACUERDOJVP.Malaga29-31mayo2017_000.pdf [última consulta 30/10/2018].

como una carga distinta y de menos contenido jurídico que su tarea principal, la de hacer cumplir la pena de prisión, garantizar los derechos fundamentales de las personas presas y la legalidad de la actuación de la administración penitenciaria. Aunque no cabe duda de que el riesgo de lesión de derechos fundamentales es mayor en el contexto de un encierro, también es cierto que las penas que no suponen privación de libertad conllevan también una restricción de derechos, aunque menos palpable, y una carga punitiva.

Hasta donde alcanza nuestro conocimiento, la supervisión judicial del trabajo en beneficio de la comunidad tiende a ser muy formal. La investigación realizada al respecto, mostró que el papel del juez se limitaba en la mayoría de ocasiones a dar un visto bueno formal a los planes de ejecución de la administración competente, sin entrar a valorar su contenido, y a los informes finales. En este último caso, era el letrado, o personal de la oficina judicial, quien se aseguraba de que el número de días cumplidos coincidía con el número de días impuestos, mediante el recuento de firmas. Los únicos problemas «con cierto contenido jurídico» tenían que ver con el incumplimiento³². En ningún caso se realizaban visitas a lugares de cumplimiento de la pena, como sí se realizan a prisión (art. 76.1 LOGP) y los «problemas sociales» puestos de manifiesto durante el cumplimiento se consideraban competencia de los técnicos del Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas o Delegados de ejecución, en el ámbito catalán (en adelante, técnicos o delegados)³³. Algo parecido sucede, con variaciones, en la supervisión por parte de los jueces de ejecución de las suspensiones con reglas de conducta: los jueces tienden a realizar un control meramente formal de su cumplimiento. Esto puede estar suponiendo, como veremos más adelante, una pérdida de oportunidades para fomentar un cumplimiento más sustantivo (que meramente formal) de las penas, vinculado por la investigación empírica con un mayor comportamiento conforme a Derecho en el futuro³⁴. La sobrecarga de trabajo en los Juzgados fomenta a esta formalización y contribuye a explicar que los jueces prioricen las cuestiones que perciben como más relevantes en relación con derechos fundamentales (es decir, la pena de prisión).

La sobrecarga de trabajo, la concepción cultural según la cual las alternativas son «menos penas» que la prisión, unidas a la formaliza-

³² BLAY, E. «El papel de los jueces...».

³³ BLAY, E. «El papel de los jueces...».

³⁴ ROBINSON, G. / MCNEILL, F. «Exploring the dynamics of compliance with community penalties», *Theoretical Criminology*, vol. 12(4), 2008, pp. 431-449.

ción del control judicial, pueden llevar a lo que se ha descrito como «taquigrafía perceptiva»³⁵. El trabajo en organizaciones de cierta dimensión y con un gran volumen de casos requiere a menudo la toma de decisiones de forma repetitiva, y hacerlo sobre situaciones o problemas parecidos contribuye a que los agentes desarrollen formas expeditivas de clasificar y procesar la información, descartando las situaciones que se consideran «normales» y no problemáticas para poder centrarse en las problemáticas. Ello permite tomar decisiones de forma eficiente, pero a su vez contribuye a invisibilizar algunas cuestiones³⁶. Es necesaria investigación empírica para verificar si ello está sucediendo en el contexto de la supervisión judicial de la ejecución de las medidas penales alternativas.

Ante esta situación, diversos argumentos aconsejan prestar atención a las incidencias en la ejecución de las medidas penales alternativas y al papel de los jueces en su resolución.

En primer lugar, por su contenido punitivo. No cabe duda de que las medidas penales alternativas son formalmente consideradas penas, clasificadas como tales en el Código penal (arts. 33 y 39 CP) o bien formas de ejecución de otras penas (como la suspensión de la pena de prisión con reglas de conducta, arts. 80 y ss. CP). Más allá de esta clasificación legal, *culturalmente* son consideradas «menos penas» y su propia denominación («penas y medidas alternativas») contribuye a invisibilizar su contenido punitivo: son *alternativas* a algo, que es el castigo *per se*³⁷. Ello facilita cognitivamente que nos permitamos rodearlas de menos garantías que a la pena de prisión³⁸.

Desde la penología se señala la necesidad de rodear de garantías a toda sanción o medida «con contenido penal» y se subraya el error de presentar las penas alternativas o comunitarias como opciones suaves o privilegios para el penado³⁹. De acuerdo con la investigación empírica, estas penas o medidas son *experimentadas* por las personas a quien se imponen como verdaderas cargas, percibidas perciben cla-

³⁵ En inglés, *perceptual shorthand*, expresión acuñada por SKOLNICK, J. *Justice without trial: law enforcement in democratic society*, 1966, Wiley, New York, citado en HAWKINS, K. «Order, rationality and silence: some reflections in criminal justice decision-making», en GELSTHORPE, L. y PADFIELD, N. (eds.). *Exercising Discretion. Decision-making in the criminal justice system and beyond*, Willan Publishing, Devon, 2003, pp. 186-219, por donde se cita.

³⁶ HAWKINS, K. «Order, rationality and ...», *vid.* pp. 212-213.

³⁷ ROBINSON, G. «The Cinderella complex...».

³⁸ MORGENSTERN, C., *et al.* «Fairness issues in the breach process...».

³⁹ MORGENSTERN, C., *et al.* «Fairness issues in the breach process...», *vid.* p.25.

ramente como una forma de castigo⁴⁰ y descritas como una experiencia dolorosa e intrusiva⁴¹. No cabe duda de que estas penas y formas de ejecución tienen *contenido punitivo* y restringen derechos individuales, por lo que su imposición y ejecución debe estar rodeada de todas las garantías.

La gravedad de las decisiones que se toman ante incidencias ocurridas durante el cumplimiento y, en particular, las decisiones que se toman cuando se considera incumplida la pena o medida, constituyen un argumento adicional. Así, estas decisiones comportan consecuencias relevantes en términos de restricción de derechos: pueden comportar una ampliación del plazo de suspensión de la pena, o el cambio de las reglas de conducta impuestas, y eventualmente pueden comportar un ingreso en prisión, de forma directa cuando se revoca una suspensión, y de forma indirecta, cuando se incumple un trabajo en beneficio de la comunidad y se impaga la multa impuesta por ello. Así, las consecuencias de las decisiones que se tomen una vez constatado un incumplimiento son «potencialmente igual de severas que las de una condena penal»⁴², por lo que se les debe aplicar el mismo estándar de garantías que a las condenas penales propiamente dichas⁴³.

A estos argumentos cualitativos cabe añadir la relevancia cuantitativa de la cuestión. Según el último Informe General de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, que recoge datos de 2016, durante ese año tuvieron entrada en el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas 87.872 mandamientos judiciales, incluyendo penas de trabajo en beneficio de la comunidad, sustituciones y suspensiones y medidas de seguridad⁴⁴. En el ámbito de competencias catalán y

⁴⁰ MCNEILL, F. y BEYENS, K. «Introduction: Studying mass supervision», en MCNEILL, F. y BEYENS, K. (eds.), *Offender supervision in Europe*, Palgrave Macmillan, Londres, 2013, pp. 1-18; VAN ZYL SMIT, D. «Legal standards and the limits of community sanctions», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 1(4), 1993, pp. 309-331.

⁴¹ DURNESCU, I. «Pains of probation: Effective practice and human rights», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 55(4), 2011, pp. 530-545.

⁴² Directamente mediante la revocación de una suspensión de condena (art. 86 CP); indirectamente mediante la responsabilidad personal subsidiaria que podría imponerse a la multa impuesta como respuesta al quebrantamiento de condena por incumplimiento de trabajo en beneficio de la comunidad (arts. 49, 53 y 468 CP).

⁴³ HUCKLESBY, A. et al. «Legitimacy, fairness and justice...», *vid.* p. 89, 90; en el mismo sentido, VAN ZYL SMIT, D. «Legal standards and the limits...»; MORGENSEN, C., et al. «Fairness issues in the breach process...».

⁴⁴ MINISTERIO DEL INTERIOR. *Informe General 2016*. Fecha publicación 2017, disponible en http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Informe_General_2016_acc.pdf [última consulta 21/10/2018].

en ese mismo periodo de tiempo, tuvieron lugar 8.762 altas⁴⁵. Aunque ninguna de las administraciones publica datos sobre incumplimiento, datos parciales recabados en el contexto catalán apuntan que se incumplen alrededor de un 9% de las medidas penales alternativas impuestas⁴⁶. El porcentaje de incumplimiento es menor en las suspensiones con programas formativos (6%) y mayor en las suspensiones para drogodependientes (20%), mientras que las suspensiones con otras reglas de conducta (11%) y el trabajo en beneficio de la comunidad (9%) se acercan más a la media. Aunque en la mayoría de jurisdicciones europeas tampoco se publican datos oficiales sobre esta cuestión⁴⁷, la investigación empírica apunta que los supuestos de incumplimiento oscilan entre un 29% en Alemania⁴⁸, 14% en Holanda⁴⁹ o 10% en Inglaterra y Gales⁵⁰. Cabría esperar que en el ámbito competencial de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias los datos fuesen equivalentes, lo que en una aproximación conservadora (9% del total) ha-

⁴⁵ Descriptores Estadísticos de Medidas Penales Alternativas, Generalitat de Catalunya, disponibles en http://www.gencat.cat/justicia/estadistiques_mpa/3_pag_MPA.html [última consulta 30/10/2018]. La población penitenciaria en el mismo momento (31/12/2016), era de 51.029 personas, de las cuales 42.905 eran personas penadas (Ministerio del Interior, 2017). En el ámbito catalán, en ese momento habían 8.566 personas encarceladas, de las cuales 7.302 estaban penadas, *vid.* Descriptores Estadísticos de Servicios Penitenciarios y Rehabilitación, septiembre 2018, http://www.gencat.cat/justicia/estadistiques_serveis_penitenciaris/index.htm [última consulta 30/10/2018].

⁴⁶ BLAY, E. / CID, J. / MURILLO, C. «Breach procedure, revocation and recall in Spain», en BOONE, M. y MAGUIRE, N. (eds.) *The enforcement of offender supervision in Europe. Understanding breach processes*, Routledge, Abingdon, 2018, pp. 236-249. Estos datos fueron solicitados al Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya por Consuelo Murillo en el contexto de su investigación doctoral y cedidos para la publicación citada.

⁴⁷ BOONE, M. y MAGUIRE, N. «Introduction: Comparing breach processes: Aims, concepts, methodology and figures», en BOONE, M. y MAGUIRE, N. (eds.) *The enforcement of offender supervision in Europe. Understanding breach processes*, Routledge, Abingdon, 2018, pp. 3-18.

⁴⁸ PRUIN, I. «Revocation and recall in Germany. Legal structures and first insights into decision-making processes», en BOONE, M. y MAGUIRE, N. (eds.) *The enforcement of offender supervision in Europe. Understanding breach processes*, Routledge, Abingdon, 2018, pp. 152-164, en p. 161 y en nota al pie en p. 163 la autora matiza el dato, apuntando que se trata del porcentaje referido a personas con peor pronóstico y que existen notables variaciones regionales.

⁴⁹ BOONE, M. y BECKMANN, M. «Revocation and recall in the Netherlands», en BOONE, M. y MAGUIRE, N. (eds.) *The enforcement of offender supervision in Europe. Understanding breach processes*, Routledge, Abingdon, 2018, pp. 221-235, p. 231-232.

⁵⁰ Dato publicado por el Ministerio de Justicia y recogido en HUCKLESBY, A. «Non-compliance and the breach process in England and Wales», en BOONE, M. y MAGUIRE, N. (eds.) *The enforcement of offender supervision in Europe. Understanding breach processes*, Routledge, Abingdon, 2018, pp. 134-151, *vid.* pp. 142-143.

bría supuesto para 2016 7.908 mandamientos incumplidos, cifra que recomienda prestar mayor atención al incumplimiento.

Constatada la relevancia de estas cuestiones, los apartados siguientes buscan aportar algunas ideas surgidas de la investigación empírica que pueden contribuir a una apreciación crítica de las prácticas judiciales en este ámbito.

III. Dos aportaciones desde la criminología

1. *La discrecionalidad de los jueces y la toma colectiva de decisiones en materia de ejecución penal*

Las decisiones judiciales en materia de ejecución conllevan un importante ejercicio de la discrecionalidad. Entre otros motivos, ello es así porque, como sucede en otras jurisdicciones europeas, en España los incidentes que pueden constituir incumplimiento y generar consecuencias gravosas para los penados están enumerados pero no están detalladamente definidos en la legislación⁵¹, lo que necesariamente obliga a un ejercicio de interpretación.

La mayoría de estudios (de tradición positivista) sobre toma de decisiones judiciales en materia penal, y por extensión en materia de ejecución y cumplimiento, tratan de asociar factores o variables a determinadas decisiones judiciales. De este modo, se trata de asociar características socio demográficas de los penados, como el género, la edad o la nacionalidad, o factores penales, como los antecedentes o el tipo de delito, a las decisiones de los jueces en materia de imposición de penas o de cumplimiento de las mismas⁵².

De acuerdo con otras perspectivas (más construccionistas), sin embargo, la toma de decisiones judiciales en materia penal es una «práctica colectiva», generada por la participación de diversos actores o agentes⁵³. En el contexto de la ejecución penal, las aportaciones de estos distintos agentes contribuyen a definir una situación o conjunto de situaciones

⁵¹ BLAY, E. *et al.* «Breach procedure, revocation...».

⁵² Esta es la perspectiva de diversas investigaciones en nuestro contexto, a modo de ejemplo CID, J. y LARRAURI, E. (eds.) *Jueces penales y penas en España. Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

⁵³ HUTTON, N. «Visible and invisible sentencing», en HONDEGHEM, A., ROUSSEAU, X. y SCHOENAERS, F. (eds.) *Modernisation of the criminal justice chain and the judicial system. New insights on trust, cooperation and human capital*, Spring International Publishing, Nueva York, 2016, pp. 145-158.

como cumplimiento o incumplimiento. De acuerdo con esta postura, el cumplimiento no es «una calidad objetiva de un comportamiento, sino más bien una etiqueta que se aplica a unos individuos y no a otros» después de diversos procesos interpretativos por parte de varios actores⁵⁴.

Esta idea resulta de aplicación a las decisiones judiciales en sede de ejecución⁵⁵, que serían de algún modo el resultado de decisiones anteriores, tomadas por otros actores, sobre el comportamiento de personas penadas. En concreto, un primer actor, casi siempre lego (por ejemplo, el supervisor en el puesto de trabajo en beneficio de la comunidad o el terapeuta en un programa formativo), identifica un comportamiento como problemático y lo comunica a un segundo actor (técnico del Servicio de Ejecución de Penas y Medidas alternativas, o Delegado de Ejecución en el ámbito catalán). Este segundo actor deberá interpretar este comportamiento y considerarlo suficientemente relevante como para entrevistar al penado y, en su caso, alertar al juez del mismo en un informe. A menudo este técnico o delegado consulta a su superior jerárquico sobre la mejor forma de abordar el incidente, especialmente cuando podría comportar un ingreso en prisión. Cuando estos tres actores han renunciado a solucionar el incidente de manera informal y han considerado que es suficientemente relevante como para ser comunicado al juez, el técnico o delegado elaborará un informe dirigido al mismo. El juez decidirá sobre la base de la información contenida en ese documento (y en el caso de la suspensión dando audiencia, como veremos más adelante, a las partes).

De acuerdo con lo anterior, el resultado de la decisión de cada uno de los actores supondrá el *input* para la decisión del siguiente actor en el sistema⁵⁶. Este *input* «viene coloreado por la interpretación del suceso —por ejemplo el incumplimiento de una condición— por parte del actor que informa. Desde esta perspectiva, las decisiones del proceso de incumplimiento son el resultado de interacciones formales e informales de actores en las distintas capas del proceso, llevando a una decisión final»⁵⁷.

Por ello algunos autores han afirmado que muchas resoluciones judiciales comportan el ejercicio de una «discrecionalidad residual», «parcial» o «limitada», siendo la condena, o la decisión sobre incumpli-

⁵⁴ ROBINSON, G. «What counts? Community sanctions and the construction of compliance», en UGWUDIKE, P. y RAYNOR, P. (eds.) *What works in offenders compliance. International perspectives and evidence-based practices*, Pallgrave Macmillan, Basingstoke, 2013, pp. 26-43, *vid.* pp. 26-27.

⁵⁵ BEYENS, K. y PERSSON, A. «Discretion and professionalism...», *vid.* p. 59.

⁵⁶ HAWKINS, K. «Order, rationality and...», *vid.* p. 188.

⁵⁷ BEYENS, K. y PERSSON, A. «Discretion and professionalism...», *vid.* p. 59.

miento en nuestro caso, la culminación de diversas decisiones anteriores sobre un supuesto⁵⁸.

Desde esta perspectiva se considera más relevante pensar no tanto en términos de actores (jueces, por ejemplo) o decisiones individuales (la de revocar una suspensión, por ejemplo), como de sistema⁵⁹. Ello supone entender que las decisiones en materia de justicia penal no son tanto el producto de una decisión individual (judicial) sino más bien el producto de distintos agentes que actúan sobre decisiones anteriores⁶⁰.

Esta forma de pensar las decisiones judiciales en el momento de la ejecución penal, tiene diversas implicaciones:

- a. *El poder de decisión en materia de ejecución penal está más disperso de lo aparente, entre un amplio conjunto de individuos e instituciones*⁶¹. Así, en la toma de decisiones en materia de cumplimiento de medidas penales alternativas, por ejemplo, deberá tenerse en cuenta al supervisor inmediato (el responsable de supervisar al penado en el puesto de trabajo o el terapeuta del programa formativo), al técnico de los servicios sociales penitenciarios o delegado de ejecución, al juez, al fiscal, al abogado defensor del penado y al propio penado. Pero la investigación empírica ha mostrado que otros actores menos obvios son también relevantes y juegan su papel en la toma de decisiones: los compañeros o superiores jerárquicos del supervisor inmediato, con los que el responsable consulta en la práctica y que pueden considerar admisibles o no ciertos comportamientos; los superiores jerárquicos de los técnicos o delegados, con los que habitualmente se consultan las decisiones complejas⁶² y, en su caso, las personas que actúan de intérpretes, pues condicionan cómo los penados reciben la información y expresan su punto de vista⁶³.
- b. *Las decisiones tomadas en un momento inicial del sistema pueden restringir las opciones del actor que toma decisiones en un momento posterior del mismo*⁶⁴. En el control del cumplimiento

⁵⁸ HAWKINS, K. «Order, rationality and ...», *vid.* p. 188.

⁵⁹ HAWKINS, K. «Order, rationality and ...», *vid.* p. 194.

⁶⁰ HAWKINS, K. «Order, rationality and ...», *vid.* p. 194.

⁶¹ HAWKINS, K. «Order, rationality and ...», *vid.* p. 196.

⁶² BLAY, E., BOONE, M. y PRUIN, I. «Parties, roles and responsibilities», en BOONE, M. y MAGUIRE, N. (eds.) *The enforcement of offender supervision in Europe. Understanding breach processes*, Routledge, Abingdon, 2018, pp. 39-58.

⁶³ ANTÓN GARCÍA, L. «Barrera idiomática y derecho a la información de las víctimas de violencia de género. El servicio de interpretación en el sistema penal de Catalunya», *InDret*, vol. 2, 2014, pp. 1-33.

⁶⁴ HAWKINS, K. «Order, rationality and ...», *vid.* p. 196.

de las medidas penales alternativas, los actores que ocupan un lugar anterior en el sistema colectivo de toma de decisiones tienen la capacidad de configurar la realidad práctica del caso —su contenido y significado— para aquellos actores que tienen que recibir sus informes⁶⁵, constriñendo de ese modo su discrecionalidad. Por ejemplo, el supervisor inmediato de un penado a trabajo en beneficio de la comunidad puede optar por no informar al técnico o delegado sobre una incidencia y resolverla informalmente, con lo que la misma no llegará al juez, que no la podrá tener en cuenta en sus decisiones.

- c. *El poder efectivo sobre las decisiones lo asumen a menudo actores distintos de los que, según la ley, tienen el poder definitivo sobre las mismas*⁶⁶. En la supervisión de medidas y penas alternativas el juez (de Vigilancia Penitenciaria o de lo Penal) tiene según el Código penal la capacidad de declarar incumplido un trabajo en beneficio de la comunidad (art. 49 CP) o de revocar una suspensión por el incumplimiento de alguna de sus condiciones (art. 86 CP). Sin embargo, el juez decide generalmente *sobre la base* de informaciones provistas por técnicos o delegados. El técnico o delegado no considerará todos los hechos igualmente relevantes, y en la redacción de su informe tenderá a reflejar su interpretación de lo sucedido de tal manera que anticipe la decisión querida⁶⁷. Los técnicos o delegados tienen, en sus informes, la capacidad de «crear un marco para el posterior ejercicio de la discrecionalidad [por parte del juez], describiendo o presentado un caso de un modo particular, y posicionándolo en una dirección específica, y al hacerlo, produciendo expectativas claras en subsiguientes actores sobre cómo debe resolverse adecuadamente» el supuesto⁶⁸. Es más, frente a la relativa indefinición legal y la considerable discrecionalidad de que disponen, los legos que supervisan a los penados de forma inmediata tienen un importante margen para anticipar y configurar las decisiones que tomarán actores en momentos posteriores del sistema, técnicos o delegados y jueces⁶⁹. De este modo, la toma de decisiones colectiva y la capacidad de unos actores de influir en los siguientes, configurando los pará-

⁶⁵ HAWKINS, K. «Order, rationality and ...», *vid.* p. 196.

⁶⁶ HAWKINS, K. «Order, rationality and ...», *vid.* p. 197.

⁶⁷ BLAY, E. *et al.* «Parties, roles and...».

⁶⁸ HAWKINS, K. «Order, rationality and ...», *vid.* p. 197.

⁶⁹ BEYENS, K. y PERSSON, A. «Discretion and professionalism...», *vid.* p. 71.

metros de su decisión, permite formular la pregunta de quién tiene el poder efectivo de decisión, si el juez, como establece la legislación, el técnico o delegado que elabora los informes durante el cumplimiento, o el supervisor inmediato que alerta (o no) de incidencias que considera relevantes. Los proveedores de información a los distintos niveles (supervisores inmediatos, técnicos o delegados) «tienen poder a la hora de construir la gravedad del incumplimiento, aunque el poder formal de decidir lo tienen generalmente los jueces»⁷⁰.

- d. Es necesario interpretar las decisiones de los distintos actores teniendo en cuenta que *forman parte de un sistema*. Los agentes del sistema no actúan independientemente entre sí. Los estudios realizados muestran que en su toma de decisiones los técnicos o delegados *tienen en cuenta y anticipan* las decisiones de los actores posteriores en el sistema⁷¹. Como hemos visto, en la elaboración de un informe acerca del incumplimiento los técnicos sopesan cuidadosamente no sólo su redacción y contenido (qué información incluir, qué información «no interesa al juez»), sino el momento en que esa información llega al juez. Cuando el técnico considera que un supuesto no merece una revocación, puede intentar solucionar el problema por su cuenta (por ejemplo elaborando un nuevo calendario de cumplimiento o cambiando al penado de puesto de trabajo) e informar al juez de ello *posteriormente*, cuando el penado ha reemprendido un cumplimiento adecuado. Incluir o no incluir determinada información en los informes que llegarán al superior, condiciona las decisiones de éste, especialmente cuando este no recurre a fuentes de información distintas que el informe y no lo contrasta⁷². Inversamente, a veces los actores en puestos inferiores anticipan aquellos contenidos que resultarán aceptables para el actor superior y evitan proponer soluciones que esos actores no podrían asumir⁷³.
- e. La propuesta de análisis que aquí se recoge, que supone entender la toma de decisiones en sede de ejecución como una práctica social, implica ampliar la perspectiva para tomar en consideración el *contexto* organizativo y sociopolítico en que la toma de decisiones tiene lugar. Los distintos actores relevantes en la

⁷⁰ BEYENS, K. y PERSSON, A. «Discretion and professionalism...», *vid.* p. 72.

⁷¹ HAWKINS, K. «Order, rationality and ...», *vid.* p. 195.

⁷² BLAY, E. *et al.* «Parties, roles and...».

⁷³ HAWKINS, K. «Order, rationality and ...», *vid.* p. 200; BEYENS, K. y PERSSON, A. «Discretion and professionalism...», *vid.* p. 69.

supervisión de la ejecución toman decisiones no únicamente sobre la base de las características del caso, sino que se tienen en cuenta elementos organizativos y relacionados con otros supuestos⁷⁴. Así, por ejemplo, a la hora de gestionar una incidencia en el cumplimiento del trabajo en beneficio de la comunidad, un técnico o delegado puede decidir cambiar al penado de puesto de trabajo o elevar la cuestión al juez para conservar el recurso para otros penados, en un contexto organizativo de escasez de plazas y listas de penados a la espera de poder iniciar el cumplimiento. En la práctica, los problemas en sede de ejecución pueden acabar resolviéndose de una forma específica por razones que «poco que ver con sus características propias, y mucho más con presiones que tiene el actor»⁷⁵.

Además de cuestiones organizativas o burocráticas, la investigación señala que hay que tener en cuenta el clima social y político en que se toman las decisiones; así, un aumento en el populismo punitivo o la mediatización de un delito grave cometido por un penado durante el cumplimiento de una medida penal alternativa podrían llevar a reacciones más severas en casos particulares⁷⁶.

En resumen, la perspectiva propuesta permite entender la decisión judicial como una decisión de discrecionalidad limitada, parte de un sistema, que depende en buena medida de decisiones previas de otros profesionales, y que es, además, una decisión *situada*, que tiene lugar en un marco organizativo y un contexto determinados. Esto obliga a tener en cuenta otros elementos, más allá de los estrictamente jurídicos o judiciales, para explicar las decisiones de los jueces en sede de ejecución.

2. *El cumplimiento, la legitimidad de las penas y el papel de los jueces: hacia un modelo garantista e individualizador de la supervisión del cumplimiento*

La investigación criminológica ha puesto de manifiesto la existencia de un vínculo clave entre la legitimidad⁷⁷ de las agencias e instituciones

⁷⁴ HAWKINS, K. «Order, rationality and ...», *vid.* p. 195.

⁷⁵ HAWKINS, K. «Order, rationality and ...», *vid.* p. 195.

⁷⁶ BEYENS, K. y PERSSON, A. «Discretion and professionalism...», *vid.* p. 72.

⁷⁷ En este contexto, el concepto de legitimidad no es normativo (conformidad de las actuaciones de las autoridades a una serie de principios y normas) sino *empírico*: la legitimidad es el derecho de algunas autoridades a emitir órdenes y la autorización que los ciudadanos confieren a las mismas para hacerlo, sintiéndose obligados a cumplir, ver en este sentido BEETHAM, D. *The Legitimation of Power*, Macmillan, Londres, 2011.

del sistema de justicia penal y el cumplimiento de la ley por parte de los ciudadanos. Así, cuanto mayor es la percepción de la legitimidad de las autoridades por parte de la ciudadanía, más probable es que los ciudadanos se comporten de acuerdo con las normas dictadas por esas autoridades⁷⁸. Esto es relevante para los actores del sistema de justicia penal que, con su forma de tratar a los ciudadanos, pueden estar generando legitimidad y, con ella, comportamiento conformista⁷⁹. De acuerdo con estos postulados, que se desarrollaran en los párrafos siguientes, los procesos de imposición y supervisión del cumplimiento de las penas que respetan una serie de principios tienen mayores probabilidades de ser percibidos como procedimentalmente justos por parte de las personas sujetas a ellos, potenciándose así su percepción de legitimidad y un mejor cumplimiento⁸⁰. Inversamente, la injusticia y la falta de legitimidad de los mismos puede tener un impacto negativo en el futuro comportamiento conforme a derecho de los penados⁸¹.

El análisis del cumplimiento (*compliance*) en el contexto de las medidas y penas alternativas, más complejo que el de la pena de prisión⁸², ha permitido distinguir entre diversas formas del mismo. En primer lu-

⁷⁸ TYLER, T. R. *Why people obey the law*, Princeton University Press, Princeton, 1990/2006; TYLER, T. R. y HUO, J. Y. *Trust in the law. Encouraging public cooperation with the police and the courts*, Russell Sage Foundation, Nueva York, 2002.

⁷⁹ ROBINSON, G. / MCNEILL, F. «Exploring the dynamics of compliance...»; HUCKLESBY, A. et al. «Legitimacy, fairness and justice...», *vid.* p. 77.

⁸⁰ BEYENS, K. y PERSSON, A. «Discretion and professionalism...», *vid.* p. 77.

⁸¹ BOTTOMS, A. «Compliance with community penalties», en BOTTOMS, A., GELSTHORPE, L. y REX, S. (eds.) *Community penalties: Change and challenges*, Willan, Collumpton, 2001, pp. 87-116; ROBINSON, G. / MCNEILL, F. «Exploring the dynamics of compliance...»; MCNEILL, F. y ROBINSON, G. «Liquid legitimacy and community sanctions», en CRAWFORD, A. y HUCKLESBY, A. (eds.) *Legitimacy and compliance in criminal justice*, Routledge, Londres, 2013, pp. 116-137.

⁸² Definir qué es el cumplimiento de las penas y medidas alternativas resulta más complejo que definir qué es el cumplimiento en el caso de la pena de prisión. Así, el mero encierro durante un periodo de tiempo preestablecido debe considerarse cumplimiento de la pena de prisión, aunque el penado no participe del tratamiento ni progrese de grado (*vid.* MAIR, G. / CANTON, R. «Sentencing, community penalties and the role of the Probation Service», en GELSTHORPE, L. y MORGAN, R. (eds.) *Handbook of probation*, Collumpton, Willan, 2007, pp. 248-291). En el contexto de las medidas penales alternativas, sin embargo, el cumplimiento no puede tener lugar sin una mínima voluntad de cumplir por parte de la persona penada y lo que es o no es cumplimiento no resulta tan evidente (ROBINSON, G. «What counts? Community sanctions and ...», *vid.* p. 27). En este sentido, no está claro si simplemente es necesario acudir al puesto de trabajo, hacerlo con puntualidad, correctamente ataviado, seguir las instrucciones, hacerlo con una mínima diligencia, sin haber consumido previamente sustancias tóxicas, etc. para dar por cumplida una jornada de trabajo en beneficio de la comunidad, por ejemplo.

gar, se distingue el cumplimiento a corto plazo del cumplimiento a largo plazo⁸³. El cumplimiento a corto plazo tiene lugar cuando el penado satisface formalmente las obligaciones que impone la pena o medida, como asistir de forma puntual al programa o al puesto de trabajo, o no consumir determinadas sustancias. El cumplimiento a largo plazo supone además el respeto al ordenamiento jurídico y la no comisión de delitos en el futuro⁸⁴. El cumplimiento a corto plazo, a su vez, puede ser meramente formal o bien sustantivo⁸⁵: es formal cuando la persona penada satisface técnicamente los requisitos de la pena o medida (asiste a las sesiones del programa formativo o acude al puesto de trabajo); el cumplimiento es sustantivo cuando el penado se compromete o implica con el contenido y fin de la pena, lo que sucede cuando participa activamente, con motivación para el cambio, en un programa formativo, o trabaja de forma diligente. El cumplimiento formal es fácil de medir (es controlable formalmente, cuantitativamente), mientras que el cumplimiento sustantivo es más difícil de apreciar⁸⁶.

Por otra parte, los autores han estudiado las motivaciones subyacentes al comportamiento conformista o cumplidor⁸⁷. Aquí interesa sobre todo distinguir entre el cumplimiento *instrumental* conforme a derecho, que tiene lugar cuando es la existencia de una pena o amenaza la que motiva nuestra conformidad (por ejemplo, cuando asistimos al programa formativo por temor a la revocación de la suspensión) y el cumplimiento *normativo*. Siguiendo a Bottoms⁸⁸, el comportamiento normativo puede tener distintas motivaciones: la persona puede conformarse porque acepta y comparte el contenido de la norma, y la considera justa; la persona puede conformarse motivada por sus vínculos con determinadas personas (por ejemplo, cuando deja de delinquir consciente de que ello está dañando a su familia); finalmente, el cumplimiento normativo puede estar vinculado a la legitimidad que para la persona tienen las autoridades del sistema penal.

Estas disposiciones personales hacia el cumplimiento y sus motivaciones subyacentes no son estáticas, sino dinámicas⁸⁹, lo que significa que son susceptibles de cambio. Da acuerdo con las evidencias dispo-

⁸³ BOTTOMS, A. «Compliance with community...».

⁸⁴ BOTTOMS, A. «Compliance with community...».

⁸⁵ ROBINSON, G. / MCNEILL, F. «Exploring the dynamics of compliance...».

⁸⁶ ROBINSON, G. / MCNEILL, F. «Exploring the dynamics of compliance...».

⁸⁷ BOTTOMS, A. «Compliance with community...».

⁸⁸ BOTTOMS, A. «Compliance with community...».

⁸⁹ BRAITHWAITE, V. «Dancing with tax authorities: Motivational postures and non-compliant actions», en BRAITHWAITE, V. (ed.) *Taxing democracy. Understanding tax avoidance and evasion*, Ashgate, Abingdon, 2003, pp. 15-40.

nibles, uno de los factores de cambio a tener en cuenta son las actuaciones de las autoridades y profesionales del sistema de justicia penal⁹⁰. En este sentido, un comportamiento de estas autoridades que genera (percepción de) legitimidad, estará también generando conformidad. Y para que se genere legitimidad, la investigación apunta la necesidad de que las autoridades sean procedimentalmente justas.

Esta literatura evidencia la importancia de que las autoridades cumplan no sólo formalmente con las normas procesales sino que además presten atención a la llamada justicia procedimental, que genera percepción de legitimidad. En resumen, y siguiendo a TYLER⁹¹, los elementos clave para que los encuentros de los ciudadanos con las autoridades (jueces, policías) sean procedimentalmente justos son (1) la posibilidad de expresar su visión de las cosas antes de que se tome una decisión. Siempre que la persona sienta que la autoridad ha tenido en cuenta sus argumentos, poder expresarlos tiene efectos positivos para ella independientemente del resultado del encuentro (voz); (2) la percepción de que la autoridad que toma la decisión lo hace de forma imparcial e independiente, aplicando normas generales, y no opiniones personales, de forma consistente (neutralidad); (3) el trato respetuoso, que indirectamente está comunicando a las personas sujetas al mismo que son valiosas e importantes para las autoridades que lo dispensan, y que «cuentan» como ciudadanos. Jueces y policías representan al Estado, y por ello el trato que dispensan comunica importantes mensajes para las personas con las que entran en contacto. Por ello es necesario tratar a los usuarios del sistema de justicia penal con educación y cortesía, mostrando respeto por sus derechos (respeto); (4) de acuerdo con la investigación, lo más relevante para que los ciudadanos consideren procedimentalmente justa la actuación de una autoridad es que confíen en la misma. Esta confianza tiene lugar cuando los ciudadanos consideran que la persona en el puesto de autoridad es sincera y honesta, y que tiene como principal interés el del ciudadano, y no su beneficio personal («confianza»).

Proyectando estas ideas en la supervisión del cumplimiento de las medidas penales alternativas, la literatura sostiene que si lo que se busca es potenciar el cumplimiento sustantivo de las penas, y con él el cumplimiento del Derecho a largo plazo, deben darse dos condiciones: respeto en todas las fases de la supervisión de los derechos y garantías

⁹⁰ ROBINSON, G. / MCNEILL, F. «Exploring the dynamics of compliance...»; MCNEILL, F. y ROBINSON, G. «Liquid legitimacy...».

⁹¹ TYLER, T. R. «Procedural justice and the courts», *Court Review*, vol. 44, 2007, pp. 26-32, *vid.* p. 30.

de las personas penadas, e individualización y flexibilidad en las decisiones que se tomen sobre incidencias susceptibles de ser consideradas incumplimiento⁹². El respeto a derechos y garantías y la individualización favorecen que las decisiones en sede de ejecución, y las autoridades que las toman, sean percibidas como justas y legítimas, lo que fomenta un cumplimiento sustantivo y un comportamiento futuro más conformista⁹³. A su vez, las formas de supervisión y reacciones rígidas al incumplimiento, que priorizan un cumplimiento formal e instrumental, pueden tener un impacto negativo en la percepción del penado sobre la legitimidad del sistema de justicia penal y alteran su voluntad de cumplir y su proceso de desistimiento a largo plazo⁹⁴.

Exigir respuestas individualizadas a las incidencias que tienen lugar durante el cumplimiento implica reconocer la importancia de la discrecionalidad de los diversos agentes que participan de la supervisión penal para responder de forma flexible⁹⁵. Los estudios tienden a subrayar mayor individualización y flexibilidad en los actores no judiciales (técnicos o delegados de ejecución, agentes de *probation* en el ámbito anglosajón), pero también señalan que los jueces en los tribunales de resolución de problemas y los tribunales de drogas emplean estrategias flexibles⁹⁶, «aunque en la práctica ello conlleve ignorar algunas normas» con el fin de fomentar un cumplimiento a largo plazo⁹⁷. Privilegiar el cumplimiento sustantivo por encima del formal supone en la práctica reaccionar con flexibilidad ante incidentes susceptibles de ser considerados incumplimiento o lapsus en el cumplimiento formal, como no acudir a alguna entrevista con los supervisores, y que ello no redunde en una revocación automática de la pena o medida.

La exigencia de las garantías procesales, por su parte, sirven para estructurar la discrecionalidad de los distintos actores implicados en la

⁹² HUCKLESBY, A. *et al.* «Legitimacy, fairness and justice...», *vid.* p. 78.

⁹³ MCNEILL, F. y ROBINSON, G. «Liquid legitimacy...»; ROBINSON, G. / MCNEILL, F. «Exploring the dynamics of compliance...».

⁹⁴ CID MOLINÉ, J. / TÉBAR VILCHES, B. / IBÁÑEZ ROIG, A. «Regresión a segundo grado: Causas y consecuencias», *Informe de Investigación Ayudas Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada*, disponible en https://ddd.uab.cat/pub/worpaper/2013/132453/regseggra_a2013iSPA.pdf [última consulta 30/10/2018]; MURPHY, K. «Trust and compliance in accused tax avoiders», *Law and Human Behaviour*, vol. 28(2), pp. 187-209; HUCKLESBY, A. *et al.* «Legitimacy, fairness and justice...», *vid.* p. 82.

⁹⁵ HUCKLESBY, A. *et al.* «Legitimacy, fairness and justice...», *vid.* p. 78.

⁹⁶ MCIVOR, G. «Drug courts. Lessons from the UK and beyond», en HUCKLESBY, A. y WINCUP, E. (eds.) *Drug interventions in criminal justice*, Open University Press, Maidenhead, pp. 135-160.

⁹⁷ HUCKLESBY, A. *et al.* «Legitimacy, fairness and justice...», *vid.* p. 83.

supervisión, «garantizando que no se van a producir prácticas arbitrarias, discriminatorias o inconsistentes»⁹⁸.

IV. Algunos aspectos de la supervisión judicial de las medidas penales alternativas en España

La intervención de los jueces en España se extiende, más allá de lo exigible en las Recomendaciones del Consejo de Europa en la materia, a la ejecución de las medidas penales alternativas acordadas en sentencia o en resoluciones posteriores. Ello supone, en principio, una garantía de que las mismas se ejecuten con respeto a los derechos sustantivos y procesales de los penados.

Adicionalmente, la regulación de los supuestos de incumplimiento y las decisiones judiciales al respecto parece acoger un modelo individualizador y flexible, especialmente después de algunas de las modificaciones introducidas por la LO 1/2015. Así, por ejemplo, desde la entrada en vigor de la reforma la condena por un delito cometido durante el plazo de suspensión no conlleva la revocación automática de la misma; para que ello suceda debe poner «de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida» (art. 86.1 CP) y sólo en caso de incumplimiento grave o reiterado de las reglas de conducta impuestas procedería la revocación (art. 86.2 CP). Ello parece estar exigiendo distinguir entre la dificultad de cumplimiento y voluntad de incumplir, como sucede también ante las ausencias injustificadas al puesto de trabajo (art. 49.6 a) CP) o las recaídas en el tratamiento durante las suspensiones para drogodependientes, que «[n]o se entenderán abandono... si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabituación» (art. 80.5 CP).

Aunque existen pocos estudios criminológicos acerca del papel de los jueces en la ejecución de las medidas penales alternativas en nuestro país, trabajo de campo reciente permite afirmar que existe cierto grado de formalización, en detrimento de decisiones más individualizadas, en este ámbito. Ello se manifiesta, además de en los ejemplos expuestos en apartados anteriores de este trabajo, en que las decisiones acerca de la concesión de la suspensión y la imposición de reglas de conducta se realiza sistemáticamente sin recurrir a informes sociales. La actual redacción del art. 80 CP, introducida por la LO 1/2015, incluye entre las circuns-

⁹⁸ HUCKLESBY, A. *et al.* «Legitimacy, fairness and justice...», *vid.* p. 78.

tancias a valorar por el juez en su decisión de suspender, las «del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas». El juez o tribunal que deba decidir sobre la suspensión conocerá alguna de estas circunstancias (como la naturaleza del delito, los esfuerzos de la persona penada por reparar el daño causado o sus antecedentes policiales y penales), pero no otras. Es difícil que sin un informe social conozca las circunstancias familiares y sociales, antecedentes distintos a los policiales y penales u otras circunstancias personales del penado. Adicionalmente, el pronóstico de comportamiento futuro, influido por la propia suspensión y el cumplimiento de las reglas de conducta que considere oportuno imponer, es una apreciación criminológica que requiere de unos conocimientos específicos (como la capacidad que pueda tener un programa formativo para evitar la reincidencia en determinados perfiles de personas, por ejemplo), que no necesariamente tiene el juez.

Un modelo de actuación judicial garantista e individualizador exigiría en los supuestos que pueden comportar declaración de incumplimiento una vista oral en la que el penado pueda exponer su visión de los hechos. La audiencia al penado es exigible si se busca promover la justicia procedimental y, con ella, la percepción de legitimidad de las autoridades y resoluciones judiciales y la conformidad con el derecho⁹⁹. La audiencia permite no sólo que el penado exponga su visión de los hechos, sino también que el juez le *explique* su decisión y lo informe de sus posibles consecuencias y de sus derechos. Este nivel de transparencia e información se considera necesario cuando se quiere tratar al penado «como sujeto (y no como objeto) de supervisión [penal]»¹⁰⁰ y contribuye a aportar un valor material a las garantías procesales, superando el riesgo de formalización al que apuntan algunos estudios¹⁰¹.

Adicionalmente, la existencia de diversos agentes relevantes cuyas decisiones, anteriores a la judicial, la pueden condicionar de forma considerable, también recomienda que las decisiones judiciales en re-

⁹⁹ MCNEILL, F. y ROBINSON, G. «Liquid legitimacy...»; ROBINSON, G. / MCNEILL, F. «Exploring the dynamics of compliance...»; MORGENTERN, C., *et al.* «Fairness issues in the breach process...».

¹⁰⁰ MORGENTERN, C., *et al.* «Fairness issues in the breach process...», *vid.* p. 31.

¹⁰¹ SNACKEN, S. «Punishment, legitimate policies and values: Penal moderation, dignity and human rights», *Punishment and society*, vol. 17, 2015, pp. 397-423.

lación al cumplimiento se tomen después de dar audiencia a la persona penada. Los informes sobre cuya base se toman algunas decisiones judiciales son a menudo tratados como «documentos factuales objetivos»¹⁰². Sin embargo, la investigación pone de manifiesto que pueden no serlo en absoluto, «especialmente cuando los agentes no quieren continuar con la supervisión de ese penado en particular... los informes sobre incumplimiento son construcciones que sólo presentan una visión parcial de la realidad... que se ajusta a los fines ocupacionales de los agentes que lo escriben»¹⁰³. Por ello, el derecho a contradecir el contenido del informe es importante.

La audiencia de la persona penada viene garantizada, en el caso del incumplimiento del trabajo en beneficio de la comunidad, en el contexto del juicio por un posible delito de quebrantamiento de condena (art. 49 en relación con art. 468 CP). Sin embargo, en momentos anteriores (ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria), el Código penal únicamente parece estar exigiendo la valoración del informe. Hasta donde alcanza nuestro conocimiento las prácticas judiciales en este sentido son diversas y, mientras que algunos jueces requieren al penado para darle audiencia antes de declarar el incumplimiento de la pena, otros deciden únicamente sobre la base de los informes de los técnicos o delegados¹⁰⁴.

En las suspensiones con reglas de conducta, la regulación actual exige que el juez o tribunal sólo resuelva los supuestos de incumplimiento después de oír al Fiscal y las demás partes, excepto cuando quepa un ingreso inmediato en prisión con el fin de evitar la reincidencia, la huida o proteger a la víctima (art. 86.4 CP). La redacción legal parece dejar claro que sólo habrá una vista oral cuando el juez o tribunal la considere necesaria. No tenemos datos actualizados acerca de cómo los jueces están aplicando esta cuestión.

En la práctica, por otra parte, los penados carecen a menudo de las habilidades para contradecir de forma efectiva el contenido de los informes, para lo que resulta necesaria la asistencia de abogados e intérpretes¹⁰⁵. Falta investigación también en estos aspectos, pero el trabajo de campo realizado hasta el momento¹⁰⁶ permite anticipar una participa-

¹⁰² HUCKLESBY, A. *et al.* «Legitimacy, fairness and justice...», *vid.* p. 96.

¹⁰³ HUCKLESBY, A. *et al.* «Legitimacy, fairness and justice...», *vid.* p. 96.

¹⁰⁴ BLAY, E. «El papel de los jueces...».

¹⁰⁵ HUCKLESBY, A. *et al.* «Legitimacy, fairness and justice...», *vid.* p. 97.

¹⁰⁶ Trabajo de campo realizado por Daniel VARONA y la autora de este trabajo con 2.600 expedientes judiciales en los juzgados de lo penal de Girona y los juzgados de ejecución de Barcelona, en el contexto del proyecto de investigación *La ejecución de la pena en la era del derecho penal* (DER2014-59743-P). Parte de los resultados del mismo se reflejan en la contribución de Daniel VARONA en este volumen.

ción limitada de los abogados defensores, especialmente de oficio, en el contexto de la ejecución de las medidas penales alternativas. Por su parte, investigación realizada sobre los intérpretes en el contexto de la violencia de género, permite afirmar que la satisfacción formal del derecho a disponer de un intérprete no siempre garantiza que la barrera lingüística dejará de ser un obstáculo para la comprensión y la participación efectiva de los usuarios en los procedimientos penales¹⁰⁷.

La consideración de las resoluciones judiciales como parte de un *sistema* obliga también a plantearse el papel de otros operadores en relación con las mismas y torna, si cabe, más necesario el papel del juez como garante último de los derechos de la persona penada. En este sentido, ya se ha apuntado que el abogado defensor y el intérprete, o su ausencia, pueden tener un papel relevante en la ejecución de las medidas penales alternativas. Por otra parte, los supervisores inmediatos de estas penas y medidas son casi siempre legos que trabajan en organizaciones cuyo objetivo principal no es la ejecución penal. Piénsese en los objetivos de las organizaciones del tercer sector que reciben a penados a trabajo en beneficio de la comunidad, que varían desde la atención a accidentados en carretera al reparto de alimentos, o en los objetivos terapéuticos de los psicólogos que dirigen los programas formativos en materia de violencia de género. Adicionalmente, en el ámbito catalán, los delegados de ejecución de medidas (equivalentes a los técnicos del Servicio de Penas y Medidas Alternativas, en el territorio bajo competencia del Ministerio del Interior) no son funcionarios públicos, sino trabajadores contratados por entidades del tercer sector, a las que el Departamento de Justicia externaliza la gestión directa de la ejecución del trabajo en beneficio de la comunidad, las suspensiones con reglas de conducta y las medidas de seguridad. Finalmente, el Código penal encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado velar por el cumplimiento de las prohibiciones de aproximación, comunicación y residencia impuestas en el contexto de las suspensiones (art. 83.1 y 3 CP). Todos estos actores toman, como se ha visto, decisiones relevantes en la supervisión de las personas sujetas a penas y medidas alternativas, y lo hacen siguiendo un mandato legal, pero también de acuerdo a condicionantes organizativos y desde sus respectivas culturas profesionales. Los jueces son los agentes que deben asegurarse que las decisiones que se toman en sede de cumplimiento responden a las finalidades adecuadas.

¹⁰⁷ ANTÓN GARCÍA, L. «Barrera idiomática y derecho a...».

V. Conclusiones

Este trabajo parte de la necesidad de prestar mayor atención a los problemas que suscita la imposición y el cumplimiento de las medidas penales alternativas, y ha tratado de realizar alguna reflexión acerca del papel de los jueces en este ámbito. Se han resumido dos aportaciones recientes formuladas desde la criminología. Una primera aportación sugiere que las resoluciones judiciales en materia de ejecución deben entenderse como construcciones colectivas y son, en buena medida, dependientes de decisiones y aportaciones de agentes que actúan con anterioridad en el sistema (supervisores inmediatos, técnicos o delegados). Una segunda aportación tiene que ver con la capacidad de las autoridades de contribuir a generar, con sus actuaciones, un mejor cumplimiento de las penas y un comportamiento conforme a derecho a más largo plazo.

Las dos consideraciones aconsejan que el juez tome decisiones de forma flexible e individualizada y respetuosa con los derechos de las personas penadas. Para ello son clave distintos elementos, como la información de que dispone para decidir y la audiencia que concede al penado antes de tomar decisiones que puedan comportar una revocación o un incumplimiento.

El sistema español es, en su regulación, bastante garantista e individualizador. Las pocas investigaciones criminológicas disponibles apuntan, en cambio, a prácticas judiciales con cierto nivel de formalización. Parte de la explicación de esta formalización tiene que ver con una excesiva carga de trabajo en los juzgados, aunque cabe esperar que otras explicaciones (de tipo cultural u organizativo), puedan ser de aplicación. Por otra parte, la participación de diversos agentes en la supervisión de penados en libertad, a menudo legos y pertenecientes al ámbito privado, recomienda también una supervisión judicial atenta de sus actuaciones. Las conclusiones de este trabajo son necesariamente tentativas, ante la falta de datos oficiales sobre la materia y de investigación empírica.

Cabe subrayar, en última instancia, que el correcto cumplimiento de las medidas penales alternativas es clave para su credibilidad, tanto para los operadores jurídicos como para los propios penados y el conjunto de la ciudadanía¹⁰⁸. Esta credibilidad es más frágil que la de la pena de pri-

¹⁰⁸ CID MOLINÉ, J. y LARRAURI PIJOAN, E. «Penas alternativas y delincuencia violenta», en CID MOLINÉ, J. y LARRAURI PIJOAN, E. (coords.) *La delincuencia violenta ¿prevenir, castigar o rehabilitar?*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 13-44.

sión, no siempre ha estado asegurada en nuestro país¹⁰⁹ y es esencial si se pretende que funcionen como verdaderas alternativas a la misma.

VI. Bibliografía

- ANTÓN GARCÍA, L. «Barrera idiomática y derecho a la información de las víctimas de violencia de género. El servicio de interpretación en el sistema penal de Catalunya», *Indret*, vol. 2, 2014, pp. 1-33.
- AA.VV. Criterios y acuerdo sobre la especialización del Juez de Vigilancia Penitenciaria. (Aprobados en el encuentro de jueces de Vigilancia Penitenciaria celebrado en Málaga los días 29-31 de mayo de 2017), disponibles en http://www.derechopenitenciario.com/documents/criteriosyacuerdoyjp.Málaga29-31mayo2017_000.pdf [última consulta 30/10/2018].
- BEETHAM, D. *The Legitimation of Power*, Macmillan, Londres, 2011.
- BEYENS, K. y PERSSON, A. «Discretion and professionalism in a breach context», en BOONE, M. y MAGUIRE, N. (eds.) *The enforcement of offender supervision in Europe. Understanding breach processes*, Routledge, Londres, 2018, pp. 59-76.
- BLAY, E. «El papel de los jueces en la ejecución de las penas comunitarias: una investigación empírica y algunas propuestas para la reflexión», en LARRAURI, E. y BLAY, E. (eds.) *Penas comunitarias en Europa*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 60-82.
- BLAY, E. / CID, J. / MURILLO, C. «Breach procedure, revocation and recall in Spain», en BOONE, M. y MAGUIRE, N. (eds.) *The enforcement of offender supervision in Europe. Understanding breach processes*, Routledge, Abingdon, 2018, pp. 236-249.
- BLAY, E., BOONE, M. y PRUIN, I. «Parties, roles and responsibilities», en BOONE, M. y MAGUIRE, N. (eds.) *The enforcement of offender supervision in Europe. Understanding breach processes*, Routledge, Abingdon, 2018, pp. 39-58.
- BOONE, M. / HERZOG-EVANS, M. «Decision-making and offender supervision», en MCNEILL, F. y BEYENS, K. (eds.) *Offender supervision in Europe*, Palgrave Macmillan, Londres, 2013, pp. 51-96.
- BOONE, M. y BECKMANN, M. M. «Revocation and recall in the Netherlands», en BOONE, M. y MAGUIRE, N. (eds.) *The enforcement of offender supervision in Europe. Understanding breach processes*, Routledge, Abingdon, 2018, pp. 221-235.
- BOONE, M. y MAGUIRE, N. «Introduction: Comparing breach processes: Aims, concepts, methodology and figures», en BOONE, M. y MAGUIRE, N. (eds.) *The enforcement of offender supervision in Europe. Understanding breach processes*, Routledge, Abingdon, 2018, pp. 3-18.

¹⁰⁹ Piénsese por ejemplo en la prescripción de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad en algunos partidos, especialmente grave entre los años 2008 y 2010 (vid. Memorias de la Fiscalía General del Estado para 2009 y 2010).

- BOTTOMS, A. «Compliance with community penalties», en BOTTOMS, A., GELSTHORPE, L. y REX, S. (eds.) *Community penalties: Change and challenges*, Willan, Collumpton, 2001, pp. 87-116.
- BRAITHWAITE, V. «Dancing with tax authorities: Motivational postures and non-compliant actions», en BRAITHWAITE, V. (ed.) *Taxing democracy. Understanding tax avoidance and evasion*, Ashgate, Abingdon, 2003, pp. 15-40.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho penitenciario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2016.
- CID, J. y LARRAURI, E. (eds.) *Jueces penales y penas en España. Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- CID MOLINÉ, J. y LARRAURI PIJOAN, E. «Penas alternativas y delincuencia violenta», en CID MOLINÉ, J. y LARRAURI PIJOAN, E. (coords.) *La delincuencia violenta ¿prevenir, castigar o rehabilitar?*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 13-44.
- CID MOLINÉ, J., TÉBAR VILCHES, B., e IBÁÑEZ ROIG, A. «Regresión a segundo grado: Causas y consecuencias», Informe de Investigación Ayudas Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, disponible en https://ddd.uab.cat/pub/worpaper/2013/132453/regseggra_a2013iSPA.pdf [última consulta 30/10/2018]
- DURNESCU, I. «Pains of probation: Effective practice and human rights», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 55(4), 2011, pp. 530-545.
- HAWKINS, K. «Order, rationality and silence: some reflections in criminal justice decision-making», en GELSTHORPE, L. y PADFIELD, N. (eds.) *Exercising Discretion. Decision-making in the criminal justice system and beyond*, Willan Publishing, Devon, 2003, pp. 186-219.
- HUCKLESBY, A. «Non-compliance and the breach process in England and Wales», en BOONE, M. y MAGUIRE, N. (eds.) *The enforcement of offender supervision in Europe. Understanding breach processes*, Routledge, Abingdon, 2018, pp. 134-151.
- HUCKLESBY, A., MAGUIRE, N., ANAGNOSTAKI, M. y CID, J. «Legitimacy, fairness and justice in breach processes: Comparative perspectives», en BOONE, M. y MAGUIRE, N. (eds.) *The enforcement of offender supervision in Europe. Understanding breach processes*, Routledge, Londres, 2018, pp. 77-105.
- HUTTON, N. «Visible and invisible sentencing», en HONDEGHEM, A., ROUSSEAU, X. y SCHOENAERS, F. (eds.) *Modernisation of the criminal justice chain and the judicial system. New insights on trust, cooperation and human capital*, Spring International Publishing, Nueva York, 2016, pp. 145-158.
- LARRAURI, E. «Los programas formativos como medida penal alternativa en los casos de violencia de género ocasional», *Revista Española de Investigación Criminológica*, n. 8, 2010, s.p.
- LÓPEZ GUERRA, L. *Derecho Constitucional. Volumen I*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018.

- LÓPEZ LORENZO, V. «La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal», *La Ley Penal*, n. 9, año I, octubre 2004, pp. 1-15.
- MAIR, G. / CANTON, R. «Sentencing, community penalties and the role of the Probation Service», en GELSTHORPE, L. y MORGAN, R. (eds.) *Handbook of probation*, Collumpton, Willan, 2007, pp. 248-291.
- MINISTERIO DEL INTERIOR. *Informe General* 2016. Fecha publicación 2017, disponible en http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Informe_General_2016_acc.pdf [última consulta 30/10/2018]
- MORGENSTERN, C. / MURILLO, C. / RAVAGNANI, L. / ZANIBONI, A. «Fairness issues in the breach process: European perspectives», en BOONE, M. y MAGUIRE, N. (eds.) *The enforcement of offender supervision in Europe. Understanding breach processes*, Routledge, Londres, 2018, pp. 19-38.
- MCIVOR, G. «Drug courts. Lessons from the UK and beyond», en HUCKLESBY, A. y WINCUP, E. (eds.) *Drug interventions in criminal justice*, Open University Press, Maidenhead, pp. 135-160.
- MCNEILL, F. y BEYENS, K. «Introduction: Studying mass supervision», en MCNEILL, F. y BEYENS, K. (eds.), *Offender supervision in Europe*, Palgrave Macmillan, Londres, 2013, pp. 1-18.
- MCNEILL, F. y ROBINSON, G. «Liquid legitimacy and community sancitons», en CRAWFORD, A. y HUCKLESBY, A. (eds.) *Legitimacy and compliance in criminal justice*, Routledge, Londres, 2013, pp. 116-137.
- MURPHY, K. «Trust and compliance in accused tax avoiders», *Law and Human Behaviour*, vol. 28(2), pp. 187-209.
- PRUIN, I. «Revocation and recall in Germany. Legal structures and first insights into decision-making processes», en BOONE, M. y MAGUIRE, N. (eds.) *The enforcement of offender supervision in Europe. Understanding breach processes*, Routledge, Abingdon, 2018, pp. 152-164.
- QUINTANA GIMÉNEZ, C. «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad», s.f. disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Quintana%20Jimenez,%20Carmelo.pdf?idFile=50032e0f-7862-4314-925f-e24ec3b9d363 [última consulta 30/10/2018].
- ROBINSON, G. «What counts? Community sanctions and the construction of compliance», en UGWUDIKE, P. y RAYNOR, P. (eds.) *What works in offenders compliance. International perspectives and evidence-based practices*, Pallgrave Macmillan, Basingstoke, 2013, pp. 26-43.
- ROBINSON, G. «The Cinderella complex: Punishment, society and community sanctions», en *Punishment and Society*, vol. 18(1), 2016, pp. 95-112.
- ROBINSON, G. / MCNEILL, F. «Exploring the dynamics of compliance with community penalties», *Theoretical Criminology*, vol. 12(4), 2008, pp. 431-449.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, I. «art. 49», en AA.VV. *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Tomo I, Comares, Granada, 2002, pp. 673-682.
- SKOLNICK, J. *Justice without trial: law enforcement in democractic society*, 1966, Wiley, New York.

- SNACKEN, S. «Punishment, legitimate policies and values: Penal moderation, dignity and human rights», *Punishment and society*, vol. 17, 2015, pp. 397-423.
- TYLER, T.R. *Why people obey the law*, Princeton University Press, Princeton, 1990/2006.
- TYLER, T.R. «Procedural justice and the courts», *Court Review*, vol. 44, 2007, pp. 26-32.
- TYLER, T.R. y HUO, J.Y. *Trust in the law. Encouraging public cooperation with the police and the courts*, Russell Sage Foundation, Nueva York, 2002.
- VAN ZYL SMIT, D. «Legal standards and the limits of community sanctions», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 1(4), 1993, pp. 309-331.

La motivación de las resoluciones judiciales discrecionales en la fase de ejecución del proceso penal

José Antonio Rodríguez Sáez

Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona

Sumario: I. El deber de motivación. Concepto y contenidos básicos II. Condicionantes temporales en la vigencia del deber de motivación 1. Estado de la cuestión con la vigencia del Código Penal de 1973. 2. La irrupción del sistema penológico del Código Penal de 1995. 3. Por qué debe hablarse de sistema penológico y qué comporta. III. El Tribunal Constitucional profundiza en la noción de motivación. 1. La doctrina del Tribunal Constitucional. 2. Reflexiones a partir de la STC 75/2007. 3. Más aún: la STC 97/2010, de 15 de noviembre. IV. La reforma del Código Penal de la Ley Orgánica 1/2015. 1. Determinación de la finalidad de la norma y de la suspensión. 2. El listado de las variables a valorar para decidir. 3. El requisito de «haber delinquido por primera vez». 4. La suspensión excepcional que integra la anterior sustitución. 5. El requisito de haber satisfecho las responsabilidades civiles. 6. El nuevo régimen de revocación de la suspensión. V. El tratamiento procesal de la resolución. La aplicación del principio de concentración. 1. La preceptividad de la audiencia previa. 2. La posibilidad de la formulación previa de pretensiones. VI. Conclusión.

Resumen: Este trabajo pretende profundizar en los contenidos del deber de motivación de las resoluciones judiciales, como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en el ámbito de la forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad menos graves. Se analiza la jurisprudencia constitucional para demostrar que dicho deber de motivación para los jueces penales está directamente relacionado con el sistema penológico del Código Penal de 1995, en el cual tiene prioridad como elemento interpretativo la orientación reinsertadora del artículo 25 de la C.E., y en el que la finalidad de la norma regu-

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-1325-038-0, núm. 15/2019, Bilbao, págs. 77-107

ladora de la suspensión de la ejecución de dichas penas, también situada como referencia interpretativa ineludible, pasa por evitar la reiteración delictiva con instrumentos penológicos propios de la prevención especial positiva.

Palabras clave: Motivación. Discrecionalidad. Suspensión de la pena. Finalidad de la norma. Individualización de la decisión. Reinserción social.

El artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales nos dice, tras el título de *Derecho a un proceso equitativo*, que «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...)». Si extraemos los calificativos y vocablos adverbiales, lo que nos queda filtrado es el derecho a ser oído y a una decisión judicial. Es tan básico el planteamiento que doctrinalmente se ha empleado el concepto de *Derecho a la Justicia*¹: el derecho a obtener una resolución de la solicitud dirigida a un órgano judicial. Así de humano se expresa, y está en todos los Textos Internacionales que codifican los Derechos Humanos².

El derecho a la tutela judicial efectiva, declarado solemnemente en el artículo 24.1 de la Constitución Española, es, para cualquier ciudadano justiciable, una garantía básica, es una expectativa elemental, una expresión de esperanza y de confianza en el Derecho (en el Estado de Derecho).

Cuando se profundiza en su configuración y en su contenido, se comprueba su enorme ámbito de aplicación y su marcado carácter poliédrico. Presenta multitud de manifestaciones y formas e incluso importantes especificidades, según el orden jurisdiccional de que se trate. Pero se mantiene en común ese derecho (esa necesidad) del ciudadano a que un/a Juez/a o un Tribunal resuelvan sobre la pretensión que formula, porque solamente un/a Juez/a o un Tribunal (determinado) puede darle esa resolución.

En el marco del proceso penal tiene gran trascendencia. Solo hay que ver la cantidad inmensa de Sentencias del Tribunal Constitucional

¹ GONZÁLZ PÉREZ, J. *El Derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 25.

² Artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, o artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

que resuelven recursos de amparo por vulneración de este Derecho: conceptos como *acceso al proceso*, *proceso debido*, *proceso público*, *proceso sin dilaciones indebidas* o *juez predeterminado por la Ley*, han sido objeto de análisis por dicho Tribunal de Garantías y han elaborado una doctrina que aplicamos todos de forma cotidiana. Y está muy presente, con especial intensidad, en la fase de ejecución del proceso, por la estrecha relación que guarda la función jurisdiccional con el principio de legalidad. Por ello, el trabajo va a centrarse en un espacio muy concreto de ese enorme ámbito de aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva, del que constituye una de sus manifestaciones más características: el del derecho a la motivación de la resolución judicial. A su vez, se va a relacionar con un marco procesal también muy concreto, el de la actuación judicial entre el momento de la firmeza de la sentencia penal condenatoria y, en el caso de que llegue a darse, la intervención penitenciaria.

Me voy a centrar en la cuestión de la motivación de las resoluciones judiciales discrecionales en el ámbito de la ejecución de penas susceptibles de suspensión.

I. El deber de motivación. Concepto y contenido básicos

El artículo 120.3 de la Constitución declara el deber genérico de que las resoluciones judiciales estén motivadas, y es una de las causas más profundas de la transformación del mundo forense en las últimas décadas. Significa que es exigible a los jueces que expliquen de forma suficiente en sus resoluciones las razones de su decisión, tanto las argumentales como las jurídicas, de manera que sea posible para el ciudadano justificable saber por qué ha sido estimada o desestimada, total o parcialmente, su pretensión. El conocimiento de tales razones es indispensable para poder impugnar o recurrir la resolución y hacer uso de la segunda instancia (que constituye otra manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva)³.

La motivación ha de ser congruente y razonable. Congruente porque ha de dar respuesta, no solamente a la pretensión formulada, sino también a los fundamentos en que se apoye (STC 141/2002, de 17 de junio). Razonable porque «ha de basarse en cánones de interpretación y aplicación de las leyes generalmente admitidos por la comunidad jurídica, que-

³ Una exposición de los contenidos y condicionantes básicos de la motivación la podemos encontrar en la STC 94/2007, de 7 de mayo.

dando proscrita la utilización de criterios interpretativos extravagantes» (STC 142/1999, de 22 de julio, en relación al principio de legalidad penal). Además, motivar significa atenerse al sistema de fuentes establecido: el Juez que se niega abiertamente a dar aplicación a una norma válida aplicable al caso de que conoce, está vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva de alguna de las partes del proceso⁴.

Situándonos en un estadio anterior de la cuestión, la vulneración más grosera del derecho a la tutela judicial, por falta absoluta de motivación, se produce en el uso de modelos estereotipados, con mayor desvalor si se trata de la jurisdicción penal. Esta práctica forense ha sido habitual durante muchos años y ha merecido un reproche específico por parte del Tribunal Constitucional, porque venimos (todavía) de un tiempo en el cual los jueces no interiorizaban un deber de dar explicaciones de sus decisiones, y mucho menos en el ámbito de la ejecución penal⁵. Nos costaría mucho encontrar un Auto mínimamente motivado (con un formato diverso al del modelo estereotipado), con anterioridad a la vigencia del Código Penal de 1995, por el que se «concediera» o denegara la remisión condicional de la pena.

Por su parte, se ha desarrollado jurisprudencialmente una labor continuada de pedagogía dirigida a los jueces, explicando la necesidad de que asimilen el deber de motivación. Se ha relacionado la motivación con la esencia de la función jurisdiccional —todo Juez ha de ser fundamentalmente un razonador—⁶; se la ha calificado como presupuesto de racio-

⁴ DÍEZ PICAZO, L.M. *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 368.

⁵ STC 59/2011: «(...) la nulidad radical que ello implica tanto de dicho acuerdo como de las resoluciones judiciales que lo confirman, eximiría a este Tribunal de tener que analizar la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva que el recurrente imputa a las resoluciones judiciales por haber dado una respuesta estereotipada a los recursos de reforma de alzada y reforma presentados. Sin embargo, habida cuenta de que uno de los argumentos utilizados en la demanda de amparo para justificar la especial trascendencia constitucional de este recurso de amparo ha sido, precisamente, en los términos de la STC 155/2009, de 25 de junio, F. 2, que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria y que, además, en este caso el órgano judicial incurre en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional, resulta necesario hacer un pronunciamiento sobre el particular. (...) este Tribunal vuelve a incidir en que más allá del carácter especialmente lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva que implica el uso de formularios estereotipados cuando en ellos no se da respuesta a las pretensiones de las partes (...).»

⁶ STS 870/2013: «la motivación es consecuencia de la naturaleza de la Justicia como actividad individualizada, no mecanicista ni burocrática al tratarse de una labor intelectual y por tanto racional, teniendo una evidente vocación pacificadora, que le hace incompatible con un sistema puro decisionismo judicial. El fallo judicial debe ser la expre-

nalidad (STC 55/1987, de 13 de mayo) y, también, de instrumento básico para conseguir la constitucional finalidad de evitar la arbitrariedad, para incrementar los márgenes de credibilidad del ciudadano en la Justicia —«*ensanchamiento de los procesos de convicción social*»— y para permitir la impugnación de las resoluciones judiciales y la segunda instancia (STS 870/2013, de 19 de noviembre). La motivación se ha situado, en definitiva, como «como test de legitimidad de la resolución jurisdiccional, en cuanto derivada del ejercicio de un poder y para abrir la posibilidad de un adecuado control, ya que de aquella motivación depende la posibilidad de articulación de la impugnación y es presupuesto cognitivo de la decisión del poder que asume el control» (STS 704/2014, de 24 de octubre).

II. **Condicionantes temporales en la vigencia del deber de motivación**

Si nos situamos en la que podríamos denominar *era moderna*, como la que se inició con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se puede comprobar fácilmente el incremento sensible del número de decisiones que, en la fase de ejecución del proceso, es decir, de la sentencia penal condenatoria, requieren y exigen una motivación específica y convincente.

1. *Estado de la cuestión con la vigencia del Código Penal de 1973*

En el rudimentario sistema del Código Penal de 1973, las respuestas penales diversas a la pena de prisión tienen un carácter residual, quizás no cuantitativamente pero sí en la configuración del sistema penológico. La nómina que ofrecía su artículo 27 solamente añadía a las diversas denominaciones de la pena de prisión, algunas sanciones privativas de derechos de excepcional aplicación (extrañamiento, confinamiento, destierro o pérdida de la nacionalidad española), junto a las inhabilitaciones y las suspensiones que después sobrevivieron. Como complemento de semejante panorama, la neutra y sempiterna pena de multa y la higiénica medida de la *remisión condicional*, en la cual vale la pena detenerse.

sión lógica de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto y de las pruebas practicadas —motivación fáctica— y de la interpretación operativa de la norma efectuada —motivación jurídica— por ello, si todo Juez debe ser fundamentalmente un razonador, toda sentencia, como fruto de la labor intelectual y valorativa del Juez debe estar precedida del oportuno razonamiento».

El artículo 93 del Código Penal de 1973 permitía dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad, evitando el ingreso penitenciario, si concurrían dos requisitos: a) que su duración no superara el límite de un año; y b) que el penado hubiera delinquido por primera vez. Cualquier operador jurídico de la época sabía que el carácter automático de la «concesión del beneficio», así como el consiguiente uso de modelos estereotipados para hacerlo, se explicaban por la clara función que la medida cumplía como «válvula de escape» para evitar el colapso del sistema penitenciario⁷.

El redactado del apartado segundo del precepto es muy significativo: «(...) los Tribunales podrán aplicar o no la condena condicional según lo estimen procedente, atendiendo para ello a la edad y antecedentes del reo, naturaleza jurídica del hecho punible y circunstancias de todas clases que concurrieren en su ejecución.». El entendimiento generalizado era que la expresión «según lo estimen procedente» autorizaba a decidir sin motivar, sin dar explicaciones y en un modelo cumplimentado en la oficina judicial (se sobreentiende que el Juez ya sabe el porqué de la decisión) y ello venía abonado cuando después, al regular el supuesto excepcional de remisión de penas de hasta dos años (si se había aplicado en sentencia una circunstancia atenuante muy cualificada o una eximente incompleta o la atenuante de *arrepentimiento espontáneo*), sí que se requería que el acuerdo se expresara en una «resolución expresa y motivada».

2. La irrupción del sistema penológico del Código Penal de 1995

El llamado Código Penal de la democracia aporta, dentro del Título III del Libro I dedicado a las penas, un Capítulo III que venía nominado como «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad» (artículos 80 a 89). Este paquete normativo, relacionado con la novedosa nómina de penas aplicables del artículo 33 del Código, comporta (o permite afirmar) que incorpora un auténtico sistema penológico con pretensiones de modernidad. Lo más trascendente es

⁷ El otro gran instrumento para evitar que el vetusto sistema penitenciario franquista colapsara, era la redención de penas por el trabajo: el artículo 100 del Código Penal, con el complemento del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1956 y la gestión del Patronato de Nuestra Señora de la Merced, permitía la reducción efectiva de la duración de las penas, durante el cumplimiento efectivo en un centro penitenciario, con el cómputo de un día por cada dos días de «trabajo» (un tercio de la pena) en la llamada redención ordinaria, y el abono de hasta 176 días más al año por redención extraordinaria. Era posible que un penado, con buena conducta y destinos o actividades adecuadas, cumpliera justamente la mitad del tiempo nominal de la pena impuesta.

que significa, sea cual sea la lectura que se haga, la sensible disminución del espacio que ha de ocupar la pena de prisión.

Pero más en concreto, este nuevo sistema se puede presentar con dos grandes propuestas⁸: a) la ampliación del catálogo de sanciones penales imponibles, con la incorporación, por primera vez en nuestro Código, del arresto de fin de semana y de los trabajos en beneficio de la comunidad; y b) la nueva configuración de la pena de prisión, en la que se suprime su duración inferior a seis meses (límite que fue reducido, desgraciadamente, a tres meses con la Ley Orgánica 15/2003), y para la cual se ofrece un sistema de cumplimiento dualista o bifronte, es decir con dos modelos de cumplimiento.

Se trata de un sistema con dos modelos de cumplimiento del todo diversos, ya que:

- Se establece por un lado el modelo de cumplimiento de la pena de prisión como pena grave, que inicialmente era la superior a tres años y que, a partir de la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, es la superior a cinco años. En la ejecución de la pena interviene exclusivamente el sistema penitenciario, que dispone de una normativa y una jurisdicción propias.
- Por otro lado, se configura y diseña todo un complejo normativo con una variedad importante de modalidades o formas de cumplimiento, en cuanto a la pena de prisión como pena menos grave, actualmente la de duración no superior a cinco años. Es este aspecto el que nos interesa destacar en mayor medida, ya que en él pueden verse, con claridad, los elementos que necesariamente han de modificar el funcionamiento de la Administración de Justicia en la fase de ejecución del proceso.

3. *Por qué debe hablarse de sistema penológico y qué comporta*

a. LA SUGERENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La STC 120/2000, de 10 de mayo, resulta muy útil para contestar a estas cuestiones. Resuelve una cuestión de constitucionalidad, plan-

⁸ El nuevo sistema también se refleja en la denominación y la configuración el contenido de las penas privativas y/o restrictivas de derechos, pero el tema que tratamos requiere centrarnos en las especificidades del nuevo sistema en relación a las penas privativas de libertad, o a las que puedan tener relación con las respuestas alternativas a la privación de libertad.

teada siendo vigente el Código Penal de 1973 y respecto de si podía ser constitucional la pena de arresto menor (privación de libertad de uno a treinta días), dada la imposibilidad manifiesta de que pudiera cumplir con la orientación de reinserción que para las penas privativas de libertad impone el artículo 25.2 de la Constitución. El Tribunal Constitucional, después de enfatizar que las penas privativas de libertad pueden tener otros fines además del derivado de aquella orientación⁹, ofrece como razonamiento para desestimar la cuestión el siguiente:

«Si bien es cierto que el contenido del art. 25.2 CE se vincula de forma directa con el sistema de ejecución de las penas privativas de libertad, no lo es menos que el mandato que establece opera como parámetro de ponderación del completo sistema de ejecución de las penas y de las instituciones que lo integran. De manera que no se trata tanto de la valoración aislada de una concreta pena privativa de libertad, como de su ponderación en el marco de un sistema del que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas sustitutivas de la prisión, o, por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena de prisión. Es en este marco en el que se inserta la posibilidad de cumplir el arresto menor en el propio domicilio. Forma de ejecución que, al contrario de lo argumentado en la cuestión de inconstitucionalidad, se integra sin fisuras en un modelo de ejecución orientado a la resocialización en la medida en que tiene como objetivo prioritario evitar el desarraigo social, familiar y cultural que toda ejecución de la pena en establecimiento penitenciario conlleva».

El mismo planteamiento —cualquier pena está incardinada en un sistema penológico— se defiende, aunque de forma menos explícita, en la STC 19/1988, de 16 de febrero, cuando resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (entonces regulada en el artículo 91 del Código Penal, actualmente en el artículo 53)¹⁰. La conclusión del

⁹ Afirmación que el Tribunal ya había razonado previamente en varias resoluciones, destacando la casi mítica STC 2/1987.

¹⁰ En relación al principio de proporcionalidad, la STC 19/1988 nos dice: «En suma, la norma enjuiciada no puede considerarse inconstitucional por desproporcionada, rodeada, como está, del conjunto de paliativos y de suavizaciones con que nuestro legislador penal la adorna y dado el conjunto de variantes dejados a la decisión del Tribunal, con el fin de adecuar sus consecuencias a las características de cada caso, decisión, que, como hemos dicho, no pertenece a su libre discreción, sino que debe ser adoptada en virtud de una ponderada interpretación del conjunto del ordenamiento y de los valores defendidos por la Constitución. Podrá existir, si acaso, desproporción en algunas de las aplicaciones concretas que de la norma se hagan, a las que pueda tildarse de inconstitucionales. Mas la eventualidad de tales aplicaciones no

análisis descrito es que una pena determinada, más aun si es privativa de libertad, puede tener problemas de encaje constitucional (pensemos sobre todo en el principio de proporcionalidad) si es considerada aisladamente. Solamente en relación al resto de posibles respuestas penales del sistema en el cual se integra, puede fijarse su verdadero alcance, su nivel aflictivo y de afectación de derechos y, finalmente, su justificación y legitimación, teniendo en cuenta las finalidades que se persiguen. La responsabilidad personal subsidiaria no superaría un test de constitucionalidad si se tuviera que cumplir, siempre y en cualquier caso, mediante un encierro penitenciario. Lo supera porque es subsidiaria (a la vía de apremio), porque puede cumplirse mediante trabajos en beneficio de la comunidad o porque puede ser objeto, en última instancia, de suspensión. Es evidente que estamos ante un sistema penológico, compuesto por diversos elementos y que se exige la opción entre alguno de ellos, como decisión jurídicamente correcta.

En definitiva, el Tribunal Constitucional hace claramente un llamamiento a la creación de un sistema de penas y respuestas penales, a efectos de permitir la compatibilidad de la imposición y ejecución de una pena con valores y principios constitucionales como la igualdad, la libertad personal o la proporcionalidad.

b. LOS DIFERENTES ELEMENTOS DEL SISTEMA

El conjunto normativo de los artículos 80 a 88 del Código Penal de 1995 dispone de diversas formas o modalidades de cumplimiento de las penas privativas de libertad menos graves. Impone preceptivamente la decisión sobre la suspensión de la ejecución (artículo 82) y ofrece modalidades diferentes de suspensión junto a la versión ordinaria, condicionada únicamente a la no comisión de ningún delito durante el plazo de suspensión:

- La suspensión especial para penas por delitos cometidos a causa de una drogodependencia, del artículo 87;
- La suspensión extraordinaria para penados que sufrieran una enfermedad grave con padecimientos incurables, del artículo 80.4;

empaña el juicio que la norma, en sí misma considerada, merece. Si eventualmente en algún caso de desproporcionada aplicación la inconstitucionalidad se produjera, están abiertas las vías de corrección y de rectificación a través de los recursos ordinarios en la vía judicial a través del recurso de casación, por no tratarse de actividad discrecional, sino reglada, y, finalmente, a través del recurso de amparo constitucional ante este Tribunal en la medida en que se hayan violado los derechos fundamentales y las libertades públicas que a este Tribunal toca proteger».

- La suspensión condicionada al cumplimiento o seguimiento de determinadas reglas u obligaciones (artículo 83);
- Finalmente, prevé la posibilidad de sustitución de la pena de prisión por la de arrestos de fin de semana o por la de multa (artículo 88).

Se trata, pues, de un abanico de posibilidades que se brinda al Juez para que decida la forma de cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, esencialmente con o sin suspensión, o dicho de otra forma, con o sin uso del medio penitenciario¹¹.

C. UNA CLAVE PARA DECIDIR, DESDE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional dedicó en su momento varias resoluciones para elaborar una doctrina sobre el sentido y la naturaleza de la remisión condicional de la pena, lanzando un mensaje muy claro y contundente a los operadores jurídicos, por ejemplo en la STC 209/1993, de 28 de junio (con cita de la 224/1992, de 14 de diciembre, y de la 165/1993, de 18 de mayo):

«El beneficio de la remisión condicional de la condena viene inspirado por la necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que, en tales casos, la ejecución de una pena de tan breve duración no sólo impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo».

(...)«La condena condicional está concebida para evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios y respecto de las penas privativas de libertad de corta duración, finalidad explícita en el momento de su implantación».

¹¹ El Legislador de 1995 adapta un auténtico sistema de *medidas alternativas a la prisión*, con trazos propios de la mítica *probation* anglosajona. Se ha evitado en el texto el empleo del concepto de *medidas alternativas a la prisión*, pese a la enorme trascendencia que tuvo en los debates que, en los años setenta y ochenta, se desarrollaron sobre las legitimaciones de las penas desde los contenidos de la Criminología. La suspensión de la ejecución de la pena no puede contemplarse, hoy, como una alternativa. No es una medida externa ni extraordinaria, sino un eje esencial del sistema penológico de las penas menos graves. De la *probation* se adoptó el espíritu rebelde de negar a la institución penitenciaria la exclusiva de la finalidad rehabilitadora y correctora. Las modalidades especial (artículo 87) y condicionada (artículos 83 y 84) del Código de 1995 se apoyan en la clara finalidad de modificación de los factores criminógenos concurrentes, pero desde la comunidad, reforzando los procesos de socialización.

Una lectura no forzada de este planteamiento es que, si en un supuesto concreto concurren las dos premisas reseñadas (pena privativa de libertad de corta duración y pronóstico futuro de no reincidencia), la decisión judicial jurídicamente correcta es la de suspender la ejecución de la pena, y ello implica la incorrección de la opción por la ejecución en régimen penitenciario. Es la forma de respetar el valor jurídico de la norma del Código Penal que regula la suspensión.

d. OTRA CLAVE CONSTITUCIONAL: SOBRE CÓMO SE HA DE DECIDIR

El Tribunal Constitucional también ofreció, en su momento, otra premisa importante sobre la suspensión. En Sentencias como la 2/1997, de 13 de enero o la 25/2000, de 31 de enero, se afirma que, aunque la denegación de la suspensión no puede afectar al derecho a la libertad del artículo 17 de la CE («no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto»), sí que puede hacerlo al valor libertad («modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo»). Esta determinación tiene enorme trascendencia respecto a las exigencias de una resolución que acuerde o deniegue la suspensión.

Abundando en la misma idea, no podemos perder de vista que la misma STC 224/1992, de 14 de diciembre, ya afirmó con rotundidad que, pese a la dicción literal del artículo 93 del Código de 1973, que solamente requería resolución motivada si la decisión era conceder la remisión condicional de una pena superior a un año e inferior a dos, la motivación era exigible también cuando la misma era denegada, en cualquier caso.

La misma STC 224/1992 nos alerta de que «la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues solo así puede procederse a un control posterior de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad». Es comprensible, pues, que la llamada del Tribunal Constitucional fuera recogida por el Legislador cuando en el artículo 80.1 del Código de 1995 ya se declara expresamente que la decisión sobre la suspensión debe hacerse «*mediante resolución motivada*».

La trascendencia de lo que ahora se dice está en que la condición de discrecional de la resolución (de la decisión) ya no puede presentarse como argumento o como justificación de la falta de alusión a las circunstancias propias del caso en el texto de la resolución. Este argumentario se reprodujo hasta la saciedad en los Autos de las Audiencias

Provinciales (todavía se utiliza por alguna de ellas) que resolvían recursos de apelación contra decisiones de los Juzgado de lo Penal. Como la decisión era discrecional, no podía ser objeto de impugnación: la suspensión podía o no otorgarse (el «podrá» del texto normativo), con lo que no era necesario ni exigible que el Auto contuviera referencias de las circunstancias del caso.

e. LA CLAVE NORMATIVA: EL PRONÓSTICO DE CONDUCTA PENAL FUTURA

Aunque mantiene el empleo de un concepto tan obsoleto (ya en aquel momento) como el de peligrosidad¹², el Legislador quiso dejar muy claro y de forma apriorística (lo hace en el primer apartado del artículo 80) que la decisión sobre si suspender o no ha de basarse, «fundamentalmente», en la determinación de las probabilidades de que el penado vuelva a delinquir en el futuro. Resulta evidente, pues, que la finalidad de la norma, la *ratio legis*, está en evitar que el infractor vuelva a delinquir, es decir, la norma responde al paradigma que viene establecido en el artículo 25. 2 de la Constitución (la debida orientación de las penas privativas de libertad a la reinserción). Este concepto, como el de rehabilitación, no puede integrarse en relación al ser (forma de pensar) de la persona que ha delinquido sino exclusivamente a su conducta. Reinserción significa vivir en sociedad en el futuro sin delinquir («respetando la ley penal» dice el artículo 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

Ya sabíamos que el artículo 25.2 de la CE no incorporaba un derecho subjetivo ni permitía protección por vía de recurso de amparo (STC 2/1987), y que la *orientación reinsertadora* no es la única finalidad de las penas privativas de libertad, que tiene que convivir con las otras finalidades (retribución, prevención general positiva y negativa..., STC 28/1988). Incluso con posterioridad el Tribunal Supremo nos quiso convencer de que la ubicación del precepto entre los derechos fundamentales (parte dogmática de la Constitución) no le otorgaba ninguna

¹² El concepto de *peligrosidad penal o criminal* está abandonado desde hace décadas en el ámbito de la Criminología. Es un concepto estático que no informa sobre los cambios o modificaciones que se operan o pueden operar en la vida y en la personalidad del infractor. Es preferible, desde el rigor y de la necesidad de objetivar los datos a valorar para hacer un pronóstico de conducta futura, la estructura del concepto *evaluación del riesgo*, incorporando una configuración dinámica y revisable y una metodología que pretenda ser científica (análisis de datos preestablecidos y de comprobación empírica). En el campo penitenciario se están utilizando diferentes instrumentos de evaluación de datos desde hace años, y se trabaja sobre construcciones teóricas muy sólidas como los llamados *procesos de desistimiento*.

prioridad ni ninguna condición como criterio interpretativo prioritario frente a aquellas otras finalidades (STS 197/2006, la que creó la llamada doctrina Parot).

Sin embargo, es una evidencia que la finalidad de la norma integrada en el artículo 80 del Código Penal, de forma expresa e inequívoca, se concreta y apoya exclusivamente en la evitación de la reincidencia, es decir, en la reinserción, concepto propio de la finalidad de prevención especial positiva. No es preciso entrar en un debate sobre los fines de la pena, pero sí que se requiere determinar la finalidad de la norma porque ello está llamado a ser uno de los parámetros que necesariamente se habrán de contemplar en la motivación de las resoluciones. No olvidemos que, a pesar de todo, las resoluciones del Tribunal Constitucional han reconocido que el juez ha de proyectar los efectos del principio resocializador (ATC 3/2018, de 23 de enero), pues este «opera como parámetro de ponderación del completo sistema de ejecución de las penas y de las instituciones que lo integran» (STC 120/2000, de 10 de mayo).

En los últimos años estamos presenciando, por otra parte, la influencia de determinados casos en la forma de aplicar la norma del artículo 80, por su trascendencia social y su enorme incidencia mediática. Me refiero a casos de personas condenadas por delitos de corrupción relacionados con el ejercicio de cargos políticos o públicos. Disponemos de resoluciones en los que se ha hecho evidente la necesidad de hacer compatibles las diferentes finalidades legitimadoras de las penas, en especial y por lo que aquí respecta, la prevención general positiva (restablecimiento de la confianza de la ciudadanía en la norma). Es un buen ejemplo de ello el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda, de 3 de noviembre de 2014, dictado en el Caso Isabel Pantoja. Tras acudir a una tradicional integración del concepto de peligrosidad con el de la gravedad del hecho cometido (pese a afirmar expresamente que no podía hacerse un pronóstico de reiteración delictiva futura y pese a que la pena impuesta no superaba los dos años), el Tribunal se ve obligado a hacer una exégesis del artículo 25. 2 de la Constitución y a justificar expresamente el uso del medio penitenciario en razones de prevención general positiva. Lo mismo, o muy similar, ocurrió en el llamado Caso Pallerols (financiación irregular del partido político Unió Democràtica de Catalunya) y la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Segunda¹³.

¹³ En el Caso Pallerols, las Defensas llegaron a un acuerdo de conformidad con el Ministerio Fiscal para garantizarse penas no superiores a dos años y, por tanto, atendiendo a los automatismos propios de la aplicación de la suspensión, la evitación del

El artículo 80 del Código Penal es el eje central del sistema penológico para las penas menos graves y es necesario conocer a qué modelo penológico responde su propuesta, porque cada modelo propone valores diferentes para justificar la pena y también para la forma de cumplirla¹⁴.

- El modelo proporcionalista o retribucionista parte de que la gravedad del hecho cometido ha de ser la referencia prioritaria para configurar las penas (a mayor gravedad, mayor aflicción y mayor duración de las sanciones).
- El modelo incapacitador o inocuizador incorpora el planteamiento de la prevención especial negativa: la prioridad ha de ser evitar que el infractor reincida y ello solamente se consigue impidiendo que vuelva a la vida social, mediante el aislamiento que impide el contacto con el cuerpo social.
- El modelo reparador, creado a partir de las últimas corrientes de pensamiento en la Victimología y la llamada Justicia Restaura-

ingreso en prisión. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona defraudó tan fundadas expectativas con una resolución que, como era de esperar, fue ampliamente comentada en todos los medios de comunicación. Un conocido diario generalista informó del siguiente modo: «La Sección Segunda de la Audiencia de Barcelona ordenó entonces la ejecución de la sentencia. Algo que sorprendió a los implicados porque normalmente, en penas inferiores a dos años en personas sin antecedentes, suele conmutarse la pena. El tribunal esgrimió “prevención general”. Consideró de “incuestionable gravedad” el comportamiento de Pallerols y los hermanos Gavalda que «coloquialmente se denomina corrupción política a través de una trama organizada», y decidió que su caso serviría de ejemplo para «frenar» ese tipo de conductas. Sería «obsceno» que las decisiones de los jueces no sirvieran de «cortapisa» para la corrupción, según alegó la Audiencia. De lo contrario, se daría una situación de «cuasi impunidad» de «políticos y poderosos» que «sucumbieron a las ventajas que proporciona el ejercicio del poder». El auto señaló también «lo inadmisibles que resulta que algunas personas que se deciden dedicarse a la noble función del ejercicio de la política (...) incurran en conductas corruptas». Y más en una época de crisis económica con «personas que a diario engrosan los dramáticos índices de desempleo» y son sometidas a «continuos recortes en servicios sociales» y a una «demanda de sacrificios» que se ceba con los «más débiles».

¹⁴ CID MOLINÉ, J. *La elección del castigo*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009. La elección de la respuesta penal en cada caso constituye un ámbito básico de la actividad del Estado. Se trata de una cuestión que obliga a profundizar en conceptos filosóficos que después han de actuar como referencia del sistema democrático. Los valores sociales, el respecto de los derechos fundamentales y la forma ética con la que el Estado ha de tratar a los ciudadanos, han de ser inevitablemente tratados. Pero también es una cuestión que tiene una perspectiva de eficacia, de cómo se puede valorar la actuación de la Administración de Justicia (dentro del sistema de Justicia Penal) y de cómo han de construirse las políticas públicas para que sea un auténtico servicio público para la ciudadanía. Este libro es útil en las dos perspectivas.

tiva, considera que le pena se justifica si se persigue volver al estado de los derechos afectados previo a la comisión del delito o, en cualquier caso, a la reparación o minimización de los daños causados con la infracción.

- Finalmente, el modelo rehabilitador pone el enfoque en la evitación de que el infractor reincida, pero dirigiendo la actuación a la modificación de los factores que pudieron ser causas de la conducta infractora, así como al mantenimiento y consolidación de los procesos de socialización existentes en el infractor.

Está claro que no existe un sistema penológico puro, que se alimente de un solo modelo. Los cuatro modelos han de convivir necesariamente, de manera que las normas tienen impregnados criterios de cada uno de ellos, y los operadores jurídicos tienen en cuenta tales criterios en su aplicación cotidiana¹⁵.

Sin embargo, hemos de insistir en que la regulación de los artículos 80 a 88 del Código Penal de 1995 contenía una clara asunción de los principios del modelo rehabilitador, así como de sus consecuencias. Se requiere una valoración judicial que contenga un pronóstico de comportamiento futuro porque se parte, como hace el modelo rehabilitador, de la posibilidad humana de cambiar; de que se pueden establecer unas causas de la conducta infractora, y que se encuentran en factores psicosociales; de que se puede actuar con instrumentos penológicos para modificar la influencia de aquellos factores; de que es más efectiva la intervención, respecto a la finalidad de evitar la reiteración en la infracción, si se realiza respetando el entorno social del individuo, con mecanismos propios de la comunidad; de la desconfianza en la institución penitenciaria respecto a las penas cortas de prisión, que ha de ser siempre subsidiaria, porque facilita el contacto con la delincuencia profesional y organizada, mientras que falta tiempo para que den algún fruto los instrumentos del tratamiento penitenciario; y, finalmente, de

¹⁵ Por ejemplo, aunque el sistema penitenciario, según la declaración expresa de su artículo 1.º, se alimenta formalmente del modelo rehabilitador, puede comprobarse que determinadas normas de indudable trascendencia, como las que regulan la clasificación en grados de tratamiento, sitúan como una variable de valoración preceptiva la de la gravedad del delito cometido o la de la gravedad de la pena, que son propias del modelo proporcionalista.

Otro ejemplo de convivencia es la irrupción, así como el progresivo aumento de su uso, del concepto de *esfuerzo reparador* del daño causado con el delito, como variable obligada de valoración en los ámbitos de decisión más importantes de la ejecución de la pena, tanto para decidir si se acude al sistema penitenciario como para optar por el régimen que proceda dentro de dicho sistema. Se trata de un elemento esencial del modelo reparador.

que la respuesta penal ha de ser individualizada, ha de adaptarse a las circunstancias particulares del infractor.

Corolario de todo lo anterior es que, tanto el cambio normativo que aportó el Código Penal de 1995, como la jurisprudencia constitucional que ha analizado la estructura penológica post-constitucional, confluyen en la necesidad de una modificación profunda y radical de las dinámicas y prácticas judiciales en la materia que nos ocupa.

Por un lado, es imprescindible eliminar de la cultura judicial la idea de que, una vez la Sentencia condenatoria es firme, cualquier opción que no comporte el ingreso del condenado en prisión significa la existencia de impunidad, o la concesión graciosa de un beneficio, o que la suspensión solamente se acuerda si el penado es merecedor del beneficio. Tratándose de penas menos graves, el Juez dispone de una variedad de instrumentos, de una variedad de respuestas, para buscar y conseguir que el penado no vuelva a infringir la ley penal. En el proceso de toma de la decisión, el Juez debe tener en cuenta las bases del principio de proporcionalidad, es decir, ha de buscar la opción que pueda ser efectiva con el menor coste posible en derechos fundamentales. Ya no hay beneficios, ni gracias, ni merecimientos. Hay una decisión judicial correcta, por su adecuación a la norma reguladora, y legítima, por un nivel de motivación relacionada con la finalidad de aquella norma.

Esto también se refleja en relación a otros argumentos que, de forma recurrente, han aparecido en muchas resoluciones para justificar la no suspensión y que no tienen relación alguna con la finalidad de la norma. Un buen ejemplo es el de acudir a la falta de respeto a la Administración de Justicia o al Juzgado por el hecho de no comparecer tras ser citado o de ponerse en situación de «paradero desconocido». Todavía hoy se discute en los cursos de formación, o incluso en deliberaciones de recursos de apelación, si el hecho de no localizar a un penado es suficiente, por sí mismo, para no suspender la pena. El prejuicio de que el penado ha de hacer méritos para que se le conceda el beneficio todavía está muy presente, pese a los cambios normativos y jurisprudenciales.

Por otro lado, la modificación que se propone en el nuevo Código pasa por la motivación exigible en las resoluciones de los Jueces. El planteamiento constitucional, ya ineludible, suprime cualquier virtualidad y relevancia de factores como el convencimiento (convicción) personal, o el carácter discrecional de la resolución (entendiendo lo discrecional, marcado por el uso en la norma de la expresión «los jueces podrán...», como lo que no es preceptivo). La dimensión de la función

jurisdiccional en el ámbito de la ejecución penal exige del Juez, por su incidencia en valores constitucionales de primera magnitud, que explique las razones y las causas de sus decisiones, y que estén basadas en datos objetivos u objetivables para construir y razonar un pronóstico de conducta futura.

III. El Tribunal Constitucional profundiza en la noción de motivación

1. *La doctrina del Tribunal Constitucional*

El Código Penal de 1995 y su nueva configuración penológica, con las derivaciones que se acaban de describir, provocan una colisión con la forma de resolver de muchos jueces, que no habían querido oír los mensajes del Tribunal Constitucional y que continuaban anclados en la concepción de la ejecución propia del anterior Código Penal. La resolución de diversos recursos de amparo, todos ellos con motivo en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, permitió al Tribunal la profundización en los contenidos del deber de motivación en estas resoluciones discrecionales, durante la década de los dos mil.

Veamos algunos ejemplos de los razonamientos judiciales que reflejan aquella colisión. El Auto que dio lugar a la STC 320/2006, de 14 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba en 2005, se expresaba en los siguientes términos:

«El art. 80 del Código penal faculta a los Tribunales para que en determinados supuestos puedan dejar en suspenso la ejecución de penas privativas de libertad no superiores a dos años, criterio este que ha de practicarse con carácter restrictivo ya que la norma general es la de que las sentencias hayan de cumplirse en sus propios términos, por lo que, en el presente caso, dadas las circunstancias del hecho, no procede dicha suspensión».

Como era previsible, «las circunstancias del hecho» no vienen concretadas en la resolución, ni en el Auto resolutorio del recurso de súplica interpuesto después. De otra parte, el Ministerio Fiscal informó previamente que no procedía la suspensión, “dado que es facultad absolutamente discrecional de los tribunales la concesión o no de los beneficios de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años».

La Sentencia que dio lugar a la STC 75/2007, de 23 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Murcia en 2003, razona del siguiente modo para explicar la decisión de no suspender la ejecución de la pena:

«Es un beneficio de concesión facultativa, que —por tanto— puede no concederse.

— El art. 80 del CP vigente dice que “puede” concederse atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto (...).

— Pues bien, la peligrosidad criminal de los acusados, si se les concediera la suspensión de pena, como ellos pretenden, sería altísima, dado que en tal caso prácticamente sería como si se les absolviera: no tendrían que cumplir pena alguna, ni pagar ninguna multa.

Evidentemente en este caso los acusados se llevarían la impresión de que estos hechos se pueden cometer sin problemas, que no tienen sanción alguna, y ello quizá les llevaría a repetirlos, dado que además ni siquiera les aparecerían los antecedentes penales (...)

— Pero es que hay otros muchos elementos que nos hacen optar también por la denegación de este beneficio:

(...) Para ser merecedor de este beneficio, al menos este juzgador entiende, hay que ganárselo, hay que merecerlo, hay que demostrar un cierto arrepentimiento, alguna forma de colaborar con la Administración de Justicia, que está gastando mucho tiempo y dinero».

Este tipo de argumentos, que no eran ni son precisamente extraños en las resoluciones de los Juzgados de los Penal y de las Audiencias Provinciales en España, reflejaban y reflejan una profunda incompreensión de las bases del cambio que se había producido en el sistema penológico, tanto a nivel normativo como de interpretación constitucional. Por ello, no es sorprendente que el Tribunal Constitucional acabe confeccionando una rigurosa doctrina sobre la forma de interpretar y aplicar los artículos 80 y siguientes del Código Penal, así como de motivar las decisiones al respecto. Las dos Sentencias que se han citado, entre otras muchas, describen y reiteran la misma doctrina, que se intentará sintetizar a continuación.

Se explicita la exigencia de un *canon reforzado* de motivación en las resoluciones que resuelven sobre la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (como en las relativas a permisos de salida y libertad condicional en materia penitenciaria), como derivación directa de la afectación de tales resoluciones al valor constitucional de la libertad, y que se materializa en dos asertos:

- a) La simple referencia al carácter discrecional o facultativo de la decisión del órgano judicial no constituye motivación suficiente de dicha decisión. Lo contrario pugnaría con una interpreta-

ción teleológica de la ratio de la suspensión: necesidad de evitar en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que en tales supuestos no solo la ejecución de una pena de tan breve duración impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo.

- b) El deber de fundamentación de estas resoluciones judiciales requiere la ponderación de las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad.

2. Reflexiones a partir de la STC 75/2007

Merecen destacarse varias especificaciones de esta Sentencia: la peligrosidad (el pronóstico de conducta futura) no puede afirmarse a partir del sentimiento de impunidad que supuestamente provoca la suspensión de la ejecución de la pena y la consiguiente opción por no hacer uso del sistema penitenciario. El argumento es perverso porque justificaría la no aplicación de la suspensión en ningún caso (derogación *de facto* de una norma jurídica), pero es que, además, implica la renuncia genérica a acudir a las circunstancias del caso y personales del penado y, finalmente, implica la deslegitimación de una respuesta penal a partir de un prejuicio inaceptable como es considerar que la suspensión es fuente de impunidad.

De otra parte, dicha Sentencia desvalora por completo el argumento de que el penado ha de ganarse y merecerse la concesión de la suspensión, mediante la exteriorización de alguna actitud de arrepentimiento o de una conducta procesal determinada de colaboración con la Administración de Justicia. Lo hace afirmando que ello supone una vulneración flagrante del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Esta cuestión es importante porque el pensamiento de que la suspensión ha de merecerse está muy extendido entre los jueces penales y va más allá de exigir una conducta de colaboración (acceder a la conformidad para evitar la celebración del juicio oral o no incurrir en el «paradero desconocido»). Se apoya en una concepción moralista del delito

en la que la pena ha de servir para redimir y expiar la culpa asociada a la infracción. Desde esa visión, la suspensión es un perdón (una gracia) que no puede concederse a quien no muestra arrepentimiento y contrición. Este prejuicio atávico es completamente incompatible con la configuración jurídica y con la finalidad que tiene la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, como se deduce con claridad de la doctrina jurisprudencial descrita.

Es esencial que el Tribunal Constitucional considera imprescindible, respecto a una resolución óptima, la valoración de las circunstancias individuales del penado, y que sitúe como «finalidad principal de la institución» la consecución de evitar la reincidencia delictiva (hay otras finalidades legitimadoras, de prevención general, pero la prevención especial positiva es la principal). Es esencial porque se ha demostrado la insuficiencia de los métodos literalistas para interpretar correctamente el artículo 80 del Código Penal, lo cual hace necesario acudir al método teleológico, que significa asumir la elaboración de análisis más profundos sobre la finalidad de la norma desde perspectivas penológicas y criminológicas.

3. *Aún más: la STC 97/2010, de 15 de noviembre*

Esta Sentencia del Tribunal Constitucional adquirió cierta difusión entre los operadores jurídicos del ámbito penal, porque se enfrentó a la espinosa cuestión de las causas de interrupción del plazo de prescripción de las penas (artículo 134 del Código Penal), lo cual llevó a que dedicara un Fundamento Jurídico a la doctrina sobre la motivación exigible cuando estaban en juego valores constitucionales y/o era posible la afectación de derechos fundamentales (en aquel caso la libertad, art. 17 CE, y la legalidad penal, art. 25. 1 CE).

La resolución vuelve a introducir el concepto de *tutela reforzada* y afirma que se exige «una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución». Se quiere destacar porque la construcción del *nexo de coherencia*, en un ámbito asimilable al de la aplicación de las normas sobre la suspensión, significa alzaprimar expresamente el elemento teleológico de la interpretación de la norma jurídica aplicable. Dice la resolución que la motivación debe contener los elementos tenidos en cuenta para la interpretación de la norma, «en el entendimiento de que esta interpretación debe estar presidida por la ratio legis o fin de protección de dichas normas».

Ya sabemos con suficiente rigor cuál es la finalidad o el fin de protección de las normas contenidas en los artículo 80 y siguientes del Código Penal, al menos a nivel principal o prioritario: que el penado no vuelva a delinquir. En el momento de resolver sobre la aplicación de dichas normas, el Juez no puede prescindir de dicho elemento interpretativo, a riesgo de caer en una resolución nula por falta de motivación o motivación insuficiente.

IV. La reforma del Código Penal de la Ley Orgánica 1/2015

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, modifica sustancialmente el cuadro normativo del Capítulo III del Título III del Libro I del Código Penal, en cuanto a las «Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad», pero lo hace respetando las líneas maestras del sistema diseñado en el Código de 1995 y dirigiéndose a profundizar en el mismo y a mejorarlo. Para ello, considero una evidencia que el Legislador recoge y refleja en los textos normativos el espíritu de la doctrina del Tribunal Constitucional que se ha ido describiendo hasta ahora. Veamos sus manifestaciones:

1. *Determinación de la finalidad de la norma y de la institución de la suspensión*

Más allá de insistir en la exigencia de una resolución motivada y de la decisión, más que simbólica, de prescindir terminológicamente del concepto de peligrosidad, concreta la finalidad de esta figura, esencial para la interpretación teleológica de la norma, en la determinación de cuándo es necesaria la «ejecución de la pena» (cumplimiento en régimen penitenciario), de tal manera que la valoración judicial deberá referirse a «cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos» (artículo 80. 1, párrafo primero, del Código Penal).

El Legislador de 2015 ratifica el criterio de 1995 pero lo hace con una forma lingüística más clara y explícita.

La supresión de la referencia a la peligrosidad penal es, ciertamente, muy saludable. Significa discriminar elementos valorativos que pueden llegar a ser una distorsión en cuanto a la finalidad explicitada de la norma, como son la gravedad del hecho o la gravedad del delito cometidos, unos parámetros que, por un lado, ya han sido valorados por el órgano sentenciador en la sentencia condenatoria cuando llevó a cabo la

calificación jurídica del hecho y, sobre todo, cuando determinó la pena. La tradición judicial para valorar la presencia de peligrosidad (en el ámbito de las medidas de seguridad o, más recientemente, para la aplicación del régimen extraordinario del artículo 78 del Código Penal)¹⁶ se ha centrado en mantener una visión estática del concepto y en derivarlo directamente de la gravedad del hecho cometido. Tan obsoleta perspectiva ha pasado a ser incompatible con la dicción y con el espíritu de la norma contenida en el artículo 80 del CP. El empleo de términos como *razonable* o *necesaria* conlleva necesariamente la valoración de la situación del penado en el momento de tomar la decisión, es decir, de comprobar si es la misma que tenía en el momento de cometer la infracción, así como de los factores dinámicos que han podido causar un cambio en la posición del penado ante la infracción (o ante la norma penal).

2. *El listado de las variables a valorar para decidir*

El Legislador recoge fielmente la llamada del Tribunal Constitucional, cuando este incluye como un elemento del canon reforzado exigible de motivación la valoración de las circunstancias individuales del penado. Respecto de la decisión de suspender o no la ejecución de la pena, el párrafo segundo del apartado primero del artículo 80 impone, mediante el empleo de la forma imperativa del verbo, la valoración de una serie de variables que, claramente, integra aquel concepto de circunstancias individuales del penado:

- Las circunstancias del delito cometido.
- Las circunstancias personales del penado.
- Los antecedentes penales del infractor.
- La conducta del penado posterior al hecho.

¹⁶ El artículo 78 del Código Penal puede servir de referencia, puesto que establece un régimen excepcional de cumplimiento penitenciario de la pena de prisión, más grave que el régimen ordinario derivado del artículo 76 del CP. Su redacción original en el Código de 1995 presentaba la peligrosidad penal del condenado como una variable preceptiva de la decisión, y, aunque tras la reforma de la LO 7/2003 desapareció de dicha redacción, ha continuado siendo la referencia primera en la justificación de la aplicación de la figura en buena parte de las resoluciones. Un buen ejemplo de ello son las Sentencias del Tribunal Supremo 626/2005 y 1291/2005. En ellas también puede comprobarse que el concepto de peligrosidad se integra sin reparos en la gravedad del hecho y en un concepto tan inadecuado como la alarma social. Afortunadamente, la reciente STS 413/2018, de 20 de septiembre, da un giro en dicho planteamiento, teniendo en cuenta las consideraciones constitucionales que ostenta la norma y centrandó la motivación de la decisión en la valoración de las circunstancias personales del penado.

- Las circunstancias familiares y sociales del penado.
- El esfuerzo realizado por el penado para reparar el daño causado con el delito.
- El efecto que quepa esperar de la propia suspensión y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

Sin duda, si se valoran las variables de este listado que sean relevantes en el caso concreto, no solamente se garantiza una motivación óptima de la decisión, sino que las probabilidades de error en la opción serán mínimas.

En coherencia con este planteamiento, no hay ningún inconveniente, desde los principios estructurales del proceso, para que el Juez acuerde de oficio aquellas actuaciones necesarias para recabar la información que requiera la integración de las referidas variables. De la misma forma que se expide la hoja histórico-penal del penado, se puede interesar un informe psico-social del penado o el inicio de un proceso de mediación (para calibrar el esfuerzo reparador)¹⁷.

Otra lectura derivada y obligada de la inclusión en la norma de este listado de variables: el Legislador considera que es preciso huir del automatismo en la decisión sobre si se suspende o no la ejecución de una pena. Se trata de un listado que opta con claridad por una decisión individualizada, dada su evidente trascendencia. Se percibe una decidida voluntad de acabar con la tendencia de los jueces, presente en su práctica diaria durante muchas décadas, de decidir con el único auxilio de la hoja histórico-penal del penado. El Juez tiene la obligación de informarse para determinar las circunstancias del caso.

3. *El requisito de haber delinquido por primera vez*

La reforma mantiene las tres condiciones que tradicionalmente se habían impuesto para la suspensión, pero configura su regulación con un contenido muy diferente. El primer requisito, descrito como «haber delinquido por primera vez» y referido como «ser delincuente primario», mantiene los contornos marcados con la no valoración de con-

¹⁷ La reforma de la LO 1/2015 permite reivindicar con más fuerza la creación, por el Ministerio de Justicia o por las Consejerías de las Comunidades Autónomas con competencias, de Equipos de Asesoramiento Técnico a los Jueces en materia de ejecución penal, análogos a los que ya existen en los Juzgados de Familia. De la misma forma, la alusión del nuevo artículo 84.1 al cumplimiento de un acuerdo de mediación como condición de la suspensión, obliga a la creación de servicios de mediación penal asequibles en todos los Partidos Judiciales.

denas por delitos imprudentes o por delitos leves (antes faltas) y de las anotaciones de condenas canceladas o cancelables conforme al artículo 136 CP, pero añade un inciso que lo restringe de forma muy sensible. Dice el nuevo apartado segundo del artículo 80 que no se valorarán a estos efectos, los antecedentes «correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de nuevos delitos». Se trata, sin duda, de una modificación muy profunda en nuestro sistema penológico.

Retomando el final del punto anterior, se trata de otra muestra de la voluntad del Legislador de evitar el automatismo en la decisión y modificar el escenario en el que el Juez decidía tras una visión rápida de los antecedentes penales del penado. La regulación anterior a la reforma permitía tan burocrática conducta, de manera que la decisión requería muy escasa dedicación: si no había antecedentes penales (primario puro), se «concedía» la suspensión; si había antecedentes, se denegaba, ya fuera por no ser cancelables, ya fuera porque permitían, siendo anteriores o posteriores al hecho, afirmar la presencia de peligrosidad (la alusión del antiguo artículo 80 a la «existencia de otros procedimientos» como elemento valorable facilitaba tan simple planteamiento). La nueva configuración del requisito obliga al Juez a hacer una valoración de relevancia de los antecedentes, desde una perspectiva criminológica. El tipo de delito cometido con anterioridad, el tiempo transcurrido desde su comisión, la dinámica comisiva (formas de participación, no empleo de violencia,...) o la actitud en el cumplimiento de la pena o de la responsabilidad civil, son factores sobre los que necesariamente habrá de razonar el Juez para concluir si concurre el requisito de «haber delinquido por primera vez».

4. La suspensión excepcional que integra la anterior sustitución de la pena de prisión

La ampliación de los márgenes de aplicación de la suspensión también se refleja en la creación de una nueva modalidad en el apartado tercero del artículo 80. Es excepcional porque permite suspender aún sin que concurren los requisitos primero y segundo, es decir, el de «haber delinquido por primera vez» (este, al parecer, en términos absolutos), y el de que la pena o la suma de las penas impuestas no supere los dos años (este se excepciona solo parcialmente, ya que comprende los casos en los que se imponen varias penas en una misma sentencia, que individualmente no superan los dos años pero sí mediante su suma). Es excepcional, igualmente, porque no puede quedar condicio-

nada únicamente a que no se cometa ningún delito durante el plazo de suspensión, sino que preceptúa la imposición de condiciones como la reparación efectiva del daño causado (conforme a las posibilidades físicas y económicas del penado) o el cumplimiento del acuerdo de mediación, en su caso, y en cualquier caso se condiciona al cumplimiento de alguna prestación, ya sea el pago de una multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad (por esto se considera que integra la desaparecida figura de la sustitución que regulaba el derogado artículo 88 CP).

Constituye sin duda una forma de ampliar el ámbito de aplicación de la suspensión, pensando en situaciones extremas de falta de necesidad de la ejecución penitenciaria. Es fiel a la idea de otorgar instrumentos penológicos diferentes al Juez para que pueda optar cuando se dan situaciones extraordinarias, como el transcurso de un periodo desmesurado de tiempo desde el momento de comisión de la infracción, o el de la culminación de un proceso personal de reinserción muy patente por parte del penado. También puede ser de mucha utilidad para el Juez cuando aparezca con mucha claridad que se trata de un infractor ocasional. Por ello, requiere una labor judicial muy precisa y rigurosa de recogida de material que permita valorar el esfuerzo reparador del penado y su conducta posterior al hecho delictivo, así como el establecimiento de medidas de control de que se produce aquel esfuerzo reparador.

5. El requisito de haber satisfecho las responsabilidades civiles derivadas del delito

La reforma de la LO 1/2015 cambia completamente la selección de los conceptos que han de definir aquello que debe exigirse al penado para que pueda suspenderse la pena. La norma derogada (art. 81 3.^a) ya se refería expresamente a la imposibilidad de pago para describir el objeto de valoración judicial, pero ello no evitaba que la actuación se redujera, en la realidad de los Juzgados, a un trámite de averiguación telemática de bienes e ingresos y la posterior declaración judicial de insolvencia, dándole un contenido burocrático ciertamente indeseable. La reforma pretende que sea la actitud del penado frente a la asunción y abono de la responsabilidad civil lo que ha de ser objeto de valoración. El artículo 80.2.3.º vigente pone el foco en el compromiso del penado de acuerdo con su capacidad económica, no tanto en el hecho objetivo del pago, total o parcial, de la indemnización, que es, como lo era antes, un resultado contingente.

El empleo de la expresión «compromiso» es congruente con el del concepto de «esfuerzo reparador» entre las variables a valorar para la decisión de la suspensión y, con especial énfasis, entre las establecidas para la modalidad excepcional del artículo 80.3. Es igualmente coherente con la previsión que se añade en el régimen de revocación de la suspensión del artículo 86, en el que se sitúa como causa principal de revocación, en esta materia, que el penado facilite «información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio». Es el impago deliberado (con posibilidad de hacerlo) o la ocultación al Juzgado de bienes o ingresos lo que puede ser objeto de reproche al penado, ya sea para denegarle la suspensión, ya sea para revocarle la acordada previamente. Así lo ha fijado ya el ATC 3/2018, de 23 de enero, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el artículo 80.2.3.^a, desde la perspectiva, sobre todo, del derecho constitucional a la igualdad (artículo 14 de la CE).

Este planteamiento, respetuoso por definición con las posiciones que desde la Victimología han propiciado la reforma, es, en definitiva, coherente con la determinación de la finalidad de la norma y de la institución en la prevención especial positiva (artículo 25.2 de la CE), porque pone el acento y la atención en la responsabilización del penado respecto de la infracción cometida y sus consecuencias. La actitud del penado frente a la víctima tiene una significación criminológica, puesto que sirve de referencia para inferir racionalmente si concurre un pronóstico de reiteración (es quien no se responsabiliza, quien no reconoce el desvalor de lo que ha hecho, quien puede reincidir con mayor probabilidad). Al respecto, merece ser estudiado el ATC 259/2000, de 13 de noviembre¹⁸.

¹⁸ El Auto del Tribunal Constitucional 259/2000, de 13 de noviembre, analiza efectivamente la relación entre la exigencia de satisfacción de las responsabilidades civiles y la suspensión de la pena, y lo hace desde la necesidad de valorar la actitud del penado: «si el nuevo Código Penal concede un cierto ámbito de valoración al Juez, en orden a la concesión, en función de las capacidades económicas de cumplimiento del condenado, deberá denegarse el beneficio sólo en aquellos casos en que le quede acreditada la no voluntad de cumplimiento de la responsabilidad civil, en caso de poder hacerlo, por parte del condenado». El análisis acaba centrándose en la forma y la suficiencia de acreditación en el caso de la posibilidad de pago, es decir, con la motivación de la resolución (tratándose de un delito defraudatorio, la posibilidad de pago se infiere directamente de la importante cantidad de dinero que supuso el delito como beneficio, que debía estar a disposición del penado todavía, por lógica, pese al tiempo transcurrido).

6. *El nuevo régimen de la revocación de la suspensión acordada previamente*

La regulación que ofrece el actual artículo 86 del Código Penal mejora de forma patente el tratamiento de la revocación de la suspensión. De forma coherente con las llamadas a la necesidad de individualizar las decisiones en esta materia, explicita que ha de imperar de forma racional el principio de flexibilidad. Se ofrece al Juez una pluralidad de posibilidades para actuar ante el incumplimiento de las obligaciones o deberes propios de la suspensión, en coherencia con la obligada graduación de la trascendencia que pueda tener dicho incumplimiento. Solo el que impida mantener las expectativas que motivaron el acuerdo de suspensión (el pronóstico de no reincidencia), y/o sea grave y reiterado, podrá justificar una decisión tan grave y contundente como la revocación y el consiguiente uso del medio penitenciario.

Se trata de nuevo, como se ve, de un mandato de individualización y de evitar el automatismo en la decisión. En el caso de comisión de un nuevo delito durante el plazo de suspensión, el Juez debe valorar (volver a valorar) las circunstancias del caso (las variables del artículo 80.1.2, aunque con especial atención a la naturaleza de la infracción cometida), para poder concluir si se puede o no mantener el pronóstico de no reiteración que justificó la primera decisión. El Juez ya no puede seguir actuando como permitía hacerlo el artículo 84 antes de la reforma, es decir, con una resolución de revocación directa ante la hoja histórico-penal del penado (a riesgo de dictar una resolución nula por falta de motivación o motivación insuficiente).

V. **El tratamiento procesal de la resolución. La aplicación del principio de concentración**

La LO 1/2015, al establecer un único régimen de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, con diferentes modalidades, obliga a plantearse qué mecanismos procesales pueden ser adecuados para preservar la vigencia de los principios estructurales del proceso penal y, sobre todo, para garantizar el respeto de las partes a la tutela judicial efectiva.

1. *La preceptividad de la audiencia previa*

La reforma da respuesta, sin duda, a una reivindicación reiterada de los Jueces durante años, manifestada en multitud de foros y espe-

cialmente aprovechando las actividades formativas del Consejo General del Poder Judicial o los encuentros convocados para unificar doctrina. La realidad mostraba procedimientos de ejecución interminables, a causa de la posibilidad de formulación de pretensiones sucesivas (suspensión por interposición de recurso de amparo, suspensión por solicitud de indulto, solicitud de suspensión ordinaria, solicitud de una modalidad de suspensión, sustitución), cada una de ellas con sus recursos de reforma y apelación. La reivindicación de los Jueces se centraba en una reforma procesal que evitara tal realidad, lo cual pasa esencialmente por un sistema de única resolución para resolver todas las pretensiones susceptibles de ser formuladas. La Exposición de Motivos de la LO 1/2015 responde expresamente a todo ello (Apartado IV), justifica la introducción de «régimen único de la suspensión» y concluye: «De este modo se asegura que jueces y tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas».

Hasta aquí impera el consenso y la satisfacción general. Sin embargo, el Legislador no tuvo la generosidad de ofrecer una regulación procesal que hiciera posible tan loable propuesta, a salvo de que pueda servir la escueta referencia a la preceptiva audiencia de las partes de los artículos 82.1 (decisión sobre suspensión tras la firmeza de la Sentencia condenatoria) y 86.4 (decisión de revocación de suspensión). Al respecto, la STC 248/2004, de 20 de diciembre, ya había declarado que la audiencia de las partes previa a dictar la resolución sobre suspensión es ineludible, como exigencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la proscripción de indefensión. La misma Sentencia insinúa la conveniencia de que la audiencia sea personal del penado, a efectos de que el Juez conozca las circunstancias personales del mismo que han de ser valoradas, dice la Sentencia, para realizar el juicio de peligrosidad criminal del sujeto¹⁹.

¹⁹ Merecen reproducirse textualmente las palabras de la STC 248/2004: «son varios los preceptos del Código penal que específicamente en relación con esta institución requieren la audiencia de las partes e interesados —arts. 80.2, 81.3, 84.2 CP —, y aunque no se establezca de forma expresa en caso de denegación de la suspensión, dicha audiencia constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE), siendo dicha exigencia tanto más relevante en un caso como el presente en el que lo que se dilucida es el cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del condenado en centro penitenciario. Es de aplicación en este caso, dadas las circunstancias que concurren en él, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que al interpretar el art. 5.4 del Convenio europeo de derechos humanos ha declarado que la privación de libertad debe poder ser impuesta o revisada en proceso contradictorio, en igualdad de

Es cierto que la posterior STC 222/2007, de 8 de octubre, matiza tal doctrina aplicando el expediente de la exigencia de indefensión material para concluir la vulneración del derecho (la posibilidad de intervenir en trámites posteriores, incluyendo los recursos, puede evitar la presencia de indefensión material). Pero no deja de ser un matiz, puesto que no afecta a la exigibilidad general de un trámite de audiencia a las partes previo a resolver. El proceso justo exige que el penado tenga la posibilidad de incidir en el contenido de la decisión judicial.

2. *La posibilidad de la formulación de pretensiones*

El régimen de resolución única plantea una problemática que va más allá de la necesidad de audiencia previa de las partes. Si el sistema ha de apoyarse en una única resolución judicial, ha de garantizarse que el Juez esté en disposición de resolver en ella todas las pretensiones que las partes consideren susceptibles de formularse. Eso implica, necesariamente, que debe procurarse un escenario procesal adecuado para que las partes y sobre todo el penado puedan plantear al Juez todas las cuestiones jurídicas que valore como necesarias en el caso. Por ejemplo, si después de dictar la resolución única, decidiendo que no procede la suspensión ordinaria de la pena, y declarar su firmeza, el penado no podrá solicitar la aplicación de la modalidad especial del artículo 80.5, se ha de alertar de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si tal solicitud no pudo formularse con anterioridad²⁰.

armas, en el que se otorgue al sometido a restricción de libertad la posibilidad de alegar sobre los fundamentos específicos de dicha restricción (entre muchas, SSTEDH de 24 de octubre de 1979, asunto Winterwerp c. los Países Bajos, § 60; de 21 de octubre de 1986, caso Sánchez Reisse c. Suiza, § 12; de 12 de diciembre de 1991, asunto Toht c. Austria, § 84; de 23 de septiembre de 2004, asunto Kotsaridis c. Grecia, § 29). Por ello, debió darse oportunidad al recurrente de alegar sobre la concurrencia de los requisitos que el Código penal exige para la concesión de dicho beneficio—art. 81 CP—, así como sobre las circunstancias personales con base en las cuales el órgano judicial debía realizar la ponderación de los fines de dicha institución y específicamente la valoración de la peligrosidad criminal del sujeto, según requiere el art. 80.1 CP».

El supuesto de hecho que analiza la STC todavía se produce, desgraciadamente, en los Juzgados españoles: un Juzgado de lo Penal dicta la incoación de la ejecutoria y acuerda la expedición de antecedentes penales y el traslado al Ministerio Fiscal para que informe sobre la procedencia de suspender o no la pena; una vez dispone del informe del Ministerio Fiscal, resuelve acordando que no procede la suspensión atendiendo a las circunstancias del caso, sin concretarlas.

²⁰ Siguiendo el ejemplo reseñado, conviene recordar que las STC 110/2003, de 16 de junio, y la 222/2007, de 8 de octubre, estiman los recursos de amparo interpuestos, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en supuestos en los que una per-

En los debates en los que los Jueces materializaron su reivindicación del sistema de resolución única también se planteó, como no podía ser de otra forma, la necesidad de emplear técnicas procesales propias del principio de concentración, a efectos de garantizar la posibilidad de formular todas las pretensiones necesarias o procedentes para todas las partes. En este punto se deshacía el consenso general. Los esfuerzos para argumentar la conveniencia de llevar a cabo una vista o comparecencia, con presencia del penado, de su Abogado, del Ministerio Fiscal y de las Acusaciones particulares, en su caso, han resultado en gran medida infructuosos frente a los graves argumentos basados en problemas de logística propia de la Administración de Justicia y del colectivo judicial (la falta de medios y de tiempo).

Se opta, en general, por un sistema de traslado a las partes, mediante la representación procesal, para que en un plazo formulen alegaciones y pretensiones, a pesar de la evidencia de que se trata de una solución formal y, por lo tanto, insatisfactoria. La presencia del penado ante el Juez, no solamente impide problemas posteriores sobre si la tutela judicial ha de ser material y efectiva (el traslado al Abogado no garantiza que el mismo pueda plantear todas las cuestiones posibles), sino que tiene múltiples implicaciones para la debida motivación y también para la eficacia de la resolución. Cuesta entender cómo se puede llevar a cabo una valoración, mínimamente rigurosa, del listado de variables del artículo 80.1.2 sin disponer de una presencia efectiva del penado (aunque no sea personal, asegurándose de que interviene el Abogado y ambos están en situación de comunicarse); lo mismo puede decirse respecto a la valoración del esfuerzo reparador (cómo se requiere al penado de la información sobre su patrimonio para poder comprobar después si la que ha ofrecido es inexacta o insuficiente), o de la conveniencia de imposición de deberes, medidas o prestaciones (cómo se recaba el consentimiento para realizar trabajos en beneficio de la comunidad o cómo se comprueba la capacidad para pagar una multa), o de la procedencia de resolver sobre la modalidad del artículo 80.5 (sobre todo en los casos de aplicación de la circunstancia atenuante del artículo 21.2.^a del CP en la Sentencia).

sona condenada había solicitado la suspensión en la modalidad de delitos cometidos a causa de la drogodependencia (antiguo artículo 87, ahora artículo 80.5), y la misma había sido desestimada con base a la regulación de la suspensión ordinaria y sin tener en cuenta los aspectos normativos de la modalidad interesada. Ambas resoluciones dejan claro que se trata de pretensiones diferenciadas y, por lo tanto, no pueden ser resueltas con la misma fundamentación jurídica, a efectos de motivación.

La ausencia de un espacio procesal adecuado y efectivo para que las partes puedan formular sus pretensiones debería ser motivo de impugnación en los recursos de apelación contra los Autos que resuelven sobre suspensión. Eso permitiría a las Audiencias Provinciales entrar a valorar si la resolución es nula por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La práctica, sin embargo, nos muestra recursos en los que, *per saltum*, se incluye una solicitud de aplicación de la modalidad especial (artículo 80.5) o de la excepcional (artículo 80.3) de suspensión, solicitudes sobre las que no se puede resolver en apelación porque no hay resolución previa del juzgado de instancia. Es preciso hacer llegar a los jueces solicitudes formales de que convoque vista o audiencia de las partes, con presencia del penado, si no en todos los casos, en aquellos que presenten una cierta dificultad para resolver sobre el fondo, es decir, sobre si es necesario o no hacer uso del medio penitenciario para que el penado no reitere su conducta delictiva.

VI. Conclusión

El sistema penológico que el Código Penal ofrece para las penas menos graves ha sido modificado en profundidad y se ha sofisticado sensiblemente, a raíz de la incidencia de los principios constitucionales. La irrupción de derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva, junto a la irradiación de la orientación de las penas privativas de libertad que se establece en el artículo 25.2 de la Constitución, ha provocado que los niveles de exigencia hacia la calidad de las resoluciones judiciales discrecionales, en el ámbito de la ejecución penal, se haya incrementado con mucha intensidad y en muy poco tiempo. El Juez ha de valorar si es probable que el penado vuelva a delinquir, lo ha de motivar ofreciendo las razones que ha tenido en cuenta para llegar a su conclusión, y esa motivación ha de responder a un canon reforzado, que incluya la valoración de las circunstancias individuales del caso, y ha de pensar si impone condiciones para controlar la conducta del penado durante el plazo de suspensión, etc. Ya no puede ser suficiente, para todos los casos, la rápida observación de los antecedentes penales del penado para decidir. Lo que se espera del Juez con este sistema es, ciertamente, muy exigente. Obliga a trabajar más y mejor, a elaborar las resoluciones antes de dictarlas, pero sin duda vale la pena. Los resultados nos permitirán, con el tiempo, poder hablar de la noción material de la Justicia penal.

La nueva regulación del comiso en el Código Penal

Jesús Agustín Pueyo Rodero

Magistrado de la Audiencia Provincial de Bizkaia

Sumario: I. Introducción. La reforma de la LO 1/2015: finalidad y novedades. II. Concepto y naturaleza. III. Principios procesales y materiales. IV. El comiso directo. Art. 127 CP. V. El comiso ampliado. Su doble regulación. 1. Origen de la misma. 2. El art. 127 bis CP. a. La lista de delitos objeto del mismo y su crítica b. Primera batería de presunciones positivas. c. Quid en caso de condena posterior. d. Supuestos en que no opera. Prescripción, absolución y sobreseimiento. 3. los arts. 127 quinquies y sexies CP. Un cuadro complete de presunciones. a. Art. 127 quinquies. Segunda batería de presunciones. Canon de diligencia exigible. b. Requisitos cumulativos y presunciones de actividad delictiva continuada. c. Art. 127 sexies. Tercera batería de presunciones y principio de proporcionalidad. VI. Relación entre las presunciones y el principio de presunción de inocencia. VII. Comiso sin condena. Art. 127 ter CP. VIII. Comiso de bienes de terceros. La reducción del ámbito del tercero de buena fe. Art. 127 quarter CP. IX. Comiso cautelar. Art. 127 octies CP X. Efectos y problemas de ejecución. XI. La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos

Resumen: En este trabajo se analiza la nueva regulación del comiso introducida en la reforma del Código Penal de 2015 que tiene su origen, en gran medida, en la Directiva europea 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. Este estudio se detiene en las figuras del comiso ampliado, sin sentencia condenatoria y de bienes de terceros para finalizar con una breve referencia a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos.

Palabras clave: Comiso, principio de presunción de inocencia, Oficina de Recuperación y Gestión de Activos

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-1325-038-0, núm. 15/2019, Bilbao, págs. 109-129

I. Introducción. La reforma de la LO 1/2015: finalidad y novedades

Nuestro Código Penal regula el decomiso en el libro I, título VI «de las consecuencias accesorias», separado del título V, «de la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales», en los arts. 127 a 129 (el 130, sobre extracción, incluso coactiva, de ADN con fines de investigación, nada tiene que ver con el mismo), con una finalidad clara de diferenciación de otras instituciones cercanas encuadradas dentro de las responsabilidades pecuniarias como el partícipe a título lucrativo (art. 122 CP).

La redacción actual de dichos preceptos es fruto de la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de Marzo, cuya Exposición de Motivos (en adelante EM), en su apartado VIII, explica que supone una «ambiciosa revisión que introduce importantes modificaciones que tiene como objeto facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión económica de los mismos».

La confesada referencia internacional en la materia la constituye la Directiva 2014/42 UE de 3 de abril sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos del delito en la Unión Europea, cuyos objetivos principales eran: facilitar el decomiso de los bienes claramente vinculados a actividades delictivas; simplificar los procedimientos de recuperación de bienes transmitidos a otras personas que deberían haber sido conscientes de su procedencia delictiva y permitir la confiscación de bienes cuando la condena penal no sea posible porque el sospechoso está muerto, aquejado de una enfermedad crónica o huido. De todos modos, como veremos más adelante, en algunos aspectos, la reforma ha superado el texto de la Directiva.

Las principales novedades de la reforma afectan, según la EM, a las tres cuestiones siguientes:

- El decomiso sin sentencia de condena, ya regulado en el art. 127.4 anterior, se regula en el art. 127 ter CP, si bien se amplían los supuestos en que cabe y se establecen hitos procesales previos, de imputación formal o acusación, para su fijación.
- El decomiso ampliado, que podemos definir como al que mayor contenido dota la reforma, ya que tiene como soporte bienes distintos a los hechos objeto de condena, siendo su base material una serie escalonada de diversas presunciones positivas y negativas sobre el origen delictivo de dichos bienes, entre ellos, la desproporción entre los ingresos lícitos del sujeto y el patrimonio.

nio disponible. Además, extiende la previsión, preexistente en la parte especial en los delitos de terrorismo y los cometidos por organizaciones criminales, a otros delitos en los que es frecuente una actividad delictiva continuada, que puede comportar importantes beneficios económicos.

La posible contradicción o, al menos desajuste, entre el cuadro en cascada de indicios de las actividades delictivas y los principios de presunción de inocencia y de culpabilidad, así como la tradicional presunción de buena fe en los bienes adquiridos a título oneroso, pueden quedar desdibujados, como señala un importante sector doctrinal y justifican que los estudiemos en un apartado específico.

- El decomiso de bienes de terceros, ya previsto en el derogado art. 127.1 CP «si bien la reforma introduce algunas mejoras técnicas orientadas a incrementar la eficacia y seguridad jurídica» (apartado VIII de la EM).

Yo añadiría otras dos cuestiones de indudable calado a las tres citadas:

- Se crea la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos cuya finalidad es mejorar la gestión de los activos intervenidos, así como su conservación o realización. Para ello, se da una nueva regulación a los arts. 367 sexies apartado 3 y art. 367 de la LE-CRIM, dentro del nuevo procedimiento «De la instrucción y la realización anticipada de los efectos judiciales»
- Se pone fin al doble régimen de decomiso que existía hasta ese momento, según se tratara de delitos contra la salud pública u otros de diversa naturaleza, ya que el nuevo art. 362 sexies CP y el art. 374 (si bien este último con adición de algunas normas especiales), se remiten expresamente a los arts. 127 y 128 CP.

II. Concepto y naturaleza

MARTINEZ-ARRIETA MARQUEZ DEL PRADO con una formula descriptiva, lo define como «la consecuencia accesoria, declarada por un tribunal en un procedimiento penal, como consecuencia de la comisión de un delito, que supone la privación definitiva de los bienes, medios, instrumentos o ganancias, derivados, directa o indirectamente de la actividad delictiva, cuando se ha demostrado su origen ilícito o su utilización para fines criminales, que serán destinados a través de su realización al Estado, una vez que hayan sido satisfechas las indemnizaciones

debidas a las víctimas del proceso, a excepción de los bienes decomisados por delitos relacionados con el tráfico de drogas» .

Respecto de su naturaleza, la propia ubicación sistemática a la que hemos aludido y el contenido y efectos del mismo, conducen a la jurisprudencia y a la doctrina a catalogarlo como una consecuencia accesoria del delito, superándose la polémica sobre si constituye una pena accesoria o una medida de seguridad o, incluso, una medida administrativa, si bien no podrá negarse su carácter sancionador en cuanto a su efecto natural de derivación del bien objeto del decomiso a favor del Estado, tras el abono de la responsabilidad civil.

QUINTERO OLIVARES, por el contrario, a partir de la reforma, considera que ya no puede ser considerado una consecuencia accesoria del delito, atendiendo a que van a existir múltiples supuestos en que se dicte sin sentencia condenatoria (art. 127 ter: fallecimiento o rebelión, entre otros). Incluso partiendo de la existencia actual de un procedimiento especial e independiente del comiso, se plantea este autor si subsiste el carácter penal o si no sería más prudente estimar que es una vía jurídica que pueden tomar en diferentes situaciones los poderes públicos y no necesariamente vinculados a los delitos y sus responsables, más si se observa la existencia de decomiso en la ley administrativa de contrabando, aunque, finalmente, considera que un análisis penal es obligado.

III. Principios procesales y materiales

Los primeros son una consecuencia lógica y necesaria de que el comiso se articule a través de un procedimiento penal, ordinario o especial:

- Principio acusatorio. Tal y como señala la doctrina constitucional y jurisprudencia penal, debe ser objeto de petición expresa por las partes que ejercen la acusación (no por la que ejerce la acción civil al ser una consecuencia accesoria del delito distinta a la responsabilidad civil), en sus escritos de calificación provisional y/o definitivos, especificando además los bienes, derechos y ganancias que son objeto del mismo, de modo que, en ausencia de petición expresa de parte, el órgano sentenciador tiene vedada la posibilidad de acordarlo de oficio.
- Procedimental. Debe ser dilucidado en un procedimiento penal, con o sin condena, pero con existencia de indicios de criminalidad.

- Motivación. De la misma manera que las partes que lo piden han de expresar los indicios y presupuestos facticos que soportan la petición y los bienes a decomisar, el tribunal ha de fundar adecuadamente los hechos o los indicios que determinan la conexión con el o los delitos objeto de enjuiciamiento u otros con los que existe conexión, así como los bienes sobre los que se sustancia el comiso.
- Contradicción. Aunque es inherente a los dos anteriores, los presupuestos facticos e indiciarios del comiso y sus consecuencias han de ser objeto de prueba y de debate contradictorio entre la/s acusación/es y la/s defensa/s en el juicio oral.

Entre los principios materiales procede destacar:

- Carga de la prueba. A pesar de la abundancia de presunciones de la nueva regulación que pretenden facilitar la prueba a las partes acusadoras, corresponde a estas últimas acreditar el origen ilícito de los bienes, efectos y ganancias a decomisar.
- Material. Debe acreditarse la conexión entre el delito cometido y el patrimonio del reo, cuestión esencial que desarrollaré más adelante.
- Presunción de inocencia. Aunque será analizado en el apartado 6, rige también en lo relativo a que procede la acreditación, aun indiciaria, del origen delictivo del objeto del comiso.

IV. El comiso directo. Art. 127 CP

Conforme a lo dispuesto en el art. 127.1 CP, que fija la regla general, «toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan, y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya o preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar».

En este punto procede resaltar la amplitud del objeto del comiso, ya que, a las tradicionales efectos provenientes del delito y de los instrumentos o medios con los que se ha preparado o ejecutado, se incluyen las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones experimentadas, pues en realidad, la mayor parte de la criminalidad organizada y resto de delitos a los que se dirige la reforma redirige los beneficios directos a finalidades diversas con el objetivo de elusión de la actuación penal. El texto es muy similar al del derogado art. 127.1 primer inciso CP.

La previsión para los supuestos de delito imprudente (art. 127.2 CP) mantiene el texto inalterado del antiguo art. 127.2 CP, con el mismo objeto que respecto de los delitos dolosos y con la limitación de que la pena prevista para el delito sea privativa de libertad y superior a un año (en este precepto podría entrar un delito de blanqueo de capitales en su modalidad imprudente). Obsérvese que no se refiere a la concreta pena impuesta, sino a la abstracta del tipo penal, de modo que, en caso de que por aplicación de las normas sobre participación, grado de desarrollo, error de prohibición, eximentes incompletas, atenuantes muy cualificadas, o dos o más atenuantes u otra regla penológica de la parte especial, se produzca una rebaja sobre la de un año de prisión, seguirá persistiendo la posibilidad de decomiso, si concurren los requisitos materiales de procedencia delictiva. En todo caso, no es esta una opinión pacífica en la doctrina.

El decomiso por sustitución se halla previsto en el art. 127.3 CP, que establece que en los casos de imposibilidad de decomisar los bienes de los apartados anteriores, o cuando el valor de los bienes, efectos o ganancias sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición, se acordará el comiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos y al de las ganancias obtenido de ellos. Constituyen dos novedades, por un lado, la supresión del requisito de que los bienes objeto de esta modalidad de decomiso pertenezcan a los criminalmente responsables y, por otro, la ampliación del objeto, posible, a las ganancias indirectas.

V. El comiso ampliado. Su doble regulación

1. *Origen de la misma*

El origen se sitúa en el descoordinado proceso parlamentario que propició la reforma de la LO 1/2015; y ello porque durante la tramitación del art. 127 bis CP en el Congreso se redactó un texto pero al llegar al Senado, como consecuencia de que se estaba tramitando simultáneamente el Anteproyecto de Ley Organica de modificación de la LECRIM para la Agilización de la Justicia Penal, el fortalecimiento de las Garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas (aprobado por Consejo de Ministros en diciembre de 2014), se produjo la automática transposición al texto sustantivo de los actuales arts. 127 quinquies y sexies, lo que provoca la existencia de dos regulaciones paralelas, cuya aplicación práctica será difícil o imposible de compatibilizar (HAVA).

2. El art. 127 bis CP

a. LA LISTA DE DELITOS OBJETO DEL MISMO Y SU CRÍTICA

El apartado 1.º del mismo señala que se ordenará el comiso de bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos, cuando resuelva, a partir de indicios objetivos y fundados que aquellos proceden de una actividad delictiva (presunción positiva *iuris tantum*), y no se acredite su origen lícito (prueba en contrario). La lista de delitos inspirada en la directiva 2014/42 UE, abarca los de trata de seres humanos; relativos a la prostitución, explotación sexual, corrupción de menores y abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años; informáticos del art. 197.2 y 3 y 264; contra el patrimonio y el orden socioeconómico, existiendo continuidad delictiva y reincidencia; insolvencias punibles; contra la propiedad intelectual e industrial; corrupción en los negocios; receptación del art. 298.2; blanqueo de capitales; contra la Hacienda Pública y Seguridad Social; contra los derechos de los trabajadores de los arts. 311 a 313; contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; contra la salud pública de los arts. 368 a 373; falsificación de moneda; cohecho; malversación; terrorismo; cometidos en el seno de organización criminal.

La doctrina crítica, por un lado, la excesiva extensión con respecto al catálogo delictivo de la directiva en relación con los delitos laborales y contra ciudadanos extranjeros y, por otro, la no previsión de un delito como la financiación ilegal de partidos políticos (HAVA).

b. PRIMERA BATERÍA DE PRESUNCIONES POSITIVAS

Conforme al apartado 2 del art. 127 bis CP, se valorarán a los efectos anteriores (de la existencia indiciaria y objetiva de la procedencia delictiva), entre otros (de modo que no estamos ante una lista cerrada), los siguientes indicios

- 1.º «La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada».

Este criterio ha sido uno de los que ha sido habitualmente tenido en cuenta por diversas sentencias del TC y del TS a los efectos de considerar correctamente realizados comisos así como de rechazar la existencia de vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y de un proceso con todas las garantías. No cabe olvidar, como indica

QUINTERO OLIVARES, que, conforme a la normativa fiscal, los incrementos no justificados de patrimonio pueden constituir infracción fiscal y, por ende, pueden ser sancionables y objeto de exacción por vía de apremio.

- 2.º «La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes».

Acontecimientos de corrupción política y económica que están en la mente de todos han puesto de relieve la necesidad de que mecanismos claramente defraudadores como la utilización de testaferros, fiduciarios o sociedades o entidades interpuestas, así como el destino del dinero a paraísos fiscales, que en realidad hacen la misma función que los fiduciarios, sean desactivados por el Estado a través de teorías como la del levantamiento del velo y de presunciones como la indicada que, en definitiva, pretenden averiguar el verdadero y real propietario o titular de los fondos, por debajo de pantallas jurídico-económicas como las expresadas.

- 3.º «La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de justificación legal o económica válida».

El primer inciso se entiende sin dificultad: una operación de traspaso, ocultación o imposición de una carga son acreedoras a considerarse indicios positivos de procedencia delictiva. El problema surge con el segundo inciso que, en realidad, supone una presunción negativa o, mejor dicho, una prueba en contrario del indicio positivo (*iuris tantum*) del origen delictivo. Determinar cuando la operación contará con justificación legal nos remite a la totalidad del ordenamiento jurídico, penal, civil, mercantil y fiscal, lo que deberá hacerse caso por caso, examinando si existe alguna norma (legal) que ampare dicha acción. Mucho más complicado es determinar en qué consiste la justificación económica válida (pues parece evidente que este adjetivo no es predicable de la justificación legal pues, si es legal, es válida). Parece, en principio, obvio que deberá obedecer a un flujo económico real que obedezca a una relación contractual acreditada, es decir que cuente con causa justa en el sentido de los arts. 1274 y ss. CC. La validez debemos reorientarla al supuesto anterior en el sentido de que cuente con apoyo en el or-

denamamiento jurídico pues, de lo contrario, la justificación económica no sería válida. La cuestión es discutible, y cuenta con incontables aristas a la luz de las múltiples normas penales, civiles y fiscales existentes sobre defraudaciones.

C. QUID EN CASO DE CONDENA POSTERIOR

El art. 127 bis 4 CP indica que, si el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior, acordado al resolver sobre el mismo en el nuevo procedimiento.

d. SUPUESTOS EN QUE NO OPERA. PRESCRIPCIÓN, ABSOLUCIÓN Y SOBRESEIMIENTO

El apartado 5 del art. 127 bis impide que se acuerde este decomiso cuando las actividades delictivas de las que procedan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada. Dejando de lado la poco afortunada expresión «actividades delictivas», la exclusión del decomiso en estos casos que al final determinan la ausencia de responsabilidad criminal, hay que advertir de que el único sobreseimiento que, conforme a la jurisprudencia, cuenta con el valor o efecto de cosa juzgada, es el libre (art. 637 LECRIM), algunos de cuyos supuestos (atipicidad de los hechos, concurrencia de una causa de exención de la responsabilidad criminal,...), de traspasar la fase de instrucción y alcanzar la de enjuiciamiento, pueden y deben conducir, también, a una sentencia absolutoria.

3. *Los arts. 127 quinquies y sexies CP. Un cuadro completo de presunciones*

Aquí el cuadro se complica porque en estos dos preceptos se regula otro régimen de comiso ampliado con diversos requisitos.

a. ART. 127 QUINQUIES. SEGUNDA BATERÍA DE PRESUNCIONES. CANON DE DILIGENCIA EXIGIBLE

El apartado 1.º del mismo establece un régimen facultativo («los jueces y tribunales podrán») a diferencia del anterior que es imperativo, a salvo el supuesto del 127 bis 4 CP, dirigido a ganancias y efectos provenientes de la actividad delictiva previa del condenado, cuando con-

curran cumulativamente los siguientes requisitos: a) Haber sido condenado por alguno de los delitos previstos en el art. 127 bis 1 CP; b) Que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa y continuada; c) Que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio procede de una actividad delictiva previa. Son indicios relevantes a estos efectos, precisamente los tres supuestos previstos en el art. 127 bis 2 CP, si bien en cuanto al tercer supuesto (transferencias de bienes o efectos) se exige, además, que el beneficio obtenido por su actividad delictiva sea superior a 6.000 euros.

b. REQUISITOS CUMULATIVOS Y PRESUNCIONES DE ACTIVIDAD DELICTIVA CONTINUADA

El apartado 2.º del art. 127 quinquies añade más presunciones dirigidas a facilitar la prueba de dicha actividad delictiva previa y continuada.

- a) Que el sujeto sea condenado o haya sido condenado en el mismo procedimiento por tres o más delitos de los que se haya derivado la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, o por un delito continuado que incluya, al menos, tres infracciones penales de las que haya derivado un beneficio económico directo o indirecto.
- b) O que en el periodo de seis años anterior al momento en que se inició el procedimiento en el que ha sido condenado por alguno de los delitos del art. 127bis CP, hubiera sido condenado por dos o más delitos de los que hubiera derivado la obtención de un beneficio económico, o por un delito continuado que incluya, al menos, dos infracciones penales de las que se ha derivado la obtención de un beneficio económico.

c. ART. 127 SEXIES. TERCERA BATERÍA DE PRESUNCIONES Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La finalidad del legislador, en orden a facilitar la prueba (presuntiva) de actividad delictiva continuada previa, quizá debido a las exigencias de pluralidad delictiva previstas en el art. 127 quinquies apartado 2, alcanza el paroxismo, con las siguientes presunciones:

- 1.º Se presumirá que todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del periodo de tiempo que se inicia seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden de su actividad delictiva .

A estos efectos, se entiende que los bienes han sido adquiridos en la fecha más temprana en la que conste que el sujeto ha dispuesto de ellos.

- 2.º Se presumirá que todos los gastos realizados por el penado durante el periodo anterior, se pagaron con fondos procedentes de su actividad delictiva.
- 3.º Se presumirá que todos los bienes del num.1 fueron adquiridos libres de cargas.

Consciente el legislador penal de que las precedentes reglas presuntivas pueden resultar excesivas en el caso concreto, el párrafo último del art. 127 sexies fija una regla de arbitrio judicial que pueda corregir aquellas: «El juez o tribunal podrá acordar que las anteriores presunciones no sean aplicables con relación a determinados bienes, efectos o ganancias, cuando, en las circunstancias concretas del caso, se revelen incorrectas o desproporcionadas.»

VI. Relación entre las presunciones y el principio de presunción de inocencia

La STS, Sala 2.ª de 7 de noviembre de 2014 (ROJ 4073/2014), entre otras muchas, nos recuerda que:

«conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art 14 5.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente...En relación con esta prueba indiciaria, las sentencias de esta Sala núm. 444/2014, de 9 de junio; 433/2013 de 29 de mayo, 359/2014, de 30 de abril, entre otras muchas, además de las citadas en las mismas, recuerdan que la doctrina jurisprudencial ha admitido reiteradamente la eficacia y validez de la prueba de carácter indiciario para desvirtuar la presunción de inocencia, y ha elaborado un consistente cuerpo de doctrina en relación con esta materia. Hemos señalado que los requisitos formales y materiales de esta modalidad probatoria son:

1.º) Desde el punto de vista formal: a) Que la sentencia exprese cuales son los hechos base o indicios que se consideran acreditados y que sirven de fundamento a la deducción o inferencia. b) Que la sentencia dé cuenta del razonamiento a través del cual partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicación que, aun cuando pueda ser sucinta o escueta, es necesaria en el caso de la prueba indiciaria, para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

2.º) Desde el punto de vista material los requisitos se refieren en primer lugar a los indicios en sí mismos, y en segundo a la deducción o inferencia. A) En cuanto a los indicios es necesario: a) Que estén plenamente acreditados; b) Que sean plurales o, excepcionalmente, único pero de una singular potencia acreditativa; c) Que sean concomitantes al hecho que se trata de probar; d) Que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí. B) Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (art. 1253 del Código Civil, actual 386 LE).

Responder plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia implica que la inferencia no resulte excesivamente abierta, en el sentido de que el análisis racional de los indicios permita alcanzar alguna conclusión alternativa perfectamente razonable que explique los hechos sin determinar la participación del acusado, en cuyo caso la calificación acusatoria no puede darse por probada.

La doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia sigue los mismos criterios, aun cuando no sistematiza los requisitos probatorios de la misma forma que ha realizado esta Sala. Aparece resumida, por ejemplo, en la STC 175/12, de 15 de octubre, señalando que:

«La prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes (SSTC 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 y 70/2010, FJ 3). Asumiendo “la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad” (SSTC 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2 y 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3) sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (SSTC 229/2003, de 18 de diciembre; 111/2008, de 22 de septiembre; 109/2009, de 11 de mayo; 70/2010, de 18 de octubre; 25/2011, de 14 de marzo o STC 133/2011, de 18 de julio)».

Ya, en relación al comiso, el muy interesante auto de la AP de Coruña de 3 de marzo de 2017 (ROJ AAP C 151/2017), en relación a una resolución cautelar de comiso ampliado, nos recuerda la existencia de especialidades jurisprudenciales y probatorias sobre la materia del decomiso puesto que su actual regulación, entendida como medio por el que se pretende reforzar la finalidad de evitar que determinados delitos de especial trascendencia económica resulte rentable, se estructura

sobre un sistema de presunciones legales que, en la práctica, suponen una inversión de la carga de la prueba, en la medida que la naturaleza delictiva causante del incremento patrimonial no puede ser objeto de una prueba meramente formal. La consecuencia inmediata de este régimen es que los principios básicos como la presunción de inocencia o *in dubio pro reo* no operan respecto de esta figura, en tanto que no tiene condición de pena. Ello va acompañado de un criterio de inversión de la carga de la prueba según avala el TEDH (casos Philips 1994; caso Welch 1995, y Caso Butler 2002); y la jurisprudencia es pacífica en esta materia al seguir esta línea de interpretación y uso de la figura en su nueva regulación.

En todo caso la doctrina y la jurisprudencia subrayan la necesidad de que, si bien no es exigible el mismo canon de certeza cuando se trata de verificar el respeto al derecho a la presunción de inocencia, que para determinar el presupuesto fáctico que sustenta el establecimiento del decomiso, sí que debe acreditarse la actividad delictiva del condenado, añadiríamos la existencia de indicios racionales de criminalidad en el ausente y en el fallecido, así como la procedencia delictiva de los bienes objeto de comiso. Para MARTINEZ ARRIETA la naturaleza de la prueba no es penal sino civil y por eso no se ve afectado el principio *in dubio pro reo*; apunta que la existencia de un informe de la ORGA (Organización de Recuperación y Gestión de Activos) sobre que el acusado venía dedicándose desde hacía tiempo a la actividad por la que fue condenado o que el bien decomisado ha sido adquirido durante el periodo en que ha desarrollado su actividad delictiva, son indicios esenciales a tener en cuenta.

En particular, en el decomiso ampliado, se plantea la cuestión de si la prueba del origen lícito de los bienes exigida en el art. 127 bis, supone o no una inversión de la carga de la prueba, pues para unos lo es porque es el afectado el que ha de probar ese hecho positivo, mientras que otros la encuentran justificada porque es aquel el que tiene la facilidad, por su cercanía a las fuentes de prueba, de acreditar tal origen lícito. De hecho ya recuerda el TC, que resulta indebido atribuir la carga de la prueba de un hecho a quien no puede acreditar los extremos controvertidos y eximir a quien tiene a su alcance aquella acreditación (SSTC 227/1991; 12/1992; 26/1993; 140/1994 y 116/1995).

Ya hemos dicho antes que la doctrina del TEDH considera que la inversión de la carga de la prueba respecto del origen lícito de bienes adquiridos durante la actividad delictiva, por presumir razonablemente dicho origen y la ausencia de explicación alternativa convincente, determina que aquella inversión no es contraria al art. 6.1 del Convenio.

En consecuencia, siempre que en el proceso se haya respetado el derecho a un proceso con todas las garantías, no se estimará contrario al principio de presunción de inocencia que, acreditada mediante prueba de cargo la actividad delictiva, se pruebe de modo indiciario que es más que razonable que los bienes efectos o ganancias objeto de la acción provienen, directa o indirectamente, de la actividad delictiva y que en esta inferencia el reo no ha introducido una alternativa probatoria del origen lícito plausible.

VII. **Comiso sin condena. Art. 127 ter CP**

Este precepto permite, en su apartado 1.º (no es imperativo) al juez o tribunal acordar el decomiso directo del art. 127 CP y el ampliado del art. 127 bis CP, aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los supuestos siguientes: a) Sujeto fallecido o que sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que prescriban los hechos. El art. 383 LECRIM fija en caso de demencia sobrevenida la consecuencia de que se dicte auto de archivo, provisional se entiende; lógicamente se refiere, principalmente, a supuestos en que, particularmente por enfermedad mental o alteración síquica se establezca por el médico forense la incapacidad para apreciar que es procesado o acusado y poder valorar suficientemente los hechos de los que es acusado y enjuiciado. b) Se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable. c) No se imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o haberse esta extinguido. La dimensión económica del comiso se halla aquí en estrecha relación con que, en diversos supuestos de exención de responsabilidad criminal, no se impide que se declare la responsabilidad civil (arts. 20.1, 2, 3, 5, 6 y art. 118 CP).

Se regula aquí el decomiso sin condena o decomiso civil, a partir de las directrices del GAFI con un documento de 19 de febrero de 2010 sobre mejores prácticas de confiscación, que han sido recogidas en la convención de la ONU contra la Corrupción (art. 54) en el contexto de recuperación de activos en el marco de delitos de corrupción (CORCOY BIDASOLO).

Sobre si nos encontramos ante una institución de naturaleza civil o penal, la EM de la LO 1/2015 señala que, como ha afirmado el TEDH, no tiene una naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, sino que es más comparable a la restitución del

enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal, pues dado que el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión del delito, ello no pone de manifiesto que se trata de un régimen de sanción (Decision 696/2005, Dassa Foundation vs. Lienchestein).

Según CORCOY BIDASOLO, por su naturaleza civil puede ser impuesto con criterios de prueba menos estrictos que el decomiso penal y puede dirigirse contra personas jurídicas y los herederos de los responsables. La cuestión resulta discutible, ya que el comiso se acuerda en un procedimiento penal contradictorio, cuyo objeto es la acreditación del origen ilícito de los bienes.

El apartado 2.º, surgido a partir de las múltiples críticas del CGPJ y del Consejo Fiscal que suscitó el texto inicial, ofrece una serie de limitaciones de imputación formal propias del procedimiento penal que no cabe obviar. El decomiso solamente podrá dirigirse contra el formalmente acusado (es decir que exista al menos un escrito de calificación aun provisional de alguna de las partes acusadoras) o contra el imputado respecto del que existan indicios racionales de criminalidad, es decir supone, en el procedimiento abreviado, el haber dictado auto de transformación de diligencias previas en dicho procedimiento penal, pues dicho auto incorpora ya la imputación formal por unos concretos hechos punibles, más allá de su calificación por las partes acusadoras; en el procedimiento de sumario ordinario, implica lógicamente el dictado del auto de procesamiento, aunque no se pueda practicar ya la declaración indagatoria.

En consecuencia, considero que deben concurrir indicios racionales de criminalidad del delito investigado, en el marco del procedimiento penal y, además, la demostración, en el procedimiento contradictorio, sobre el origen delictivo de los bienes, efectos o ganancias objeto del comiso.

VIII. Comiso de bienes de terceros. La reducción del ámbito del tercero de buena fe. Art. 127 quarter CP

Tras la reforma operada por la LO 5/2010 la única limitación al comiso procedente de la tenencia del bien o ganancia provenía de la adquisición por un tercero de buena fe, no participe del delito, que los hubiera adquirido legalmente

Sin embargo la última reforma ha ampliado las posibilidades materiales del decomiso, con una tercera batería de presunciones dirigidas a limitar la prueba de la buena fe.

Así el 127 quater 1.º permite el comiso (directo, ampliado y sin condena) de bienes transferidos a terceras personas o de su valor equivalente en dos casos:

- a) En caso de efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.
- b) En caso de otros bienes, cuando los hubiera adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.

El conocimiento de que los bienes adquiridos proceden de una actividad delictiva o de que se dificulta con su adquisición el decomiso, han de acreditarse (a falta de improbables reconocimientos del adquirente o de grabaciones audiovisuales, excluido el relato interesado del transmitente) a partir de las diversas circunstancias e indicios objetivos de la adquisición. Como, en la realidad, caben múltiples operaciones de ingeniería financiera que dificultan tal conocimiento equivalente al dolo (la mala fe en el ámbito civil), el legislador penal da una vuelta de tuerca más, en esta línea facilitadora de la inferencia del conocimiento, y acuña el término «tener motivos para sospechar el origen ilícito» por parte de una persona diligente o de que dificulta el decomiso. HAVA GARCIA plantea el problema interpretativo de la concreción del grado de sospecha exigible a una persona diligente, más cuidadosa que la persona media, lo que sugiere que comportarse de forma levemente imprudente en las transacciones comerciales permitiría que se acordara el decomiso de lo adquirido.

Pero la voluntad del legislador va más allá, ya que, en el apartado 2 del precepto comentado, se establece una definición auténtica, según la cual se presume que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar del origen delictivo de los bienes o de que pretenden evitar su decomiso, lo que ocurre en dos casos:

- 1.º Cuando los bienes o efectos han sido transferidos a título gratuito, lo cual es algo pacífico en nuestro derecho público y privado; si bien GONZALEZ CUELLAR considera que, en este caso, debería admitirse que serían inmunes al decomiso aquellos supuestos en que además del desconocimiento del origen, el adquirente haya asumido una carga, efectuando una prestación o incurrido en un gasto por el hecho de la adquisición o disfrute del bien, lo que in-

cluye las donaciones modales, en realidad onerosas, así como las donaciones que originen inversiones relevantes.

- 2.º Por un precio inferior al real del mercado. Esto da pie a preguntarnos ¿en qué medida o cuantía ha de ser el precio inferior al del mercado? ¿En un 10 %, parecería irrelevante?, ¿en un 30 %? aquí ya parece que puede vislumbrarse una ganancia considerable, apreciable y susceptible de una prueba pericial. ¿En un 50%?, hombre aquí ya la defensa del adquirente parecería casi imposible. La inseguridad, el carácter resbaladizo, indeterminado de esta cuestión, pugnan con el principio de legalidad y de definición mínima del elemento típico aunque no nos refiramos a aspectos esenciales del delito o la pena. Porque, al menos en el delito de receptación (art. 298 y ss. CP), la jurisprudencia es reiterada al afirmar que para apreciar el conocimiento de la comisión del delito por parte del receptor (que puede ser por dolo eventual, o cabe, incluso por imprudencia grave, en el art. 301.3 CP), se parten de una serie de indicios entre los que es importante el precio vil, es decir el que es muy inferior al del mercado.

De este modo, el adquirente de buena fe a título oneroso, por un precio levemente inferior al de mercado, queda al albur del decomiso de los efectos y ganancias, resultando más que improbable que el delincuente transmitente le vaya a reintegrar el importe de su contraprestación.

Por supuesto que las presunciones antecitadas admiten la prueba en contrario, pero los términos tan amplios de aquellas la van a dificultar muchísimo en la práctica, llegando muy cerca de la prueba diabólica y no se pueden obviar la posibilidad de que se den abusos.

En consecuencia, si queremos que la norma presuntiva tenga algún juego con respeto a las garantías procesales del tercero, deberemos entender que, el precio inferior al real del mercado, lo habrá de ser en una cuantía claramente apreciable, importante o considerable. No cabe olvidar, tal y como recuerda QUINTERO OLIVARES que, obviamente, en el caso de que el adquirente tuviera conocimiento de que el bien o efecto adquirido procede de un delito, sería partícipe del delito o de otro de receptación, blanqueo, o incluso, frustración de la ejecución, en el ámbito de las insolvencias punibles, por lo que no surgiría problema alguno de decomiso, que sería directo, de aquellos y de su prueba.

La reforma de la LECRIM operada por la Ley 41/2015 de 5 de octubre de 2015, ha otorgado carta de naturaleza, con un nuevo título III ter, dentro del libro IV, (de los procedimientos especiales) «a la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo», en sus arts. 803 ter. a) a 803 ter. u); que se dilucida ante

el juez o tribunal que hubiera dictado la sentencia firme o que estuviere conociendo de la causa penal suspendida o el competente para su enjuiciamiento en caso de reo fallecido, incapaz o en rebeldía; es de carácter contradictorio, con demanda interpuesta necesariamente por el ministerio fiscal y contestación de la parte demandada, con la práctica de prueba y sentencia, en cuya fase de ejecución puede intervenir la oficina de Recuperación y Gestión de Activos. La sentencia es susceptible de recurso en los términos del procedimiento penal abreviado, es decir, cabe apelación en los 10 días siguientes a la notificación (art. 790.1 LECRIM).

IX. Comiso cautelar. Art. 127 octies CP

A fin de garantizar la efectividad del decomiso los bienes del mismo se determina que podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.

Por otro lado, corresponderá al juez (de instrucción) o al tribunal resolver, conforme a lo dispuesto en la LECRIM, sobre la realización anticipada o utilización provisional de los bienes y efectos intervenidos.

Se pretende con este precepto una doble finalidad: primera, evitar el *periculum in mora* derivado de la tardanza en llegar a sentencia firme y que el criminal transfiera o se deshaga de los bienes a decomisar; segunda, darles un destino lícito inmediato a través de su cesión, en caso de vehículos, aeronaves u otros, a las fuerzas policiales para evitar su malbaratamiento, o a otros órganos estatales, en caso de que sean de otra naturaleza, o incluso su venta, de existir riesgo de depreciación.

El apartado tercero del art. 127 octies establece que, los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino establecido legal o reglamentariamente.

A pesar de su ubicación dentro del precepto del comiso cautelar, algunos de sus términos parecen aludir a una fase de ejecución, en que se haya dictado ya sentencia firme.

En los arts. 367 quater y 367 sexies de la LECRIM se regulan, respectivamente, los requisitos procesales del decomiso cautelar (que excepciona en caso de existencia de recurso pendiente de resolución, de desproporción atendiendo a los indicios existentes o si el bien está embargado por autoridad judicial extranjera, supuesto en el que se requerirá su autorización) así como los supuestos en los que cabe la utilización provisional de los efectos o bienes decomisados cautelarmente.

X. Efectos y problemas de ejecución

El art. 127 septies señala que si la ejecución del decomiso deviene imposible, total o parcialmente, por la situación de los bienes (en sentido amplio) u otra circunstancia, se podrá acordar mediante auto el decomiso de otros bienes incluso de origen lícito que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada y de igual forma procederá (aquí parece que es obligatorio acordarlo) cuando el valor de bienes, efectos o ganancias determinados, sea de valor inferior al del momento de su adquisición.

El art. 128 CP establece el principio de proporcionalidad, al señalar que «cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el comiso, o decretarlo parcialmente».

XI. La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos

Esta oficina ya estaba prevista en el art. 367 septies incorporado a la LECRIM por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó el CP, pendiente de su desarrollo reglamentario, que no tuvo lugar hasta el Real Decreto 948/2015 de 23 de octubre, cuya Exposición de Motivos justifica su creación en estos términos: «El creciente número de hechos delictivos relacionados con la delincuencia económica, frecuentemente organizada y transfronteriza, con especial preocupación por los delitos de corrupción, tanto en el sector público, como en el privado, impone la necesidad de que el Estado dirija sus esfuerzos no solo al castigo de sus responsables, una vez declarada su culpabilidad, sino también a lograr la recuperación de los activos procedentes del delito, porque tan importante como el cumplimiento certero de la pena es la recuperación de estos activos. Su posterior afectación al abono de las indemnizaciones de las víctimas, la realización de proyectos sociales y al impulso de la lucha contra la criminalidad organizada constituye una relevante medida de regeneración democrática y justicia social».

Un mero acercamiento normativo justifica que resaltemos que existe un desajuste entre el texto del art. 127 octies apartado 3 CP ya comentado, que prevé que es preferente la indemnización a las víctimas con respecto a la adjudicación al Estado, y el texto del art. 367 quinquies 3 LECRIM, que mantiene dicha preferencia, pero coloca antes de las víctimas el abono de los gastos de conservación y realiza-

ción. Más grave es aun que el art. 374 CP, respecto a los delitos del art. 301.1 pfo. 2.º (blanqueo de capitales) y 368 a 372 (tráfico de drogas) prohíbe que los bienes decomisados puedan ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles ni de las costas procesales, sino que serán adjudicados íntegramente al Estado. La contradicción debe resolverse según MARTINEZ ARRIETA MARQUEZ DEL PRADO, considerando que los preceptos de la parte especial, respecto de los delitos indicados, prevalece sobre la regulación de la parte general, si bien la exclusión expresa del pago de indemnizaciones a las víctimas del art. 374 CP parece contraria al art. 8 apartado 10 de la Directiva 2014/42/UE, que insta a los EEMM a adoptar medidas que impidan que las medidas de decomiso perjudiquen a las víctimas en el cobro de sus indemnizaciones.

Reparación e individualización de la pena: insuficiencias de *lege lata* y de la praxis jurisprudencial

Enara Garro Carrera

Profesora Titular de derecho penal (acred.)
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

Sumario: I. Presentación. II. De la subjetividad extrema a la objetividad «descarnada»: sentido y función de la atenuante de reparación conforme a la posición mayoritaria. 1. Fundamento victimológico de la atenuante de reparación y sus implicaciones en su aplicación práctica. a. La atenuante de reparación y la fianza para asegurar el pago de la responsabilidad civil. b. Prestaciones reparatorias de naturaleza no económica. 2. Propuesta de interpretación: la reparación penal como acto de reafirmación de la vigencia de la norma. a. El origen del problema: la confusión entre la reparación penal y la satisfacción de la responsabilidad civil. b. Características de la reparación penal de significado preventivo. b.1. Significado de la voluntariedad para el carácter penal de la reparación. b.2. La realización de un esfuerzo como elemento necesario para la relevancia penal de la reparación. III. Reflexión final. IV. Bibliografía

Resumen: El presente trabajo aborda el modo en que las claves de interpretación y aplicación de la circunstancia atenuante de reparación han pendulado desde una subjetividad impropia de un Estado moderno, hacia una objetividad descarnada que confunde presupuestos conceptuales básicos y que, desde un bienintencionado y a veces poco elaborado discurso «pro víctima», termina ignorando y contradiciendo la racionalidad penal a la hora de mitigar la pena por conductas postconsumativas positivas.

Palabras claves: Reparación penal, responsabilidad civil, *actus contrarius*, prevención general positiva, esfuerzo, voluntariedad

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-1325-038-0, núm. 15/2019, Bilbao, págs. 131-166

I. Presentación

Las circunstancias postdelictivas están «de moda»*. La frase anterior, que puede antojarse banal, no es por ello menos cierta. La importancia que han ido cobrando los factores posteriores al delito como elementos claves para la determinación de la pena en España ha ido creciendo en las últimas décadas, consolidándose como factor decisivo a partir de la entrada en vigor del Código penal de 1995¹.

La aprobación del nuevo Código supuso, como es sabido, un cambio de rumbo en la articulación de las circunstancias postdelictivas positivas clásicas. Y es que, por más que la reparación y la confesión tuviesen de antiguo una larga tradición como factores relevantes de cara a la individualización de la sanción, antes del Código penal de 1995 su apreciación estaba anudada a la concurrencia de un elemento subjetivo interno que daba nombre a la propia atenuante: el arrepentimiento espontáneo. Durante décadas, el poder de incidencia de cualquier acto externo de naturaleza revocadora o expresiva de asunción de responsabilidad era igual a cero salvo que quedase acreditado que respondía a un auténtico acto de contrición. Con el Código de 1995 desapareció cualquier mención al arrepentimiento y llegó la objetivación de las circunstancias de reparación y confesión. No obstante, la depuración también se llevó consigo aquello de bueno que se escondía en la regulación anterior. Y es que, por más que la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo cargase demasiado las tintas en el posicionamiento interior del sujeto respecto a su delito hasta el punto de hacer necesaria y deseable su revisión, ello no la privaba de un acierto: haber identificado correctamente que el auténtico valor de la conducta postdelictiva positiva residía en su significado intersubjetivo pacificador, efecto que depende en buena medida de la concurrencia de ciertos «intangibles», y no sólo del pago de una cantidad de dinero (en el caso de la reparación).

El presente artículo abordará el modo en que el legislador del Código penal de 1995 desaprovechó la oportunidad de rediseñar adecuadamente las atenuantes postdelictivas, conformándose con despojarlas del elemento subjetivo del arrepentimiento. Con esa clase de objetivación, completamente de espaldas a las tendencias que del tratamiento del comportamiento postdelictivo positivo que se iban consolidando

* Este trabajo se inscribe en el marco de los proyectos de investigación I+D+I DER2015-64599-P FEDER UE, del Ministerio de Economía y Competitividad, y GV IT1156-16, del Gobierno Vasco.

¹ Aquí entrarían circunstancias como la reparación o la confesión, pero también el mero paso del tiempo, cuando da lugar a una dilación indebida del procedimiento.

en países como Austria o Alemania, se propició también un cambio de rumbo en la jurisprudencia y el asentamiento de nuevas claves de interpretación. Cambio que ha permitido la mitigación de pena a través de la aplicación de la atenuante de reparación a supuestos en los que no se aprecian visos, no ya de arrepentimiento, sino tampoco signos creíbles de una auténtica asunción de responsabilidad por el daño causado.

En las siguientes páginas se abordarán las consecuencias indeseables que derivan de una regulación deficiente de las circunstancias postdelictivas, en particular de la reparación del daño. Una formulación francamente mejorable que, sumada a la legendaria tendencia a la aritmética del sistema de determinación de la pena español, permite espectaculares mitigaciones de pena que no siempre pueden explicarse atendiendo a la lógica y fines de la intervención penal. Asimismo, tratarán de perfilarse los confines hasta los que resulta posible «forzar» la literalidad del precepto para permitir una aplicación de la atenuante de reparación del art. 21.5 CP conforme a una racionalidad estrictamente penal.

II. De la subjetividad extrema a la objetividad «descarnada»: sentido y función de la atenuante de reparación conforme a la posición mayoritaria

Como ya se ha adelantado, la entrada en vigor del Código penal de 1995 supuso un cambio significativo en el tratamiento del comportamiento postdelictivo positivo, en la medida en que desapareció el elemento subjetivo de arrepentimiento espontáneo del que dependía la relevancia de cualquier conducta constructiva posterior a la consumación.

Durante casi dos siglos, sin variaciones dignas de mención, el legislador español consideró que cualquier rebaja de pena por conductas positivas posteriores al delito debía depender de la concurrencia del arrepentimiento sincero del sujeto, que debía ser, además, el catalizador de las conductas de significado revocador exteriorizadas. Es decir, era imprescindible que el autor del delito se decidiese a mitigar las consecuencias de su hecho impulsado por sentimientos de pesar o de aflicción por su comisión. Durante décadas se insistió en la preeminencia del componente espiritual de esta atenuante, por entender que una interpretación en otras claves supondría terminar premiando la astucia o el cinismo. Ahora bien, la línea que trazaba el límite entre el estricto ámbito de operatividad de la atenuante y la eventual «absolución de pecados» de carácter ético-religioso derivada de un acto de contrición se fijaba de forma meridianamente clara: para que tuviese efectos pe-

nales, el arrepentimiento debía ir acompañado de actos objetivos, no siendo suficiente con sentirlo².

Con el paso de las décadas, un grupo cada vez más mayoritario de la doctrina destacaba que la exigencia de arrepentimiento no resultaba compatible con un Derecho penal moderno, tildándolo de exigencia rayana al misticismo y propugnando una aplicación de la atenuante más atenta a que se hubiesen llevado a cabo inequívocas actuaciones externas e independientes al móvil más o menos altruista del sujeto³.

Con el nuevo Código, la inmensa mayoría de la doctrina se apresuró a interpretar la supresión del constructo «arrepentimiento espontáneo» de la redacción del art. 21.5 no sólo como un indicio de la objetivación de la atenuante, sino como una prueba prácticamente irrefutable de un nuevo fundamento de la circunstancia modificativa, que estribaría en razones de política criminal vinculadas al interés de que la víctima logre un resarcimiento del daño que le fue infligido⁴. Conforme a esta postura lo fundamental sería la satisfacción del ofendido, y la relevancia del comportamiento postdelictivo dependería, en exclusiva, de que se hubiesen llevado a cabo conductas que lograsen disminuir de

² QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Curso de Derecho penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pp. 425 y s.; el mismo, *Comentarios al Código penal*, 2.ª edición renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por Enrique Gimbernat Ordeig, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, pp. 190 y ss.

³ DE SOLA DUEÑAS, A. «Lo subjetivo y lo objetivo en la circunstancia atenuante del arrepentimiento», en *ADPCP*, 1971, pp. 428 y 434.

⁴ Véase, por todos, ALONSO FERNÁNDEZ, J.A. *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño. Interpretación jurisprudencial y doctrinal de las circunstancias del artículo 21.4 y 21.5 del Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 45; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. «Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21.5.ª Código penal)», en *CPC*, núm. 61, 1997, p. 253; ARIAS EIBE, M.J. *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 264 y ss.; BORJA JIMÉNEZ, E. *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 174; HERRERA MORENO, M. *La hora de la víctima. Compendio de victimología*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 288-289; MUÑOZ CUESTA, J. «Reparación o disminución del daño causado», en MUÑOZ CUESTA (coord.) *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 137-138; el mismo, «Reparación del daño causado: ¿puede aplicarse la atenuante cuando la reparación se hace una vez iniciado el juicio oral? Comentario a la STS, Sala 2.ª, de 2 de diciembre de 2003», en *Aranzadi. Repertorio de jurisprudencia. Revista de actualización*, abril 2004, n.º 1, p. 11; POZUELO PÉREZ, L. «Las atenuantes 21.4.ª y 21.5.ª del actual Código penal», en *CPC*, núm. 65, Edersa, Madrid, 1998, p. 411; la misma, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 381-382; PUENTE SEGURA, L. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Colex, Madrid, 1997, p. 397.

forma efectiva los daños que le fueron ocasionados, pasando a un segundo plano el móvil más o menos loable del infractor.

Como suele suceder a veces, la modificación legislativa fue la ocasión que hizo no sólo adaptar los criterios de aplicación de la atenuante a la redacción del nuevo precepto, sino que con el nuevo Código penduló bruscamente la interpretación de la jurisprudencia en torno a la razón de ser de la reparación penal. Este giro llevó al abandono radical de prácticamente todo cuanto era importante en relación con el comportamiento postdelictivo positivo con anterioridad a la reforma, abandono que fue mucho más allá de los ajustes que exigía la nueva redacción y que terminó por consagrar un entendimiento de la atenuante que prácticamente la mimetizaba con el pago de la responsabilidad civil.

1. *Fundamento victimológico de la atenuante de reparación y sus implicaciones en su aplicación práctica*

La doctrina mayoritaria recalca el papel central de la víctima en el fundamento de la atenuante, asumiendo que la reparación consiste en que aquélla reciba una indemnización por el daño que le fue ocasionado. Ello supone admitir que, por un interés concreto como el «favorecer a la víctima», se asume la renuncia a una parte de la pena que se consideraría «merecida» y «necesaria» conforme a los objetivos de la respuesta penal.

Partiendo de este fundamento, se abordará cómo queda delimitado el concepto y el alcance de la reparación en el ámbito de la atenuante. Es decir, se analizará qué rendimiento operativo ofrece la atenuante a la hora de determinar las características y requisitos que debe ostentar la «reparación penal» para poder apreciarse la rebaja de pena. Por lo tanto, deberá tratarse si el daño a la víctima objeto de ser reparado es sólo el daño económicamente evaluable, y cuáles son las posibilidades de plasmación que admite la conducta reparadora.

Si se asume que la satisfacción a la víctima dota a la atenuante de su sentido último, se puede entender que gran parte de la doctrina considere que concurren los elementos del art. 21.5 si la prestación reparadora ha supuesto una merma efectiva del daño material ocasionado al ofendido. La reparación, partiendo de ese concepto de daño, residiría, por lo tanto, en la eliminación total o casi total del daño «económicamente» evaluable ocasionado a la víctima⁵. Se trataría de una

⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. «Sobre algunos aspectos de la atenuante...», *op. cit.*, pp. 266-267; ARIAS EIBE, M.J. *Responsabilidad criminal*, *op. cit.*, pp. 266 y ss; BORJA JIMÉNEZ, E. *Las circunstancias atenuantes...*, *op. cit.*, p. 187; GIL MERINO, A. «Las circunstancias atenuantes

interpretación «elemental» por asociación automática del término de reparación con la merma de un daño. En efecto, el término de reparación evoca la presencia previa de una persona y de un perjuicio, asociación que conduce prácticamente a equiparar la «reparación penal» a la satisfacción de la responsabilidad civil.

Sin duda, esta interpretación parece especialmente idónea para ciertos delitos contra el patrimonio, en los que la devolución de lo apropiado o el pago de su valor constituirían los ejemplos de las reparaciones más «naturales», «limpias» o «tangibles». Pero no es trasladable fácilmente a muchas otras clases de delitos⁶. Pero en otros casos, cuando el daño es un hecho irrevocable como la muerte de la víctima, evidentemente no es posible una reparación total en el sentido de una reposición de la situación anterior al delito. Por ello, aunque algún autor haya llegado a negar la operatividad de la atenuante en estos casos⁷, suele admitirse la atenuación cuando la reparación consista en el pago de la responsabilidad civil que corresponda⁸.

y agravantes en el Código Penal de 1995», en *CDJ*, núm. XXVII, 1996, pp. 174-175; MUÑOZ CUESTA, J. «Reparación o disminución del daño causado», *op. cit.*, pp. 139-140.

⁶ En otros países se establece con claridad una diferencia de tratamiento del alcance y significado de la reparación según se trate de delitos patrimoniales o de otra clase de infracciones. Precisamente esta idea se refleja con claridad en diversos preceptos del ordenamiento jurídico austriaco, sobre todo en la institución denominada «arrepentimiento activo» (*tätige Reue*), que actualmente recoge el § 167 öStGB. Esta antigua figura, cuyos orígenes se remontan a 1787, prevé la exención de la punibilidad para una gran parte de los delitos contra el patrimonio del Código penal austriaco, concretamente, para aquellos realizados *sin violencia ni intimidación*, en caso de que el autor repare de forma voluntaria y a tiempo, todos los daños ocasionados por su infracción.

⁷ Cfr. TAMARIT SUMALLA, J.M. *La víctima en el Derecho Penal. De la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima*, Aranzadi, Pamplona, 1998, 206. El autor considera que el tenor literal excluye la posibilidad de la reparación en un caso de homicidio, puesto que se exige que «la reparación sea hecha directamente a favor de la misma víctima» y considera que «el ejemplo sirve para reivindicar el rol que le corresponde a la atenuante de reparación en el Derecho penal, que no es exactamente el mismo que el propio de la responsabilidad civil. El Derecho penal es el espacio normativo en el que debe prevalecer la consideración de que el homicidio es algo esencialmente no reparable». Véase, no obstante, posteriormente, TAMARIT SUMALLA, J.M. «La introducción de la reparación del daño en la ejecución», en GARCÍA ALBERO, Ramón; TAMARIT SUMALLA, J.M. *La reforma de la ejecución penal, Tiraba lo Blanch*, Valencia, 2004, p. 119, donde se señala que «no debe olvidarse el principio de universalidad de la reparación, que constituye una garantía de respeto al principio de igualdad, según el cual ningún delito está excluido *a priori* de la reparación (...)».

⁸ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. «Sobre algunos aspectos de la atenuante...», *op. cit.*, pp. 258, 264-265. Pese a tratarse del ejemplo de un delito de homicidio, se afirma que la única reparación oportuna es de tipo económico, sin aludir a que el pago de la responsabilidad civil vaya acompañado por un *plus* que complete la correspondiente indemnización.

La tendencia a centrar la reparación en la «compensación económica» puede entenderse porque es probablemente la más fácil de prestar, y la que se ofrece en la mayoría de los casos. Pero lo que no debiera admitirse con tanta facilidad es que el mero pago anticipado de la responsabilidad civil quede equiparado a la atenuante de reparación. Sobre ésta, a mi juicio, confusión conceptual, me referiré más adelante. Por de pronto interesa ahora destacar algunos aspectos referidos al contenido de la prestación reparadora centrada en el pago de una cuantía dineraria. En estrecha relación con el entendimiento de la reparación como responsabilidad civil está el problema de la solvencia del infractor, así como la cuestión de la fianza consignada en el Juzgado para hacer frente de las responsabilidades civiles o para asegurar la presencia en el juicio.

a. LA ATENUANTE DE REPARACIÓN Y LA FIANZA PARA ASEGURAR EL PAGO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La fianza destinada a asegurar la responsabilidad civil se recoge en el art. 589 LECr. Este precepto dispone que «cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes». Esta fianza constituye, por lo tanto, una medida cautelar de naturaleza real o patrimonial, que busca la disponibilidad de metálico de forma inmediata o a través de la afección de bienes muebles o inmuebles de fácil realización y de valor conocido con objeto de garantizar tanto el pago de las costas procesales como el cumplimiento de las obligaciones civiles que puedan ser declaradas en una sentencia condenatoria⁹.

A pesar de que del tenor literal del art. 589 LECr podría deducirse que esta fianza se decretará de forma automática a cargo del infractor cuando haya indicios de criminalidad en su contra, esto no siempre ocurre en la práctica. De hecho, puede suceder que la fianza no le sea solicitada a él directamente. Esto es lo que ocurre cuando las responsabilidades civiles están total o parcialmente cubiertas por un seguro obligatorio de responsabilidad civil, en cuyo caso «se requerirá a la entidad aseguradora o al Consorcio de Compensación de Seguros, en su caso, para que, hasta el límite del seguro obligatorio, afiance aquéllas» (art. 764.3 LECr).

⁹ Véase, por todos, GIMENO SENDRA, V./ DÍAZ MARTÍNEZ, M. en GIMENO SENDRA (editor) *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2004, p. 564.

Desde que entrara en vigor del Código penal de 1995 es bastante frecuente que los imputados por delitos de los que haya derivado un perjuicio económicamente evaluable, en el momento de ingresar en la cuenta del Juzgado el importe de la fianza para asegurar las responsabilidades pecuniarias, hagan declaración expresa de su voluntad de que dicha suma vaya destinada a reparar el daño ocasionado por el delito. La prestación de la fianza antes del juicio oral sumada a esa declaración de voluntad en torno al destino del dinero suele ser suficiente para que muchos jueces consideren cumplidos los requisitos para apreciar la atenuante de reparación del art. 21.5 (bien directamente, o bien por vía analógica). Cabe señalar, además, que esta tendencia parece común a diversas clases de delitos¹⁰.

En general puede afirmarse que son muy numerosas las ocasiones en que el Tribunal Supremo y el resto de instancias reconocen efecto atenuante a la consignación de la fianza para asegurar la responsabilidad civil. Por ello, da la impresión de que la consignación de la garantía se ha convertido en un recurso que todo buen abogado aconsejará a su cliente tratando de asegurar la apreciación de la atenuante de reparación.

¹⁰ Así, por ejemplo, en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, la STS 18-06-2004, relativa a un delito de abuso sexual a una menor, se apreció la atenuante por la vía analógica por considerar que la consignación de 6.000 euros «tiene en este sentido una analogía con esa reparación parcial prevista en el art. 21.5.º, lo que permite aplicar al caso la atenuante del núm. 6 de tal artículo». En otro caso de abuso sexual también se consideró que procedía la apreciación de la atenuante tras la consignación de 300,50 Euros, STS 11-02-2005. Véase, asimismo, la STS 11-10-2004, relativa a un caso de agresión sexual. Sin embargo, la STS 3-11-2007 en un caso de abusos sexuales consideró que no procedía la atenuación ante el abono de la fianza solicitada por el juzgado. La consignación de la fianza también ha dado paso a la atenuante en delitos contra la vida y la integridad física. Así lo apreciaron, por ejemplo, las SSTs 25-03-2004 y STS 11-10-2004, ambas relativas a un caso de asesinato y la STS 10-05-2005, relativa a un caso de homicidio. Véanse asimismo la STS 15-12-2005 y la SAP de Cádiz de 20-06-2006, relativas a un delito de lesiones. En esta última se aprecia la atenuante con el argumento desnudo de haberse producido la «consignación de la cantidad de dinero para hacer frente a las posibles responsabilidades civiles derivadas de los hechos, llevada a cabo con antelación al comienzo de la vista oral». Más recientemente, STS 29/05/2017. En el ámbito de los delitos contra el patrimonio, véanse, por ejemplo, las SSTs 21-01-2004 y 15-03-2006, relativas a un caso de estafa, así como la STS 6-02-2004, relativa a un delito de falsedad y estafa, que apreciaron también la atenuante ante la consignación de la fianza. Sin ánimo de exhaustividad, en el ámbito de los delitos contra la Administración pública también se constata esta tendencia, que queda reflejada, por ejemplo, en la STS 21-05-2005, relativa a un delito de malversación de caudales públicos. Por último, en un delito de desórdenes públicos, se aprecia también en la STS 11/01/2017.

Pese a estas prácticas, el aspecto fundamental que no debe ser olvidado a este respecto es, a mi juicio, que quien es solvente *está obligado* a hacer frente a la responsabilidad civil que hubiera derivado del perjuicio que hubiese causado a terceros¹¹. En caso de que un procesado no consigne la fianza exigida, o no lo haya hecho en cuantía suficiente, como medida subsidiaria, le serán embargados los bienes (art. 597 LECr)¹². Por ello, la oferta de destinar la fianza depositada a la indemnización de la víctima o de los perjudicados no puede sino considerarse una oferta «vacía», en la medida en que no viene avalada por la posibilidad del imputado de elegir entre realizar o no un acto de disposición de su patrimonio en favor de los acreedores. Se trata de una cantidad «cautiva» de la que no puede disponer, y además de una cantidad cuyo destino obligado —supuesta la sentencia condenatoria— será el pago debido a la víctima del daño causado¹³.

En principio, no parece que la consignación de la fianza pueda ser automáticamente equiparada con la reparación penal¹⁴, al menos no para sujetos que puedan llevar a cabo alguna prestación reparadora con anterioridad a la celebración del juicio oral. Por ello, si un sujeto solvente y capaz de indemnizar de inmediato a la víctima (aunque sea parcialmente) se limita a consignar la fianza (postergando así inevitablemente la reparación más allá del límite temporal previsto por el art. 21.5), no debiera procederse a la rebaja de pena. Ni siquiera acudiendo para ello a la atenuante analógica del art. 21.6 CP.

¹¹ Véase el art. 1092 CC, que establece que «las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal». Concretamente los arts. 109 y ss. CP regulan los extremos referidos a la responsabilidad civil. Así, el art. 110 prevé que «La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1.º La restitución; 2.º La reparación del daño; 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales», mientras que el art. 112 determina que «La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el juez o tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa».

¹² Nótese que, en el proceso penal, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, el embargo es una medida subsidiaria a la exigencia de la fianza, de conformidad con el principio de «alternativa menos gravosa». Cfr GIMENO SENDRA, V./ DÍAZ MARTÍNEZ, M., en GIMENO SENDRA (editor), *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2004, p. 571.

¹³ En este sentido, resulta reveladora la STS 5-02-2008, relativa a un caso de malversación de caudales públicos, en la que se considera que «el pago de la indemnización mediante un crédito hipotecario no es más que el cumplimiento de una obligación y no requiere más esfuerzo personal que el necesario para satisfacer una obligación», por lo que la atenuante se considera inapreciable.

¹⁴ Véanse, en este sentido, incluso en los primeros años después de la entrada en vigor del Código penal de 1995, las SSTs 21-12-1998, STS 11-09-2000, STS 10-11-2003, STS 17-12-2002, STS 18-9-2003, STS 6-04-2004, STS 2-04-2004.

Sin duda, es más que discutible que se pueda apreciar la atenuante a quien, pudiendo indemnizar a la víctima antes del juicio oral, haya *escogido* retrasar la reparación hasta que ésta ya sea inevitable. De hecho, aun admitiendo que el objetivo principal del legislador al perfilar la redacción de la atenuante hubiera sido promover la satisfacción de los intereses de la víctima, es razonable pensar que el límite temporal del precepto se fijó considerando la importancia que una reparación pronta (anterior a que sea declarada judicialmente y sin tener que recurrir a la vía de apremio) ostenta para aquélla. Si se reconoce que el *momento* en que se presta la reparación es una de las variables para distinguir entre la cancelación de una deuda civil y una reparación de relevancia penal, habrá que admitir que siempre que se rebase el límite temporal de la atenuante «voluntariamente», no concurre el requisito temporal exigido. Para justificar la rebaja de pena a través de la atenuante analógica sería necesario constatar que el sujeto carecía totalmente de solvencia para lograr un adelanto, cuando menos parcial, del pago.

No puede descartarse que en la práctica judicial las razones para apreciar la atenuante ante la consignación de la fianza estén relacionadas con la práctica, no infrecuente, de los procesados de esconder sus bienes y declararse insolventes para evitar el pago de las responsabilidades civiles, lo que sin duda dificulta la localización del patrimonio y su embargo. Aunque estas prácticas quedan enmarcadas hoy como delito de alzamiento de bienes del art. 258 CP, la exigencia de la fianza sigue siendo un mecanismo asegurador que, claramente, constituye una vía para garantizar que la víctima reciba la indemnización que le corresponde. Pero la cuestión que sigue aún abierta es si el cumplimiento de la obligación jurídica de presentar la fianza puede quedar traducida sin más, es decir, sin ulteriores requisitos, como por ejemplo el esfuerzo o la espontaneidad del infractor al llevar a cabo la prestación reparadora, a la apreciación de una atenuante.

En definitiva, la pregunta es si la facilitación que supone para la Administración de Justicia el pago voluntario de la responsabilidad civil justifica la apreciación de la atenuante en el caso «normal», que sería el del deudor que afronta su deuda. O, dicho de otra forma, se plantea si la no comisión de un delito de alzamiento de bienes puede explicar la apreciación de la atenuante de reparación. Ciertamente, sería chocante que las dos únicas soluciones posibles para un sujeto solvente sean o bien arriesgarse a una posible responsabilidad por alzamiento de bienes, si trata de esconder su patrimonio, o bien que se le conceda el «premio» de una atenuante, en caso de que cumpla con su obligación de consignar la fianza destinada a indemnizar el daño que causó.

El problema que puede surgir en la práctica es que la prestación de la fianza requerida opere como obstáculo para que los infractores con menos medios puedan optar por reparar el daño a la víctima en tiempo oportuno a efectos de la atenuante del art. 21.5 CP¹⁵. En efecto, éste puede ser el caso de los sujetos a los que, además de la fianza para asegurar la responsabilidad civil, se les imponga también la fianza para evitar la prisión provisional. No parece descabellado que, para muchos infractores, la consignación de una fianza elevada (o, si procede, la consignación de dos fianzas) conlleve la imposibilidad material de reparar económicamente a la víctima antes del juicio oral. Por ello, si realmente se reconoce la importancia de satisfacer con la mayor celeridad posible los intereses de la víctima, cabe plantear si la Administración de Justicia no debiera habilitar mecanismos para que el infractor pueda optar por el pago efectivo a la víctima satisfaciendo por adelantado esa responsabilidad civil (al menos en lo fundamental del daño que pueda fijarse como base de la indemnización). Aunque ello implicaría que el acusado asume su responsabilidad, al menos en lo concerniente al daño causado a la víctima, es importante señalar que no supondría, necesariamente, que el sujeto acepte su «responsabilidad penal», o que esté de acuerdo con la calificación que presenta la acusación.

Pero incluso aunque esto fuese posible, sólo beneficiaría a quien posee un cierto patrimonio o, al menos, una fuente de ingresos que le permita afrontar la indemnización correspondiente. Quien carezca de medios, por más que desee reparar el daño a la víctima, difícilmente podrá saldar por adelantado la deuda civil. La insistencia en la equiparación de la reparación penal con el pago de la responsabilidad civil, parece asumir que cualquier otra prestación alternativa a la económica dirigida a reparar el daño ocasionado por el delito será irrelevante, aunque haya supuesto un gran esfuerzo para el sujeto, y por más que la víctima pudiera quedar satisfecha. El infractor insolvente podrá enfrentarse, además, a dificultades adicionales: en caso de que se decrete fianza para eludir la prisión provisional, y nadie la consigne por él, su ingreso en prisión hará aún más remota la posibilidad de que el sujeto pueda realizar algún tipo de prestación reparadora a favor de la víctima antes del juicio oral.

¹⁵ Cfr. GARRO CARRERA, E. *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española (art. 21.5 del Código Penal)*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2005, p. 278, la misma, «La atenuante de reparación del daño» en GARRO CARRERA, E./ASUA BATARRITA, A. *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria (a propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo penal n.º 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 30 y ss.

En conclusión, no parece oportuno instaurar el pago de la fianza como paradigma o prototipo para la apreciación de la atenuante del art. 21.5, por más que el infractor declare su voluntad de que la fianza vaya destinada a indemnizar a la víctima. No sólo porque esta opción restringe el ámbito de operatividad de la atenuante a los sujetos solventes, lo que puede ya plantear algunas dudas en torno a su admisibilidad. De hecho, las objeciones se plantean principalmente porque todo sujeto solvente que haya causado un daño a otro se va a ver obligado a pagar la responsabilidad civil. Por tanto ¿en qué reside la especial aportación o el «logro» de una reparación de estas características? Es más, ¿procede reconocer efectos penales a la mera cancelación de una deuda civil sin exigir ningún *plus* que revista la conducta reparadora de un significado de asunción de responsabilidad que haga disminuir la necesidad de pena?

Si se prescinde de la exigencia de ese *plus* y se admite la apreciación de la atenuante de reparación cuando el infractor salde su deuda civil con la víctima, nos hallaríamos ante una especie de *ne bis in idem* a la inversa, ya que se dotaría a un hecho de naturaleza estrictamente civil (cancelación de una deuda) también de efectos penales (atenuación de la pena) sin explicar convenientemente los motivos para extender su relevancia a este ámbito.

b. PRESTACIONES REPARADORAS DE NATURALEZA NO ECONÓMICA

Si se parte de que la reparación penal reside en la eliminación o en la compensación total o casi total del daño económicamente evaluable ocasionado a la víctima, se da por supuesto que el interés de ésta o de los afectados reside siempre en conseguir una indemnización pecuniaria. No cabe duda de que en algunos casos, sobre todo en delitos contra el patrimonio sin violencia o intimidación, esas consideraciones resultarán prioritarias¹⁶, ya que, por regla general, en esos supuestos, por no verse menoscabados otros intereses de mayor rango, es probable que el afectado sólo desee recuperar su situación anterior.

Sin embargo, cuando entran en juego otro tipo de bienes jurídicos como la vida, la integridad física o la libertad sexual, parece más que dudoso que, sobre todo desde la perspectiva de la víctima, el pago de la deuda civil pueda verse como una adecuada reparación del daño

¹⁶ Piénsese, por ejemplo, en un hurto en unos grandes almacenes, o en el robo de un coche. En estos casos, es probable que la víctima perciba el daño que se le causó como un mero perjuicio económico.

que sufrió. Por lo tanto, la visión «privatista» de la reparación, aquella que en teoría desea potenciar la satisfacción los intereses de la víctima, conduce a una valoración reduccionista de una realidad en la que la dimensión meramente económica o patrimonialista puede incluso resultar insultante para la víctima. En delitos que lesionan bienes jurídicos personalísimos, afirmar que la compensación económica es, sin más aditamentos, una forma de dar satisfacción a la víctima es, como mínimo simplista, e ignora el significado comunicativo de la sanción penal¹⁷. ¿O es que admitimos que quien tiene medios económicos puede «pagar» para reducir su responsabilidad penal?

Por otro lado, atender a la percepción interna de la víctima como único parámetro de lo que constituye una «reparación justa» resultaría peligroso, por los mismos motivos por los que resulta inviable para la determinación de la respuesta penal. Sin embargo, no puede negarse que, en determinados delitos, la percepción de la víctima de que la reparación del daño que sufrió debe ser algo más que el pago de una cantidad de dinero es comprensible. Es precisamente en esos casos especialmente graves en los que víctima y sociedad coinciden en la necesidad de reconocimiento del daño para favorecer una pacificación, al menos parcial, de la conmoción que genera la infracción de las normas básicas de convivencia. Es decir, no sólo la sociedad en su conjunto, sino que la propia víctima también participa del interés de que públicamente se repruebe el ataque al bien jurídico a través de la condena y de la imposición de una pena, que reafirmará, tras el quebrantamiento de la norma, la importancia del respeto al bien jurídico tutelado¹⁸. Estas consideraciones de prevención general positiva, aplicadas al contenido de la reparación, deben conducir a reconocer que, en la mayoría de los delitos, y especialmente en aquellos más graves, también constituye interés de la víctima que las conductas reparadoras ostenten el mismo o análogo significado al de la pena, es decir, que puedan entenderse como instrumento de revocación *a posteriori* del desprecio hacia la norma. Lo cual debe suponer, en el caso de la reparación, que ésta adquiera un significado expresivo de asunción de responsabilidad o de *actus contrarius* con respecto al delito. Únicamente la conducta reparadora que pueda reconocerse intersubjetivamente como ex-

¹⁷ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. «Justicia reparadora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?» en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, p. 481.

¹⁸ PRITTWITZ, C. «La resurrección de la víctima en la teoría penal», *Iustel Revista General de Derecho penal*, 4, 2005, p. 13

presión de asunción de responsabilidad específica —algo más que la aceptación de un cómodo pago de una deuda civil—, permite explicar que la necesidad de pena sea menor. Una reparación que suponga el despliegue de un esfuerzo adicional y que por ello pueda considerarse, al menos parcialmente, como un equivalente funcional de la sanción penal.

Evidentemente, esto no significa que el pago de la responsabilidad civil carezca de importancia, ni que las víctimas de delitos graves no estén interesadas en recibirla. Pero de admitirse la razonable exigencia de que la reparación ostente un significado de *actus contrarius*, la mera cancelación de la deuda civil tras el juicio, sin ulteriores elementos que la doten de un especial significado, difícilmente podría sostener la apreciación de la atenuante del art. 21.5 en delitos de cierta gravedad. Al menos no desde la apelación a la hipotética satisfacción de los perjudicados como fundamento de la atenuación. Estos, y no sólo ellos, sino la generalidad, la percibirán más como una burla que como una conducta de carácter pacificador o conciliador¹⁹.

A la vista de las objeciones que plantea la mera equiparación de la responsabilidad civil con la satisfacción de los intereses de la víctima o de los perjudicados por un delito, debe examinarse qué elementos adicionales deben concurrir en la «reparación» para que pueda justificarse una rebaja de la pena. O asimismo qué otro tipo de prestación o de conducta puede resultar una adecuada reparación al ofendido que legitime la apreciación de la atenuante del art. 21.5. ¿Hasta qué punto la petición de disculpas u otro tipo de prestación simbólica puede constituir una reparación a efectos de la apreciación del art. 21.5?

Las disculpas del infractor pueden desplegar un importante efecto de desagravio y pacificador tanto sobre la víctima o afectados²⁰, como sobre la sociedad, en la medida en que implican el reconocimiento del

¹⁹ En este sentido, resulta especialmente gráfico un caso del que da cuenta el escritor Gellius en su obra «Noctes Actiae» (10.1.13), recogido en FREUND, G./GARRO CARRERA, E. «Strafrechtliche Wiedergutmachung und ihr Verhältnis zum zivilrechtlichen Schadensersatz. Zu den gemeinsamen materiellen Grundlagen eines Europäischen Strafrechtssystems», *ZStW*, pp. nota 29, pp. 85-86. El suceso relatado, que tuvo lugar en el siglo 1.º d.C., se refiere a un individuo, llamado Lucius Veratius que, en una ocasión, mientras caminaba por Roma, fue abofeteando a todo ciudadano cuya nariz le desagradaba, en tanto que un esclavo que lo seguía abonaba a los agredidos la suma de 25 As (multa que, para esa ofensa, se había determinado en la Ley de las Doce Tablas, del año 450 a.C. y que, en el momento de los hechos, como consecuencia de la desvalorización del dinero, resultaba irrisoria).

²⁰ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. «Justicia reparadora...», *op. cit.*, pp. 484-485.

mal causado y una asunción de la propia responsabilidad²¹. Este efecto será mayor cuanto más próximas estén las disculpas al momento del delito, y cuanto mayor sea la espontaneidad del infractor al pedir perdón²².

Cuando las disculpas se consideraban una de las posibles plasmaciones externas del necesario «arrepentimiento», su papel de cara a la atenuación podía ser decisivo. Sin embargo, ahora que se ha desterrado ese elemento de la redacción de la atenuante, no procede indagar en la esfera interna del infractor para descubrir si las disculpas se deben o no a un sentimiento de «arrepentimiento» o «contrición» por el hecho. Por ello, el rol que puede desempeñar la petición de perdón en el Derecho penal debe reformularse desde parámetros objetivos, atendiendo al significado comunicativo de la manifestación o de la prestación, por la forma y modo en que se desarrolla la conducta. Las disculpas constituyen, ciertamente, un «acto de civismo» del infractor, mediante las que éste exterioriza que comprende el padecimiento de la víctima y su responsabilidad en dicho padecimiento. Muestran la vertiente de «ciudadano» del infractor, en la medida en que le perfilan como sujeto capaz de asumir las consecuencias de sus propios actos y capaz de exteriorizar su solidaridad con el pesar de la víctima²³. Pero aunque no deba desdeñarse el efecto reparador de unas disculpas, es evidente que tampoco puede adjudicarse a aquéllas una absoluta idoneidad conciliadora, máxime si el delito cometido es grave y si las disculpas se presentan en un contexto en el que no puede ya hablarse de espontaneidad (por ejemplo, una vez que el infractor ha sido descubierto y es consciente de la solidez de las pruebas que lo incriminan)²⁴.

Con mayor detenimiento deben ser analizadas otras conductas que, genéricamente, pueden englobarse bajo la denominación de «reparación simbólica», y en las que tienen cabida prestaciones de distinta natura-

²¹ Cfr. En el ámbito germánico, la petición de perdón es considerada como una adecuada reparación simbólica a favor de la víctima. Véase, en este sentido, el § 2 del Proyecto Alternativo de la Reparación. También así, HÖRNLE, T. *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, p. 300.

²² Cfr. GARRO CARRERA, E. *Reparación del daño e individualización...*, op. cit., p. 280.

²³ Véase la STS 29-01-2008 (RJA 1720), que en un caso de tentativa de homicidio consideró que procedía la atenuación muy cualificada ante «el acuerdo expreso entre el acusado y víctima de pago íntegro de la indemnización y el perdón de ésta».

²⁴ Véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo alemán en la que, en un caso de violación y lesiones graves en el que el infractor trató de disculparse ante la víctima, pidiendo, además, un crédito para indemnizarla, se niega la rebaja de pena del § 46 a StGB, *NStZ*, 1995, p. 492.

leza²⁵. Sobre este aspecto se volverá más adelante. Baste decir aquí que, ante la heterogeneidad de las conductas delictivas, parece lógico que la reparación adquiriera también modalidades diferentes en cada caso, adecuadas a la situación y circunstancias del infractor, de la víctima y del delito cometido. Sería factible, por ejemplo, la realización de prestaciones o trabajos acordados por las partes o incluso, como proponía RUIZ VADILLO, una donación de sangre compatible para una transfusión²⁶.

En definitiva, y sin entrar aún a cuestionar la base de una orientación estrictamente «victimológica» de la atenuante de reparación, se vislumbran ciertas objeciones apriorísticas si se parte de que el fundamento de la figura reside únicamente en la eliminación efectiva del daño económicamente evaluable ocasionado a la víctima. Hemos visto, en primer lugar, que desde la perspectiva de la fundamentación privatista-patrimonialista, no se proporciona ninguna explicación que indique en qué reside la especificidad de la reparación penal respecto al pago de la responsabilidad civil. Esta ausencia de diferenciación conduce a que con el mero pago de la responsabilidad civil un infractor solvente verá automáticamente su pena rebajada. Bastará con que no oculte sus bienes y con que, declarando su voluntad de reparar, se remita a la liquidación de la fianza judicial. Planteado de forma extrema, ello podría conducir a que todo infractor solvente que no cometiese un delito de alzamiento de bienes viese su pena rebajada.

En segundo lugar, se ha puesto de relieve que dar por cumplida la reparación penal a través de un mero pago de dinero, por más que, enarbolando la bandera de la víctima, se le atribuya el efecto de «dar satisfacción al ofendido», puede más bien ser percibido como un mayor agravio o incluso como una burla por ésta.

Pero además veremos que, si damos otro paso y nos adentramos en la complejidad y gran variedad de casos posibles, la perspectiva de la víctima como único sustento de la relevancia penal de los actos de reparación resulta demasiado restrictiva, dando lugar a fricciones y a incongruencias de peso con respecto a los principios que guían la intervención penal.

²⁵ Cfr. GARRO CARRERA, E. *Reparación del daño e individualización...*, op. cit., pp. 280 y ss.

²⁶ RUIZ VADILLO, E. «Artículo 21.5», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia, tomo I. Derechos fundamentales, artículos 1 a 137*, Trivium, Madrid, 1997, p. 794. Cfr. ALCÁCER GUIRAO, R. «La reparación en Derecho Penal y la atenuante del artículo 23.5.º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», en *RCGPJ*, núm. 63, 2001, p. 116. También lo reconoce así la STS 4-2-2000 (RJA 298), relativa a un delito de lesiones, aunque refiriéndose a una posible aplicación de la atenuante analógica.

2. *Propuesta de interpretación: la reparación penal como acto de reafirmación de la vigencia de la norma*

a. EL ORIGEN DEL PROBLEMA: LA CONFUSIÓN ENTRE LA REPARACIÓN PENAL Y LA SATISFACCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Un problema inicial, que se plantea ya en una primera aproximación al tema de la reparación en el Derecho penal, reside en delimitar el propio concepto jurídico-penal de reparación en el ámbito de la atenuante del art. 21.5 CP. El término de «reparación» evoca una actividad de arreglo, de eliminación de un perjuicio o de restauración que se asocia, a su vez, con la previa causación de un daño. En la medida en que los términos ostentan un significado y unas connotaciones que marcan las pautas de su entendimiento, puede afirmarse que la conducta de «reparación del daño» presupone siempre la existencia de un menoscabo. Sin embargo, la cuestión es tratar de determinar si en el ámbito civil y en el penal el daño objeto de ser reparado es idéntico.

En el ámbito civil, el nacimiento de la obligación de reparar estará supeditado a la concurrencia de un perjudicado individualizable al que se hayan ocasionado daños materiales o morales. Así, en ausencia de un menoscabo económicamente evaluable, o al menos de un daño moral que fundamente un resarcimiento económico, no podrá afirmarse la responsabilidad civil —aunque se haya cometido un delito—, ya que su alcance se gradúa con arreglo a la entidad del perjuicio causado²⁷ y no en función de la gravedad de la conducta²⁸ o de las necesidades preventivas que pudieran concurrir.

Sin embargo, para que concurra la responsabilidad penal no será siempre necesario que se haya ocasionado un daño material o moral. De hecho, la razón de tipificar determinadas conductas como delito no puede explicarse siempre desde la causación efectiva de un mal a una persona individualizable. Así, y si aún en ausencia de víctima puede haber delito, tampoco toda lesión de un interés privado determina necesariamente la responsabilidad penal. Como es sabido, las conductas recogidas en el CP como delito tienen *otro* denominador común que

²⁷ LARRAURI PIJOAN, E. «La reparación», en CID MOLINÉ; LARRAURI PIJOAN (co-ords.) *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 177; PANTALEÓN PRIETO, F. «Artículo 1902», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN; BERCOVITZ; SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 1971.

²⁸ PANTALEÓN PRIETO, F. «Artículo 1902», *op. cit.*, p. 1971.

reside, concretamente, en su lesividad social²⁹. El daño social trasciende del daño concreto a la víctima (si la hubiera) y se cifra en la conmoción de las expectativas de seguridad de disfrute o de acceso a las condiciones fundamentales para el desarrollo de los demás miembros de la sociedad³⁰. El delito, más allá del perjuicio que se hubiese causado a las eventuales víctimas, lanza un mensaje desestabilizador que pone en entredicho las posibilidades de participación igualitaria de los individuos en el sistema social. Y ahí es donde, precisamente, reside el daño que, atañéndonos a todos, adquiere relevancia penal. Por ello, cuando se comente un delito resulta necesario que intervenga el Derecho penal para lanzar un «contramensaje» que exprese con contundencia la importancia del respeto del bien jurídico lesionado y que desautorice la infracción de la norma que lo tutela con objeto de evitar futuros ataques³¹. Es evidente que el pago de la responsabilidad civil (si la hubiera) no resultará suficiente para desplegar el citado efecto preventivo y por ello se hace necesaria la imposición de una respuesta simbólica de carácter más aflictivo, la pena, como forma de reafirmar la vigencia de la norma frente a la conmoción que causó el delito³².

El Derecho civil y el Derecho penal están estructurados, por tanto, sobre dos conceptos diferentes de «daño»³³. Como hemos visto, la responsabilidad civil deriva directamente de la concurrencia de un daño material o moral para una persona individualizable, y se agota en la compensación de ese daño. Pero en el ámbito del Derecho penal, el daño ostenta una trascendencia social que requiere, sobre todo, y además de la satisfacción de la responsabilidad civil en la que eventualmente se incurrió, la imposición de una respuesta específica que no dependerá del alcance del perjuicio que se hubiese ocasionado, sino de

²⁹ Véase, por todos, AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1972, p. 367

³⁰ Cfr. OTTO, H. *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2004, p. 5.

³¹ Cfr. Por todos, FREUND, G. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Springer, Berlin, 1998, pp. 4-5.

³² Cfr. MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte general*, 6.ª edición revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 605-606. Los autores, que insisten en la diferencia entre los ámbitos penal y civil, aducen que la reparación (entendida ésta como el pago de la responsabilidad civil) no siempre puede acoplarse adecuadamente a las necesidades y a la lógica estrictamente penales. Obsérvese que son precisamente los autores más escépticos con respecto a la integración de la reparación en Derecho penal los que más se apegan a un concepto jurídico-civil de la reparación.

³³ Cfr. GARRO CARRERA, E. *Reparación del daño e individualización...*, op. cit., p. 22.; SILVA SÁNCHEZ, J.M. «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación», en *RCGPJ*, núm. 45, pp. 196.

las necesidades preventivas derivadas de la gravedad de la conducta y de la relevancia del bien jurídico afectado. La respuesta penal no se agota, pues, con el resarcimiento, sino que su sentido reside en la prevención de futuras infracciones.

Por lo tanto, el daño civil y el daño penal no pueden identificarse conceptualmente, aunque ambos compartan un sustrato fáctico asociado al desvalor de resultado. A la vez, el Derecho penal y el Derecho civil no coinciden ni en la forma de valorar una conducta dañosa ni en los fines que animan las respectivas exigencias de responsabilidad. Por ello, parece lógico que cuando se alude a la «reparación del daño», también se reconozcan divergencias entre el ámbito civil y el penal. En definitiva, resulta evidente que la reparación civil y la reparación penal deben constituir parcelas autónomas cuya valoración debería, asimismo, discurrir por caminos separados³⁴, aunque concurren como respuestas correlativas a dos vertientes de los daños producidos por el delito.

La conducta reparadora de relevancia penal debería ser aquella que resultase idónea para mermar, en lo posible, el daño social derivado de la infracción. Partiendo del significado específico que ostenta el término daño en el ámbito penal, las conductas reparadoras relevantes deberían ser expresivas a nivel comunicativo del reconocimiento del daño y de la voluntad de asumir la propia responsabilidad. En este sentido, en la medida en que *simbólicamente*, la reparación reafirme la vigencia de la norma, puede considerarse un equivalente funcional total o parcial de la pena³⁵. Así, si la reparación penal se conceptuase como un *actus contrarius* respecto del delito, se deduciría que su relevancia penal debería residir en la menor necesidad de pena que derivaría de

³⁴ ALCÁZER GUIRAO, R. «La reparación en Derecho Penal...», *op. cit.*, p. 92; FREUND, G./GARRO CARRERA, E. «Strafrechtliche Wiedergutmachung...», *op. cit.*, pp. 84 y ss.; GARRO CARRERA, E. *Reparación del daño e individualización...*, *op. cit.*, pp. 41 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Sobre la relevancia...», *op. cit.*, pp. 195 ss.

³⁵ Que la prevención general positiva es una teoría que explica convenientemente la relevancia penal de la reparación es una idea que, aunque ya consolidada en el ámbito germánico (véase, por todos, *Alternativ-Entwurf*, p. 25), ha tenido una menor acogida entre los autores españoles. Cfr., respecto a la regulación del CP 1973, CALDERÓN SUSIN, E. *Arrepentimiento espontáneo. Estudio del artículo 9-9.º del Código Penal*, Edersa, Madrid, 1990, pp. 259-261; DE VICENTE REMENSAL, J. *El comportamiento postdelictivo*, Universidad de León, León, 1985, pp. 356 y ss, 364, nota 21. Más recientemente, véase ALCÁZER GUIRAO, R. «La reparación en Derecho Penal...», *op. cit.*, p. 87; GARCÍA PÉREZ, O. *La Punibilidad en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 191-193; GARRO CARRERA, E. *Reparación del daño e individualización...*, *op. cit.*, pp. 254 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M. «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación», en RCGPJ, núm. 45, pp. 196-197.

los actos reparadores, puesto que el infractor, mediante su conducta postdelictiva, estaría ya cumpliendo, al menos en parte, con el fin de reafirmación de la vigencia del ordenamiento jurídico que se asigna a la sanción³⁶.

El legislador español parece haber tomado en cuenta solamente una de las vertientes de la reparación penal, la referida a la compensación del daño causado a la víctima. Una limitación que resulta insatisfactoria porque elude la perspectiva genuinamente «penal» que corresponde al efecto atenuatorio de la «reparación». Como indica SILVA SÁNCHEZ, refiriéndose a la atenuante del art. 21.5, la «nueva figura de reparación penal a la víctima debe moverse en un contexto preventivo, por mucho que, adicionalmente, y en los casos en que la haya, tenga efectos satisfactorios morales o materiales para la víctima»³⁷.

Partiendo de este fundamento preventivo-integrador, veamos cuáles deberían ser las características que debería reunir la conducta postdelictiva, en cuanto a forma y contenido, para justificar una menor necesidad de pena en el caso concreto.

b. CARACTERÍSTICAS DE LA REPARACIÓN PENAL DE SIGNIFICADO PREVENTIVO

Si tomamos como referencia la prevención general positiva como la teoría que mejor explica el entendimiento y el lugar que se debe conceder a la «reparación penal», deberá determinarse en qué características de la conducta postdelictiva se cifra su idoneidad como *actus contrarius* apto para reafirmar la vigencia de la norma. Ya en una primera aproximación podrá afirmarse que el mero pago de la responsabilidad civil, sin ulteriores datos que la doten de un significado de asunción de responsabilidad, o por decirlo de otra manera, un pago a regañadientes o forzado por las circunstancias, es insuficiente para desplegar dicho efecto preventivo.

La apreciación de la atenuante por el mero pago de la responsabilidad civil traslada la impresión de que quien tiene medios puede interferir sobre bienes jurídicos ajenos y lesionarlos para después «reparar» el daño conforme a un mero cálculo económico del perjuicio causado. Si, como se viene diciendo, se considera que la amenaza penal constituye el único modo adecuado de prevenir determinadas conductas, deslegitimándolas al definir las como delitos, el pronunciamiento de la condena y la imposición de una pena proporcionada constituirán las

³⁶ ALCÁCER GUIRAO, R. «La reparación en Derecho Penal...», *op. cit.*, pp. 99-100.

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M. «Sobre la relevancia...», *op. cit.*, p. 198.

respuestas simbólicas ineludibles para recalcar la importancia del respeto de las reglas de juego. Pero si se atenúa la pena de quien puede «pagar» con dinero la lesión al bien jurídico, se traslada la impresión de que la norma sólo va dirigida con toda su contundencia a quien no dispone de medios para hacer frente a ese pago. Podría deducirse que para el económicamente poderoso el respeto de los bienes jurídico-penales es algo «negociable». Por otro lado, se transmite la impresión de que la responsabilidad civil y responsabilidad penal son equiparables o intercambiables, que la vulneración de la norma de conducta jurídico-penal tiene el mismo significado que el incumplimiento de una obligación civil, como un contrato, por ejemplo. Extremando el supuesto, el infractor se convertiría, dependiendo de su capacidad económica, en mero deudor o en «delincuente».

En definitiva, situar a la víctima concreta como el epicentro del sentido de la atenuante de reparación penal resulta problemático por diversos motivos. En primer lugar, porque queda afectado el principio de igualdad respecto a los infractores. El sistema perdería toda su legitimidad, al reconocer que la posición de los infractores ante la afflictividad de la respuesta penal empeoraría claramente en caso de carecer de medios. Otro posible efecto sería una disminución de la eficacia de la prevención general negativa sobre las personas que, por su elevada solvencia, se hallen en disposición de satisfacer sin esfuerzo las deudas civiles en las que incurran³⁸. Es decir, las desigualdades de partida de las personas por razón de su capacidad económica, quedan institucionalmente reforzadas en la forma de entender la atenuante de reparación. No ignoramos que el sistema penal no sirve precisamente para corregir desigualdades de partida, pero sí debe evitar que tales desigualdades se refuercen con ventaja para quienes ostentan mejor posición inicial.

Por otro lado, la equiparación de la «reparación penal» con la «reparación a la víctima» como binomio inescindible, produce otros equívocos. Llevaría a restringir la aplicación de la atenuante al campo de los delitos con víctima, y en tanto ésta haya sufrido un daño económicamente evaluable.

La merma o eliminación del «daño social» que produce el delito es el perjuicio que, estrictamente, aun incluyendo en su seno el daño con-

³⁸ Sobre la eventual merma de la función disuasoria del Derecho penal ante la dotación de efectos a la reparación advierte GRACIA MARTÍN, L. «El sistema de las consecuencias jurídicas del delito», en GRACIA MARTÍN (coord.) *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 48.

creto a la víctima, adquiere relevancia en el ámbito penal. Por lo tanto, si la especificidad de la reparación penal reside en que la conducta postdelictiva debe adquirir un significado de cara a la generalidad, debe evitarse esa equívoca equiparación de la reparación penal únicamente con la satisfacción a víctima. Lo cual en absoluto significa que el daño a la víctima sea una cuestión del todo ajena a la lesividad social, sino que constituye uno de los componentes que la integran. Por ello, y si no queremos caer en un Derecho penal ajeno a la realidad, la reparación penal debería ir dirigida en primer lugar, y siempre que fuese posible, a compensar el daño a la víctima que, como persona concreta afectada por el delito, es quien directamente sufre las consecuencias de la conducta de trascendencia social cometida por el infractor³⁹. Pero si se parte de un fundamento preventivo general positivo de la atenuante, la figura de la víctima deja de ser una referencia imprescindible en la reparación penal. En algunos casos por tratarse de un delito sin víctima, y en otros, porque la reparación ha podido proyectarse sobre otras personas o colectivos generales distintos de los de la víctima estrictamente. Es decir, la relevancia penal de la reparación dejaría de medirse únicamente en función del *resultado* de compensación efectiva de los daños materiales o inmateriales infligidos a la víctima concreta. La relevancia dependería de la idoneidad de la *conducta* del infractor como un acto que expresa su disposición a afrontar su responsabilidad por la infracción, de manera que pueda decirse que reconoce la necesidad de respeto de la norma que protege el bien jurídico que lesionó con el delito. Lo cual, a su vez, abriría las puertas tanto a la consideración de prestaciones de contenido alternativo al económico, como a la posibilidad de admitir la reparación en los delitos sin víctima⁴⁰.

Aunque el delito haya afectado a una persona concreta, lo fundamental para determinar si la reparación debiera tener un reflejo sobre la sanción penal será el significado comunicativo de reafirmación de la vigencia de la norma que adquiera la prestación llevada a cabo por el infractor, ponderando las circunstancias periféricas del caso concreto⁴¹.

³⁹ Que la reparación, siempre que fuese posible, debería ir dirigida a la víctima es un aspecto sobre el que ya incidía en Proyecto Alternativo de la Reparación (§ 1 AE-WGM). Sin embargo, y aunque el resarcimiento a la víctima se considerase prioritario, «si ello no fuese posible, si fuese de esperar que fracasase, o si por sí mismo, no fuese suficiente, se recurrirá a la reparación simbólica a la generalidad».

⁴⁰ ALCÁCER GUIRAO, R. «La reparación en Derecho Penal...», *op. cit.*, p. 114; GARRO CARRERA, E., *Reparación del daño e individualización...*, *op. cit.*, pp. 284-285; SILVA SÁNCHEZ, J.M. «Sobre la relevancia...», *op. cit.*, p. 197.

⁴¹ Sobre la «dimensión comunicativa» del delito, de la pena y de sus equivalentes funcionales, véase, SILVA SÁNCHEZ, J.M. «Introducción. Dimensiones de la sistemati-

En caso de que el infractor carezca de medios pero, por ejemplo, renunciando a su tiempo libre, realice prestaciones simbólicas no económicas que puedan percibirse como un *actus contrarius* (sea a favor de la víctima o, en caso de que ésta se niegue a recibir las, a favor de una institución de interés general), deberá reconocerse efectos penales a esa conducta. Ello independientemente de la persistencia de la deuda civil⁴².

En caso de un delito de peligro o un delito contra un bien jurídico supraindividual, la ausencia de daños materiales no excluye la concurrencia de la lesividad social que deriva de la conducta prohibida. Ese daño «simbólico», que determina la necesidad de *imponer* una respuesta también simbólica —la pena—, puede asimismo ser combatido a través de la *asunción* voluntaria de responsabilidad a través de prestaciones constructivas, indicadoras del sentido de la norma, de naturaleza (una vez más) simbólica⁴³.

La anteposición del significado global de la conducta compensadora es el hilo conductor del que pueden extraerse las pautas de interpretación para determinar si una conducta postdelictiva merece la consideración y los efectos de la reparación *penal*, y no tanto el resultado material de la reparación. Sin embargo, resultaría un tanto etéreo o difuso acudir al «restablecimiento de la vigencia de la norma que deriva de la asunción de responsabilidad por parte del infractor» como único

cidad de la teoría del delito en WOLTER, J./FREUND, G. (eds) *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2004, p. 21. Más recientemente, véase también FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, Bdef, Montevideo, Buenos Aires, 2007, pp. 695, 797 y ss, quien señala que «la lesividad del hecho se entiende, así, como una lesividad comunicativa y no puramente fáctica (lo fáctico no es lo que interese, sino que interesa en una dimensión comunicativa y, en este sentido, es una construcción normativa)», p. 708.

⁴² ALCÁCER GUIRAO, R. «La reparación en Derecho Penal...», *op. cit.*, p. 116; FREUND, G./GARRO CARRERA, E. «Strafrechtliche Wiedergutmachung...», *op. cit.*, pp. 90 y ss.; GARRO CARRERA, E. *Reparación del daño e individualización...*, *op. cit.*, pp. 284 y ss.

⁴³ Piénsese, como ejemplos típicos, en la realización, por parte del autor de un delito de tráfico de drogas, de labores en un centro de desintoxicación. O, en un delito contra la seguridad del tráfico sin víctimas individualizables, el responsable podría realizar trabajos en un hospital, o colaborar en actividades para garantizar la seguridad del tráfico. Siempre que, en la medida de lo posible, el comportamiento postdelictivo positivo se lleve a cabo en «un entorno socialmente vinculado a la naturaleza del delito», y se constate la seriedad del esfuerzo realizado por el autor, la conducta podrá ser vista como un reconocimiento de la vigencia de la norma, ALCÁCER GUIRAO, R. «La reparación en Derecho Penal...», *op. cit.*, p. 116; GARRO CARRERA, E., *Reparación del daño e individualización...*, *op. cit.*, p. 285; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Justicia reparadora...», *op. cit.*, pp. 483 y ss.

criterio para la operatividad de la reparación penal. Por ello, resulta necesario recurrir a ulteriores puntos de apoyo para determinar cuáles son las características que, concretamente, deberá ostentar toda reparación de fundamento preventivo. Como se expondrá a continuación, creemos que debe atenderse a dos requisitos: el primero, de carácter subjetivo, residiría en la concurrencia de la *voluntariedad* al llevar a cabo la prestación compensadora, mientras que el segundo, de significado intersubjetivo, requeriría la realización de un *esfuerzo* por parte del infractor al procurar la reparación⁴⁴. Ambos requisitos son los que dotan de significado *penal* a la reparación.

b.1. Significado de la voluntariedad para el carácter penal de la reparación

La formulación actual de la atenuante de reparación en el art. 21.5 no recoge expresamente ningún elemento de carácter subjetivo. Lo cual, sin duda, responde al deseo del legislador de liberar definitivamente la atenuante de elementos que, como el antiguo requisito de «obrar por impulsos de arrepentimiento espontáneo», condicionen la aplicabilidad del precepto a actitudes del fuero interno. Sin embargo, la voluntariedad constituye un mínimo, un requisito básico irrenunciable para que cualquier conducta (también la reparación) pueda imputarse a quien la realiza. Por ello, y aunque la mayoría de la doctrina celebra la nueva redacción «objetivada» de la atenuante, afirmando que la ausencia de un requisito subjetivo es indicadora del nuevo fundamento orientado a la víctima⁴⁵, la depuración del precepto no puede llevar a desdeñar que un cabal entendimiento de la conducta recogida en el art. 21.5 presupone que el infractor se involucre personalmente en la conducta reparadora. No sólo para descartar que la reparación no haya sido coaccionada, sino para asegurar que sea el infractor quien despliegue una conducta dirigida lograr esa compensación del daño ocasionado⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. GARRO CARRERA, E. *Reparación del daño e individualización...*, op. cit., pp. 291 y ss y 316 y ss.

⁴⁵ Por todos, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. «Sobre algunos aspectos de la atenuante...», op. cit., pp. 253-255.

⁴⁶ Cfr. TAMARIT SUMALLA, J.M. *La víctima en el Derecho Penal...*, op. cit., p. 206. Aunque no puede descartarse que, en algunos casos, sea un tercero quien lleve a cabo la prestación, actuando, eso sí, como mandatario del infractor. Es decir, siempre que la determinación de llevar a cabo la reparación sea imputable al infractor, la reparación de un tercero no impediría la apreciación de la atenuante. Recuérdese, de hecho, que no son infrecuentes los casos en los que el responsable carece de medios para resarcir a la

Si el sujeto es coaccionado u obligado a pagar una compensación, faltaría la espontaneidad mínima requerida para poder atribuirle esa conducta como obra suya⁴⁷. Si se renunciara a exigir ese mínimo de «valor de acción» de la conducta reparadora, aceptando que prestaciones realizadas por el autor bajo coacciones pueden servir para apreciar la atenuante, ¿habría motivo para negar la rebaja de pena si un tercero hubiese reparado en su lugar sin que el infractor lo supiera o, incluso, en contra de su voluntad⁴⁸? ¿Se admitiría como reparación el pago de una cantidad que el infractor hubiera obtenido mediante la comisión de otro delito? Parece que sería descabellado contestar a estas preguntas afirmativamente, por más que la víctima obtuviera de tal forma una reparación temprana, como tampoco parece coherente aplicar una atenuación cuando el pago es anticipado en virtud de una póliza de seguro, obligatorio o voluntario, en relación a actividades de riesgo (respecto a imprudencias punibles).

Partiendo, por lo tanto, de la necesidad de la concurrencia de un requisito subjetivo mínimo, la cuestión que debe determinarse a continuación es en qué se cifra la voluntariedad a efectos del art. 21.5 CP⁴⁹. Las exigencias para afirmar la presencia de la voluntariedad se suavizarán o reforzarán en función del fundamento que, primordialmente, se asigne a la figura. Si se parte de que la atenuante se funda únicamente en el efecto de la reparación a favor de la víctima, la voluntariedad requerida quedaría relegada a la constatación de la ausencia de coacciones que hayan determinado la prestación reparadora⁵⁰. Partiendo, como aquí se propone, de un fundamento preventivo de la atenuante en clave de satisfacción de las necesidades preventivo generales de reconocimiento de la vigencia de la norma, la reparación debe caracterizarse como *actus contrarius*, es decir, como acto personal de

víctima y recurre a familiares o amigos para poder hacer frente al «resultado» de la reparación, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. «Sobre algunos aspectos de la atenuante...», *op. cit.*, pp. 266-270; POZUELO PÉREZ, L. *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 395; PUENTE SEGURA, L. *Circunstancias eximentes...*, *op. cit.*, p. 411; RUIZ VADILLO, E. «Artículo 21.5», *op. cit.*, p. 794.

⁴⁷ GARRO CARRERA, E. *Reparación del daño e individualización...*, *op. cit.*, p. 316.

⁴⁸ Véase, sin embargo, la STS 13-11-2007 (RJA 8541), que consideró apreciable la atenuante a pesar de que parte de la indemnización fue satisfecha por embargo.

⁴⁹ El importante papel que juega la voluntariedad en el ámbito de la reparación es reconocido, genéricamente, por gran parte de la doctrina española. Véase, por todos, AL-CÁCER GUIRAO, R. «La reparación en Derecho Penal...», *op. cit.*, p. 105 y ss.; CALDERÓN SUSIN, E. *Arrepentimiento espontáneo...*, *op. cit.*; DE VICENTE REMENSAL, J. *El comportamiento postdelictivo*, *op. cit.*, p. 66; SILVA SÁNCHEZ, J.M. «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación», en *RCGPJ*, núm. 45, pp. 197-198.

⁵⁰ POZUELO PÉREZ, L. «Las atenuantes...», *op. cit.*, p. 426.

rectificación del desprecio al bien jurídico lesionado. La exteriorización reparadora como *actus contrarius* a la conducta previa operaría parcialmente como un equivalente funcional de la pena en cuanto a su capacidad de rehabilitar la vigencia de la norma puesta en entredicho a través del delito. ¿Cómo formularíamos entonces las características del elemento subjetivo de la reparación con esta clave? ¿Podría hablarse de un valor de acción que, como propone ALCÁ CER GUIRAO, residiría en la «voluntad de restaurar la vigencia de la norma»⁵¹?

Aunque el antiguo requisito de «obrar por impulsos de arrepentimiento espontáneo» resultaba improcedente en tales términos, operaba como una exigencia de un «valor de acción» que excluía una reparación producto de un mero cálculo de la ventaja a efectos punitivos⁵². Es decir, aunque de forma desacertada, por recurrir a elementos internos de naturaleza cuasi religiosa, la configuración anterior de la reparación atinaba en un aspecto fundamental, a saber, en condicionar la apreciación de la atenuante a supuestos en los que la *conducta* post-delictiva expresara la autorreprobación de la propia conducta delictiva. Con la regulación vigente, desde una perspectiva preventiva, afortunadamente no es necesario indagar sobre el aspecto anímico del fuero interno, pero resulta plausible exigir que la exteriorización de la conducta compensadora pueda ser entendida razonablemente como una rectificación del propio proceder ilícito anterior.

La exigencia de la «voluntad de restaurar la vigencia de la norma», a la que se apela desde la prevención general positiva, podría operar como «valor de acción» en sustitución de aquél ya desfasado «impulso de arrepentimiento». No obstante, semejante formulación, propia del lenguaje técnico de la dogmática, requiere una traducción al lenguaje común. No se trataría de preguntar al acusado sobre su «voluntad de restaurar la vigencia de la norma», sino de atender al significado comunicativo que deriva de la forma de llevar a cabo la reparación. Y lo que debiera comunicar a tal efecto, es la disponibilidad de rectificar mediante actos que visibilicen el reconocimiento del carácter ilícito de su conducta previa, de manera que pueda operar como una forma de reconocer la necesidad de respetar aquellas normas que previamente despreció.

Sin embargo, y al margen de que, de *lege lata*, la redacción del art. 21.5 no permitiría una interpretación reductora del ámbito de apli-

⁵¹ Cfr. ALCÁ CER GUIRAO, R., «La reparación en Derecho Penal...», *op. cit.*, pp. 106 y ss.

⁵² La importancia del valor de acción de la reparación era puesta de relieve por DE VICENTE REMENSAL, J. *El comportamiento postdelictivo*, *op. cit.*, p. 364.

cación del precepto añadiendo requisitos que no se explicitan, tampoco parece que, de *lege ferenda*, dicha exigencia resultase oportuna. Una excesiva enfatización del componente subjetivo de la reparación, hasta el punto de configurarlo como el elemento decisivo que determine la apreciación de la atenuante, conlleva de nuevo el peligro de espiritualizar en exceso el tratamiento penal del comportamiento postdelictivo positivo. Por ello, parece más adecuado limitar el entendimiento de la voluntariedad a la ausencia de coacciones y habilitar otros mecanismos que, sin ser predominantemente subjetivos, puedan salvaguardar una interpretación de la reparación basada en su idoneidad externa como *actus contrarius* de rectificación de la conducta previa. Ese ulterior punto de apoyo estaría constituido, como se contempla en otros ordenamientos, por un requisito relacionado con la realización de un esfuerzo o la asunción de algún sacrificio por parte del infractor, es decir, por una actuación que, desde una perspectiva intersubjetiva, pueda reconocerse como un acto personal de asunción de las consecuencias de la comisión del delito. Sería suficiente que se asuma la necesidad de afrontar la responsabilidad, como consecuencia de un sistema de respeto a las reglas de convivencia, sin ulteriores indagaciones sobre la «adhesión» al contenido material de las normas infringidas, o sobre la «autorreprobación» de su comportamiento anterior.

Si se parte de que la voluntariedad debe quedar limitada a la comprobación de la ausencia de coacciones en la prestación de la reparación, se deduce que no serán necesarios ni el arrepentimiento ni una absoluta espontaneidad en la conducta reparadora del infractor. Así, los motivos que lo impulsen a reparar resultarán indiferentes⁵³. Por ello, la atenuante también debería apreciarse en caso de que terceras personas hayan aconsejado o animado al infractor para que proceda a reparar, siempre que pueda afirmarse que la decisión final de llevar a cabo la prestación compensadora constituye un acto personal del sujeto nacido de una determinación propia⁵⁴.

Evidentemente, esta concepción de la voluntariedad no empaña otro aspecto decisivo, a saber, que la reparación será más valiosa cuanto más espontáneamente se haya producido. Así, en caso de que el infractor, inmediatamente después de cometer el delito y antes de

⁵³ ALCÁ CER GUIRAO, R. «La reparación en Derecho Penal...», *op. cit.*, p. 107; BORJA JIMÉNEZ, E. *Las circunstancias atenuantes...*, *op. cit.* pp. 183, 189-190; HERRERA MORENO, M. *La hora de la víctima...*, *op. cit.*, pp. 288-289; PUENTE SEGURA, L. *Circunstancias eximentes...*, *op. cit.* p. 397.

⁵⁴ GARRO CARRERA, E. *Reparación del daño e individualización...*, *op. cit.*, pp. 316 y ss.

ser descubierto por las autoridades, se dirija a la víctima y la compense por el perjuicio ocasionado, su conducta resultará especialmente expresiva como acto de rectificación de la infracción.

Sin duda, ese valor «máximo» atribuible al comportamiento postdelictivo positivo no podrá predicarse si la determinación de reparar surge una vez que el sujeto haya sido formalmente acusado por la comisión del delito y se halle a la espera del juicio oral. Aunque es cierto que, como señalaban los autores del «Proyecto Alternativo de la Reparación», rara vez puede constatarse una libertad absoluta en la toma de decisiones de las personas, es plausible considerar que la «indemnidad» de la voluntariedad se encuentra íntimamente ligada con el momento en el que se lleve a cabo la reparación. Por lo tanto, una vez que es conocida la intervención del sujeto en el delito, no queda excluida la voluntariedad de la reparación, pero la espontaneidad será, sin duda, menor⁵⁵.

b.2. La realización de un esfuerzo como elemento necesario para la relevancia penal de la reparación

En los anteriores epígrafes se han ido poniendo de relieve los riesgos que entraña una concepción de la atenuante de reparación que atienda preferentemente al resultado de eliminación o disminución del daño económicamente evaluable. Como se ha dicho, la polarización de la relevancia del comportamiento postdelictivo positivo en un «valor de resultado» que se limite a la compensación del daño material que se causó, puede derivar en una especie de «comercio de la determinación de la pena», que sería sólo favorable a los infractores con más medios económicos.

Este y otros problemas provienen de una visión de la reparación que conduce a interpretar la relevancia *penal* del comportamiento postdelictivo positivo en función de criterios *civiles*. Como ya se ha dicho, desde esta perspectiva se negaría la posibilidad de reparación penal en delitos en los que no se hubiesen causado daños civilmente reparable.

Si, por el contrario, se asume la autonomía de la reparación penal con respecto a la responsabilidad civil, y se adopta una interpretación en clave preventiva del comportamiento postdelictivo positivo, será necesario avanzar en ulteriores criterios para afirmar que

⁵⁵ FREUND, G./GARRO CARRERA, E. «Strafrechtliche Wiedergutmachung...», *op. cit.*, p. 87.

una conducta reparadora resulta idónea para restituir la credibilidad en la vigencia de la norma vulnerada. Como ya se ha puesto de relieve, el mero «valor de resultado» de la reparación no resulta suficiente para contrarrestar el daño social derivado del especial desvalor que entraña la conducta delictiva. La idoneidad re-estabilizadora de la reparación se cifra en la significación o cualidad del comportamiento postdelictivo, es decir, en su «valor de acción» en correlación y como contraposición al anterior «desvalor de acción»⁵⁶. En la interpretación que aquí se propone, ese valor de acción de la reparación no descansa en la indagación de un elemento puramente subjetivo como la voluntad de reafirmar la vigencia de la norma, la voluntad de rectificar o el arrepentimiento. Independientemente de que tal componente subjetivo concurra o no, lo decisivo es la comprobación de la concurrencia de un esfuerzo que se impone el autor, o de una carga de prestaciones o de auto-obligaciones que pueda reconocerse intersubjetivamente como tal.

Aunque sea obvio, aclaremos que el esfuerzo al que nos referimos no constituye una exigencia de penitencia o contrición interna. Las prestaciones reparadoras penalmente relevantes deberán constituir, más bien, conductas externas que muestren la activa disponibilidad del infractor para tratar de disminuir el daño que ocasionó⁵⁷, tanto el daño a la víctima, como el daño a la sociedad. El sacrificio asumido puede ser de naturaleza económica o de otra clase. Por ejemplo, puede residir en una importante restricción del tiempo libre del infractor, o en la implicación personal del sujeto en un proceso comunicativo con la víctima, como puede ser a través de un programa de mediación.

En este sentido, debe resaltarse el papel decisivo que puede ostentar la reparación simbólica como medio especialmente expresivo de la disposición del infractor para asumir su responsabilidad. El significado comunicativo «pacificador» que se desprende de la realización de determinadas tareas o de la asunción de algunas cargas alternativas al resarcimiento económico puede ser en ocasiones equivalente o incluso mayor que el de una indemnización dineraria. Sobre todo si estas prestaciones pueden conectarse con la infracción cometida y si denotan la implicación seria, inequívoca y concluyente del infractor por rectificar su anterior conducta.

⁵⁶ Cfr. GARRO CARRERA, E. *Reparación del daño e individualización...*, op. cit., pp. 291 y ss.

⁵⁷ ALCÁCER GUIRAO, R. «La reparación en Derecho Penal...», op. cit., pp. 115 ss; FREUND, G./GARRO CARRERA, E. «Strafrechtliche Wiedergutmachung...», op. cit., pp. 89 y ss.

Como argumento favorable a la admisión de la reparación simbólica debe recordarse que en la heterogeneidad de las conductas delictivas, en la mayoría de los casos la «reparación» del daño —en el sentido de reposición o recuperación del bien jurídico— difícilmente pueda ser alcanzable ni con prestaciones personales, ni con prestaciones económicas. El resarcimiento económico opera en realidad como reparación simbólica en aquellos delitos que afectan a los bienes jurídicos personalísimos de vida, libertad, salud, intimidad, etc. Por lo tanto, en esos casos, ¿por qué no admitir también prestaciones simbólicas de *otra* clase? En delitos contra bienes jurídicos supraindividuales no puede hablarse de «reparación a la víctima», y a menudo tampoco hay lugar a establecer una responsabilidad civil pero, sin embargo, podría considerarse adecuada una reparación —simbólica—, como la disposición de realizar actos que supongan reconocimiento del daño causado y que sirvan para expresar la voluntad del autor de contrarrestar «el mal ejemplo», o la perturbación de la vigencia del respeto al objeto de protección penal afectado.

En todo caso, el componente de «esfuerzo» de la reparación deberá ser valorado de forma flexible y siempre en correlación con las circunstancias del infractor. Si el esfuerzo representa un requisito de la reparación penalmente relevante, se obtiene una instancia de control o garantía respecto de la credibilidad del comportamiento postdelictivo positivo, que será visto como una asunción de responsabilidad por parte del infractor. De este modo, la conducta del sujeto adquirirá un significado que, más allá de sus efectos sobre la cancelación de la responsabilidad civil, incidirá directamente sobre la necesidad de reacción penal.

La exigencia del esfuerzo en la reparación es un aspecto al que la doctrina española ha prestado escasa atención⁵⁸. Por el contrario, en los ordenamientos penales de países de nuestro ámbito próximo, se configura como un elemento necesario para ponderar el valor de la reparación a efectos de individualización de la pena. De las regulaciones más recientes del ámbito germánico interesa resaltar que se ha desplazado el acento de la «reparación del daño entendida como valor de resultado», hacia una concepción más orientada al «valor de acción de la *conducta reparadora*». La exigencia de «esfuerzo personal», «sacrificio», o de «asunción de responsabilidad» unidas a la reparación evocan la preocupación por la credibilidad del comportamiento postdelictivo positivo, y la pretensión de obstruir vías de escape para pres-

⁵⁸ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, R. «La reparación en Derecho Penal...», *op. cit.*, pp. 115 ss; GARRO CARRERA, E., *Reparación del daño e individualización...*, *op. cit.*, pp. 291 y ss.

taciones materiales a las que no pueda reconocerse ninguna relevancia más allá del Derecho civil. Por lo tanto, la tendencia actual en estos ordenamientos jurídicos parece confirmar que la reparación sólo podrá operar como un equivalente funcional de la pena y disminuir, por lo tanto, su necesidad, en caso de que haya supuesto, para el sujeto, la asunción de una carga o la realización de un esfuerzo⁵⁹.

Una de las primeras consecuencias que derivan de esta concepción reside en la relativización de la relevancia del resultado de la reparación. Es decir, la eliminación de la deuda civil en la que eventualmente se incurrió dejará de ser decisiva, siendo este criterio sustituido por la comprobación de la concurrencia del esfuerzo serio y voluntario de eliminar la conmoción causada por el delito. Ello implica, a su vez, que la reparación constituiría una alternativa abierta para todo infractor, y no sólo para aquéllos de alta solvencia económica⁶⁰.

Paralelamente, esta concepción de la reparación cierra las puertas al cinismo: la exigencia de un esfuerzo serio por reparar implica que quien tiene medios económicos para pagar la deuda civil deberá en primer lugar efectuar dicho pago para que su voluntad de reparar sea creíble, lo cual no significa que esa condición necesaria resulte en su caso suficiente para que entre en juego la atenuación⁶¹. El esfuerzo de una prestación simbólica o la petición seria de disculpas, en este caso, deben acompañar al pago, pero no pueden sustituirlo.

Por otra parte, si se asume que la relevancia de la reparación penal reside en su «valor de acción» como *actus contrarius* a la infracción de la norma, y no en la mera «compensación patrimonial» de daños econó-

⁵⁹ La consagración del esfuerzo como requisito de la reparación *penal* es especialmente patente en el § 46 a en el CP alemán. Lo más destacable de este precepto es que conduce a la irrelevancia penal de la reparación material, si no va acompañada por ulteriores componentes como el sacrificio personal, las privaciones o el esfuerzo del infractor, variables que confieren a la conducta postdelictiva positiva del sentido de «rectificación» o de asunción de responsabilidad. En el ordenamiento jurídico austriaco, la valoración del esfuerzo por reparar tiene cabida en la atenuante genérica del § 34.1.15 StGB y, sobre todo, la regulación relativa al principio de oportunidad que contempla la posibilidad de derivar el caso a una respuesta extrapenal (la denominada «*Diversion*» (recogida en su ley procesal penal, § 90a y ss. StPO).

⁶⁰ ALCÁCER GUIRAO, R. «La reparación en Derecho Penal...», *op. cit.*, pp. 114 y ss.; FREUND, G./GARRO CARRERA, E. «Strafrechtliche Wiedergutmachung...», *op. cit.*, pp. 89 y ss.; GARRO CARRERA, E. *Reparación del daño e individualización...*, *op. cit.*, pp. 291 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M. «Sobre la relevancia...», *op. cit.*, pp. 195 y ss.

⁶¹ Véase la STS 8-02-2007, que en un caso de agresión sexual y amenazas consideró que no procedía la atenuante de reparación como muy cualificada porque «no se acredita un esfuerzo especial en la reparación de los graves efectos de los delitos cometidos, ni las cantidades consignadas van más allá de un resarcimiento ordinario de las responsabilidades civiles».

micamente evaluables, la reparación penal puede operar como conducta positiva relevante en cualquier delito. Así, en la medida en que toda conducta delictiva fundamenta su punibilidad en la lesividad social que comporta, independientemente del bien jurídico-penal afectado, deberá reconocerse la operatividad de la reparación penal en delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, así como en delitos de peligro y en tentativas que no alcanzan la producción de daños individualizables. En estos supuestos, la realización de determinadas prestaciones simbólicas podría constituir una adecuada reparación del daño penal aludido⁶².

Aunque se asuma este planteamiento general, la identificación de posibles prestaciones reparadoras que desplieguen el efecto aludido depende de la naturaleza de cada delito. En aquellos configurados sobre una tutela adelantada de *bienes jurídicos individuales* como, por ejemplo, en un delito de omisión del deber de socorro, resulta relativamente sencillo imaginar posibles prestaciones reparadoras de significado penal (por ejemplo, realizar trabajos en un hospital atendiendo a víctimas de accidentes de tráfico)⁶³. Aunque esas prestaciones no supongan una reparación «real» de aquella situación de peligro que padeció la víctima desatendida, resultarían suficientemente clarificadoras del reconocimiento de la importancia del deber de auxilio que establece la norma infringida⁶⁴.

Mayores dificultades presentan las infracciones contra *bienes jurídicos* supraindividuales o institucionales, como los delitos contra la Administración pública o los delitos de falsedad documental, por ejemplo. A través de estos tipos penales se pretende proteger y mantener la funcionalidad de instituciones necesarias para la participación de los individuos en el sis-

⁶² Cfr. ALCÁZER GUIRAO, R. «La reparación en Derecho Penal...», *op. cit.*, pp. 114; FREUND, G./GARRO CARRERA, E. «Strafrechtliche Wiedergutmachung...», *op. cit.*, pp. 90-91; GARRO CARRERA, E. *Reparación del daño e individualización...*, *op. cit.*, pp. 278 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M. «Sobre la relevancia...», *op. cit.*, pp. 197 y ss. Sin embargo, partiendo de la equiparación entre la responsabilidad civil y reparación penal, niega esta posibilidad ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. «Sobre algunos aspectos de la atenuante...», *op. cit.*, p. 255.

⁶³ LAUE, C. *Symbolische Wiedergutmachung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, pp. 86-88.

⁶⁴ La posibilidad de recurrir a la reparación simbólica como modalidad válida de comportamiento postdelictivo positivo ha sido puesta de relieve frecuentemente en el ámbito germánico, a menudo en relación con delitos contra la generalidad en los que puede individualizarse alguna persona afectada. Véase, BRAUNS, U. *Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter. Ein Beitrag zur Neubewertung eines Strafzumessungsfaktors de lege lata und de lege ferenda*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 317; LAUE, C. *Symbolische Wiedergutmachung*, *op. cit.*, p. 88; RÖSSNER, D./BANNENBERG, B. «Das Prinzip des Täter-Opfer-Ausgleichs im allgemeinen Strafrecht. Leitfaden für die Praxis», en HERING; RÖSSNER (Hrsg.) *Täter-Opfer-Ausgleich im allgemeinen Strafrecht*, Forum, Bonn, 1993, p. 34.

tema de organización social (institucional, económico, jurídico), bienes jurídicos cuya afectación es más difícil de medir y de relacionar con efectos o daños de carácter material⁶⁵. Aunque no sea fácil imaginar una prestación reparadora que tenga relación directa con el daño causado, no pueden excluirse ofertas de reparación simbólica susceptibles de una valoración positiva en comparación con la mera pasividad. Como propone LAUE, dicha conducta podría plasmarse en la realización de trabajos en beneficio de las instituciones afectadas, o simplemente en beneficio de la generalidad⁶⁶.

III. Reflexión final

Es evidente que la formulación de los preceptos condiciona de forma decisiva la aplicación práctica que de ellos hacen los jueces y tribunales. La atenuante de reparación del art. 21.5 CP, diseñada por un legislador que parecía priorizar el destierro definitivo del requisito de arrepentimiento espontáneo, terminó incorporándose al Código con una redacción que contrasta notablemente con las opciones político-criminales por las que se han decantado países de nuestro entorno a los que habitualmente dirigimos la mirada cuando se trata de encontrar modelos solventes de derecho comparado. En la configuración actual de la atenuante, y según una interpretación gramatical, no queda automáticamente bloqueada la mitigación de pena conforme a un entendimiento de la reparación penal anclada sobre una menor necesidad de castigar a aquellos infractores que desplieguen una conducta de naturaleza revocatoria respecto al delito, si bien la jurisprudencia resulta un tanto errática y no siempre aplica la rebaja si la conducta exteriorizada no se ha plasmado en una disminución del daño material o moral causado a la víctima. Pero el problema fundamental es, sin duda, que, al no haberse introducido ninguna referencia al esfuerzo como elemento nuclear de la reparación penal, resulta difícil excluir la rebaja de pena ante determinados supuestos en los que no se constata valor de acción alguno. Con ello, al menos mientras se mantenga la actual redacción del precepto, se estarían reconociendo consecuencias jurídicas a situaciones en las que a menudo falta el presupuesto, el requisito clave que dota de sentido y coherencia al desenlace.

⁶⁵ Cfr. LAUE, C. *Symbolische Wiedergutmachung*, op. cit., pp. 89-92. Aunque detrás de esos delitos se constata la eventual afectación de derechos o expectativas jurídicas de personas concretas, que en realidad se sitúan de forma implícita en el *ratio* de la norma.

⁶⁶ LAUE, C. *Symbolische Wiedergutmachung*, op. cit., p. 96; véase también GARRO CARRERA, E., *Reparación del daño e individualización...*, op. cit., pp. 38 y ss.

IV. Bibliografía

- ALCÁCER GUIRAO, R. «La reparación en Derecho Penal y la atenuante del artículo 23.5.º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», en *RCGPJ*, núm. 63, 2001, pp. 71-119.
- ALONSO FERNÁNDEZ, J.A. *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño. Interpretación jurisprudencial y doctrinal de las circunstancias del artículo 21.4 y 21.5 del Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1999.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. «Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21.5.º Código penal)», en *CPC*, núm. 61, 1997, pp. 241-277.
- AMELUNG, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1972.
- ARIAS EIBE, M.J. *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 2007.
- BORJA JIMÉNEZ, E. *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- BRAUNS, U. *Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter. Ein Beitrag zur Neubewertung eines Strafzumessungsfaktors de lege lata und de lege ferenda*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- CALDERÓN SUSIN, E. *Arrepentimiento espontáneo. Estudio del artículo 9-9.º del Código Penal*, Edersa, Madrid, 1990.
- DE SOLA DUEÑAS, A. «Lo subjetivo y lo objetivo en la circunstancia atenuante del arrepentimiento», en *ADPCP*, 1971, pp. 417-436.
- DE VICENTE REMENSAL, J. *El comportamiento postdelictivo*, Universidad de León, León, 1985.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, Bdef, Montevideo, Buenos Aires, 2007.
- FREUND, G. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Springer, Berlin, 1998.
- FREUND, G./GARRO CARRERA, E. «Strafrechtliche Wiedergutmachung und ihr Verhältnis zum zivilrechtlichen Schadensersatz. Zu den gemeinsamen materiellen Grundlagen eines Europäischen Strafrechtssystems», *ZStW*, pp. 76-100.
- GARCÍA PÉREZ, O. *La Punibilidad en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- GARRO CARRERA, E. «La atenuante de reparación del daño», en GARRO CARRERA/ASUA BATARRITA, *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria (a propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo penal n.º 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 19-77.
- GARRO CARRERA, E. *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española (art. 21.5 del Código Penal)*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2005.

- GIL MERINO, A. «Las circunstancias atenuantes y agravantes en el Código Penal de 1995», en *CDJ*, núm. XXVII, 1996, pp. 155-215.
- GIMENO SENDRA, V./ DÍAZ MARTÍNEZ, M. en GIMENO SENDRA (editor), *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2004.
- GRACIA MARTÍN, L. «El sistema de las consecuencias jurídicas del delito», en GRACIA MARTÍN (coord.) *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- HERRERA MORENO, M. *La hora de la víctima. Compendio de victimología*, Edersa, Madrid, 1996.
- HÖRNLE, T. *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.
- LARRAURI PIJOAN, E. «La reparación», en CID MOLINÉ; LARRAURI PIJOAN (coords.) *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 169-195.
- LAUE, C., *Symbolische Wiedergutmachung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. «Justicia reparadora, mediación y sistema penal: Diferentes estrategias, ¿los mismos objetivos?», en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 465-497.
- MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte general*, 6.ª edición revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MUÑOZ CUESTA, J. «Reparación del daño causado: ¿puede aplicarse la atenuante cuando la reparación se hace una vez iniciado el juicio oral? Comentario a la STS, Sala 2.ª, de 2 de diciembre de 2003», en *Aranzadi. Repertorio de jurisprudencia. Revista de actualización*, abril 2004, n.º 1, pp. 11-15.
- MUÑOZ CUESTA, J. «Reparación o disminución del daño causado», en MUÑOZ CUESTA (coord.) *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 137-147.
- OTTO, H. *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2004.
- PANTALEÓN PRIETO, F. «Artículo 1902», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN; BERCOVITZ; SALVADOR CODERCH (dirs.) *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.
- POZUELO PÉREZ, L., «Las atenuantes 21.4.ª y 21.5.ª del actual Código penal», en *CPC*, núm. 65, Edersa, Madrid, 1998, pp. 403-434.
- POZUELO PÉREZ, L. *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- PRITTWITZ, C. «La resurrección de la víctima en la teoría penal», *Iustel Revista General de Derecho penal*, 4, 2005.
- PUNTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Colex, Madrid, 1997.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Comentarios al Código penal*, 2.ª edición renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por Enrique Gimbernat Ordeig, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.

- QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Curso de Derecho penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- RÖSSNER, D./ BANNENBERG, B. «Das Prinzip des Täter-Opfer-Ausgleichs im allgemeinen Strafrecht. Leitfaden für die Praxis», en HERING; RÖSSNER (Hrsg.) *Täter-Opfer-Ausgleich im allgemeinen Strafrecht*, Forum, Bonn, 1993, pp. 25-38.
- RUIZ VADILLO, E. «Artículo 21.5», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. *Código penal. Doctrina y jurisprudencia, tomo I. Derechos fundamentales, artículos 1 a 137*, Trivium, Madrid, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. «Introducción. Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito», en WOLTER, J./FREUND, G. (eds) *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2004, pp. 15-29.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación», en *RCGPJ*, núm. 45, pp. 183-202.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.

Problemática de la ejecución de las penas del artículo 48 del Código Penal

Borja Vigo Cubilledo

Letrado del Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia

Sumario: I. Reforma del artículo 57.2 del Código Penal. Establecimiento del carácter imperativo de las prohibiciones del artículo 48.2 del Código Penal. 1. 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. 2. Pronunciamientos judiciales que avalan el carácter imperativo del artículo 57.2 del Código Penal. 3. Cumplimiento simultáneo de las penas. 4. Constitucionalidad del artículo 57 del Código Penal. II. Las penas del artículo 48 del Código Penal. 1. Elenco de prohibiciones contenidas en el artículo 48 del Código Penal. a. Prohibición de residir o acudir a determinados lugares (art. 48.1 CP). b. Prohibición de aproximarse a determinadas personas y lugares (art. 48.2 CP). c. Prohibición de comunicar con determinadas personas (art. 48.3 CP). 2. Reformas que afectan al contenido y alcance del artículo 48 del Código Penal. a. 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. b. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 3. Suspensión del régimen de visitas. 4. Control de medidas a través de medios electrónicos. a. Utilidad de los dispositivos, regulación legal y legitimidad. b. Inutilización o perturbación del funcionamiento normal de los dispositivos técnicos. 5. Cifras de la incidencia práctica de las distintas penas. a. Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos (art. 48.1 CP). b. Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal (art. 48.2 CP). c. Prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal (art. 48.3 CP). III. Relación entre el carácter imperativo de las penas del artículo 48 del Código Penal y el delito de quebrantamiento de condena. 1. Evolución legislativa del delito de quebrantamiento tipificado en el artículo 468

del Código Penal. a. 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. b. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. c. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 2. Quebrantamientos violentos frente a quebrantamientos pacíficos. 3. Consentimiento de la víctima y delito de quebrantamiento. a. No excluye la punibilidad. b. Consecuencias jurídicas para la víctima que consiente. c. Posible concurrencia de circunstancias modificativa. IV. Problemática derivada del carácter imperativo de la imposición de las penas del artículo 48 del Código Penal. 1. Establecimiento motivado acorde a las circunstancias concretas del caso. Criterios de graduación y deber de proporcionalidad. 2. Casuística. 3. Alternativas posibles. Mediación, medidas de seguridad, suspensión de ejecución de penas e indulto. V. Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo se inicia con un análisis de las reformas que recientemente, y en materia de violencia de género y/o doméstica, han sufrido los artículos 57 y 48 del Código Penal. Se estudia el contenido de las concretas prohibiciones establecidas en el artículo 48 del texto y, en particular, se cuestiona el carácter imperativo de su imposición como penas accesorias en estas materias. Posteriormente, se centra el análisis en la posible relación entre el aumento de los delitos de quebrantamiento de condena, en los que media el consentimiento de la víctima, y la imposición preceptiva de esas penas accesorias. Se finaliza el trabajo haciendo referencia a supuestos reales en los que surge la problemática analizada, así como a posibles alternativas propuestas por la doctrina para tratar de solventarla o mitigarla.

Palabras clave: Penas accesorias, penas privativas de derechos, prohibición de residir, prohibición de aproximarse, prohibición de comunicar, delito de quebrantamiento de condena, consentimiento de la víctima, violencia de género y doméstica.

I. Reforma del artículo 57.2 del Código Penal. Establecimiento del carácter imperativo de las prohibiciones del artículo 48.2 del Código Penal

1. *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*

Con la entrada en vigor el día 1 de octubre de 2004 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicada en el BOE el día 26 de noviembre de 2003, se produjo la modificación del apartado segundo del artículo 57 del Código Penal, la que constituye una de las más cuestionadas reformas del texto y que, por sus efectos e indudable trascendencia social, ha dado lugar a la elaboración de este trabajo.

Desde ese momento, se estableció el carácter imperativo de la pena accesoria de prohibición de aproximación, regulada en el artículo 48.2 del Código Penal para los supuestos de condena por los delitos enunciados en el apartado primero del artículo 57 del mismo texto, siempre y cuando los mismos se hubieran cometido:

«[...] contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados [...]» (art. 57.2 CP).

En consecuencia, siempre que alguna de las anteriores personas hubiera sido víctima de uno o varios de los delitos enunciados en el apartado primero del mismo artículo por imperativo legal, se deberá imponer al condenado la prohibición de aproximarse y acercarse al perjudicado y/o a sus familiares y/o a los terceros que judicialmente se determine. Y los delitos en cuestión son los de:

«[...] homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico [...]» (art. 57.1 CP).

Gran parte de la doctrina¹ considera que la reforma perseguía un doble objetivo, en primer lugar, asegurar la imposición de una pena accesoria en defensa y protección de las víctimas, pena hasta entonces potestativa y que, en realidad, no se venía aplicando y, en segundo lugar, evitar que su imposición dependiera de que fuera solicitada, o no, por quién viniera ejercitando la acusación particular o pública (principio acusatorio).

2. *Pronunciamientos judiciales que avalan el carácter imperativo del artículo 57.2 del Código Penal*

Como hemos analizado, el carácter preceptivo del artículo 57.2 del Código Penal obliga a que, independientemente de las concretas peticiones que en ejercicio de la acción penal pudieran interesar las acusaciones personadas en el procedimiento, al condenado por haber cometido alguno de los delitos enunciados frente a alguno de los sujetos igualmente referidos se le impondrán, por imperativo legal, las penas contenidas en el artículo 48.2 del Código Penal.

En este sentido, es de destacar que, en el supuesto de que su imposición no fuera solicitada por ninguna de las partes, el órgano de enjuiciamiento se verá en la obligación de imponerlas, hasta el punto que, incluso en el supuesto de que se hubiera omitido ese preceptivo pronunciamiento en la sentencia, se podría considerar un mero error material susceptible de ser subsanado con posterioridad.

Ya en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007² se determinó que se trata de una pena imperativa e inoslayable, de preceptiva imposición por los jueces y Tribunales pese a no haber sido solicitada por ninguna de las partes acusadoras, pronunciamiento idéntico al alcanzado por el Alto Tribunal en posteriores resoluciones³.

¹ CUETO MORENO, C. *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 68-69.

² Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda, adoptado en su reunión del día 27.11.07. — «Imposición de pena prevista en la ley y omitida por la acusación. ACUERDO: El anterior Acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena»..

³ Sentencia del Tribunal Supremo: STS 819/2010, de 21 de septiembre.

En todo caso, y pese a que en ocasiones en la práctica diaria pueda pasar desapercibido, no podemos dejar de llamar la atención sobre el carácter no preceptivo, esto es, potestativo, de la prohibición contenida en el artículo 48.3 del Código Penal, la de comunicación, a la que no hace expresa remisión el artículo 57.2 del texto.

La imposición de esta pena, a diferencia de la de las contenidas en el artículo 48.2 del Código Penal, sí que deberá ser expresamente solicitada por el Ministerio Fiscal y/o la Acusación Particular, ya que su imposición por el órgano de enjuiciamiento, está sometida al principio acusatorio. Pero es más, su imposición, a diferencia de la de las anteriores que lo son por imperativo legal en los supuestos estudiados, está sujeta a la apreciación por el juez de la concurrencia de los criterios contenidos en el artículo 57.1 del Código Penal. En concreto, y para los delitos enumerados en ese apartado primero, se podrá acordar, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente.

3. *Cumplimiento simultáneo de las penas*

Si bien hasta la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, existía cierto debate respecto de si el cumplimiento de las penas de alejamiento del artículo 48.2 del Código Penal debía resultar simultáneo o, en su caso, sucesivo, al de las penas privativas de libertad, la cuestión quedó legislativamente zanjada con el nuevo contenido del segundo párrafo del artículo 57.1 del Código Penal. Literalmente se dice que:

«No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea».

Autores como CUETO MORENO⁴ consideran que la reforma, además de clarificar la cuestión, resulta acertada ya que posibilita que se puedan sancionar los quebrantamientos que hayan podido tener lugar mientras el penado se encuentra privado de libertad en el Centro Penitenciario. Se trataría de los supuestos en los que éste comunica postal o telefónicamente con la víctima o en los que precisamente es ésta la que acude al Centro.

⁴ CUETO MORENO, C., *op. cit.*, pp. 70-71.

A este respecto, y en un sentido similar, resultan interesantes las conclusiones obtenidas en el Seminario de Fiscales Delegados de Violencia sobre la Mujer, contenidas en la Memoria 2008 de la FGE⁵, a cuyo tenor, en los supuestos de conductas graves, no resultará suficiente solicitar la medida de prisión de forma exclusiva ya que, en ocasiones, pese al ingreso cautelar del presunto, se habían llevado a cabo comunicaciones vis a vis entre agresor y víctima. Por ello se acuerda que, cuando la FGE solicite el ingreso cautelar en prisión, también solicite la prohibición de comunicación para evitar estos encuentros entre agresor y víctima. En el epígrafe f) del ordinal primero de las cuestiones planteadas en torno a la ejecución de las penas se dice que:

«f) La realidad nos ha demostrado que no resulta suficiente, en aras a la protección de la víctima, solicitar, en los casos en que se hayan cometido conductas graves por el agresor, la medida cautelar de prisión, de forma exclusiva, pues, como ha sucedido en provincias como Alicante y Albacete, pese a estar ingresado el agresor en centro penitenciario tras haberse dictado mandamiento de prisión, se habían llevado a cabo comunicaciones «vis a vis» entre agresor y víctima. Por lo que se acuerda que cuando el Fiscal solicite la medida cautelar de prisión, solicite asimismo la prohibición de comunicación, para evitar estos encuentros entre agresor y víctima»

El mismo Tribunal Supremo se ha venido pronunciado reiteradamente en este sentido⁶ y, de manera especialmente ilustrativa, al resolver un recurso de casación⁷ interpuesto frente a una sentencia que había condenado al recurrente como autor responsable de un delito de homicidio, a la pena de prisión, con la medida de prohibición de aproximación a su esposa e hijos, por tiempo de diez años, período que se computaría una vez haya cumplido la pena de privación de libertad. Estima la alegación relativa a la infracción del artículo 57 del Código Penal ya que dicho precepto, como hemos analizado, establece que, en los supuestos de condenas de prisión, la pena de prisión y las prohibiciones contempladas en el mismo, se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea con la pena de prisión.

En el Fundamento de Derecho Único de la segunda sentencia dictada tras la de casación, se dispone que:

«**UNICO.** —Conforme a lo razonado en la fundamentación jurídica de la sentencia de casación, procede, en aplicación de lo dispuesto en

⁵ Memoria 2008 de la Fiscalía General del Estado, pp. 504-505.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo: STS 886/2010, de 20 de octubre.

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo: STS 799/2013, de 5 de noviembre.

el art. 57.1, párrafo segundo, del C. P. 95, modificar el fallo de la sentencia recurrida, en el sentido de que la prohibición de aproximación impuesta al condenado se cumplirá simultáneamente con la pena privativa de libertad que se le impuso en la sentencia recurrida».

4. *Constitucionalidad del artículo 57 del Código Penal*

La entrada en vigor del precepto no tardó en provocar la polémica, a nuestro juicio comprensible, al respecto de la preceptividad de la imposición de la pena accesoria de alejamiento en los delitos de violencia de género y doméstica. En concreto, por cuanto la obligatoriedad de la imposición de la pena podía suponer una vulneración de los derechos a la libertad, a la dignidad y a la libre autonomía de la voluntad de las víctimas.

Y, en respuesta al automatismo de la reforma, fueron varias las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional,⁸ en las que se cuestionaba si los poderes públicos pueden separar a cónyuges y convivientes contra su voluntad, basándose en una necesidad de proteger a estas personas frente a un riesgo de reiteración delictiva que no es advertido por ellas mismas.

De especial interés resulta el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional, número 60/2010, de 7 de octubre⁹, que zanja definitivamente, al menos a nivel estatal, la polémica existente al respecto de la preceptividad de la imposición de la pena accesoria de alejamiento.

Son múltiples los estudios doctrinales¹⁰, así como los pronunciamientos judiciales¹¹, que, con posterioridad a su dictado, se han dedicado a analizar su contenido, su alcance y, en especial, a desgranar el examen de constitucionalidad que se realiza en la sentencia.

A modo de resumen, podemos señalar que el Tribunal Constitucional concluye disponiendo que no concurren ninguna de las cuatro principales objeciones que la Audiencia Provincial de Las Palmas planteó a la constitucionalidad del precepto, a través de la cuestión de inconstitucionalidad número 8821-2005.

⁸ Auto número 136/2005, de 29 de junio del Juzgado de lo Penal Número 20 de Madrid, Auto número 167/2005, de 25 de mayo, de la Audiencia Provincial de Valladolid y Auto de 23 de noviembre de 2005 de la Audiencia Provincial de Las Palmas, por el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad número 8821-2005.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional: STC 60/2010, de 7 de octubre.

¹⁰ SAMPEDRO HERREROS, P. *Constitucionalidad de la pena accesoria del artículo 57.2 del Código Penal*, Uned, Tortosa, 2018, pp. 5-12.

¹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección primera): SAPAlicante 253/2011, de 27 de abril.

No se vulnera el artículo 25 de la Constitución, que proscribe cualquier tipo de responsabilidad penal por actos ajenos a su autor, es decir, el principio de personalidad de las penas, porque la pena accesoria restringe directamente el derecho del condenado y sólo de manera colateral o indirecta se proyecta sobre la víctima. Y esa extensión subjetiva al perjudicado, no es consecuencia directa de la pena ni del ejercicio del *ius puniendi* del Estado sobre él, sino una consecuencia inherente a la sanción sobre el condenado.

No se vulnera el artículo 24 de la Constitución, por indefensión de la víctima, a la que no se le concede audiencia antes de adoptarse una pena que va a proyectar efectos sobre ella misma, y que tampoco puede influir en su adopción, por cuanto que se le posibilita ser parte en el procedimiento. Entiende el Tribunal Constitucional que la pretendida vulneración, de estimarse, también acontecería en el supuesto de las penas de imposición potestativa por el juzgador.

Tampoco se vulnera el artículo 25.1 de la Constitución en relación al artículo 9.3 del mismo texto, por imposición de una pena desproporcionada, cuestión ésta que constituye el elemento nuclear del debate. Y, se entiende que se respeta ese principio de proporcionalidad, por cuanto que cuando se trata de aplicar una norma que contempla la privación o restricción de un derecho, en este caso la prohibición de aproximación, la desproporción afectaría en todo caso al tratamiento del derecho afectado, esto es, a su graduación. Y para el ejercicio de ese deber de determinación y adecuación de la pena, esto es, para poder fijar de manera proporcionada la extensión de la prohibición de aproximación, el órgano de enjuiciamiento cuenta con unos claros criterios establecidos al efecto. En primer lugar, los motivos de gravedad del hecho y peligrosidad del sujeto señalados en el propio artículo 57.1 del Código Penal, en segundo lugar, la integración con otros preceptos que permiten adecuar la respuesta penal al supuesto enjuiciado (artículo 153.4 del CP que posibilita la imposición de la pena inferior en grado) y, en tercer y último lugar, la concurrencia de atenuantes.

Esa debida graduación, conforme al principio de proporcionalidad, impide que se pueda considerar vulnerado en modo alguno el derecho a la libertad de elegir residencia y circular libremente por el territorio nacional reconocido en el artículo 19 de la Constitución.

Finalmente, tampoco se considera vulnerado el artículo 18 de la Constitución, ya que el derecho a la intimidad familiar reconocido en ese artículo, atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de injerencias de terceros y de publicidad, algo que en modo alguno acontece con ocasión de la imposición de la pena de prohibición de aproximación.

A nivel europeo, la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia Europeo, de 15 de septiembre de 2011¹², dictada en relación a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de Tarragona (cuestiones acumuladas C 483/09 y C 1/10), ratifica el criterio del Tribunal Supremo y avala la posibilidad de adoptar la medida de prohibición de aproximación aún en contra de la voluntad de la víctima. Son muchos los estudios doctrinales que se han dedicado a su análisis y valoración¹³, al igual que aconteciera con los pronunciamientos del Alto Tribunal sobre las cuestiones de inconstitucionalidad, centrándose el objeto del debate en la posible infracción de la Decisión Marco de 2001.

La vulneración predicada consistía en la ya consabida imposición de penas de alejamiento de duración mínima en contra de la voluntad de la víctima, al resultar preceptivo en el Estado miembro en virtud de su propia normativa interna. Y, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concluyó en sus puntos 62 y 63 que no se producía tal infracción, ya que el artículo 3 de la Decisión Marco no se opone a que el legislador nacional, particularmente en los supuestos en que han de tenerse en cuenta otros intereses además de los propios de la víctima, establezca penas preceptivas con una duración mínima. Y, además, en lo que respecta al artículo 8 de la Decisión Marco de 2001, precisamente de su apartado primero, se depende que tiene por objeto garantizar un nivel adecuado de protección a las víctimas.

II. Las penas del artículo 48 del Código Penal

1. *Elenco de prohibiciones contenidas en el artículo 48 del Código Penal*

En el artículo 48 del Código Penal se regulan varias penas que coinciden en su finalidad de prevención especial negativa¹⁴. Lo que con ellas se pretende es evitar el riesgo de reiteración delictiva del mismo condenado sobre la misma víctima, disponiéndose para ello la prohibición de residir en determinados lugares, de acudir a éstos, de aproximarse a la víctima y de comunicar con ella.

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: STJUE 2011/265, de 15 de septiembre.

¹³ FERNÁNDEZ LOPEZ, M.A. *La mediación en procesos por violencia de género*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 360-361.

¹⁴ SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. «Artículo 48», en GOMEZ TOMILLO, M. (coord.): *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo I*, Aranzadi, Pamplona 2015, pp. 553-554.

Y es que, en realidad, pese a que las prohibiciones del artículo 48 del Código Penal se encuentran descritas como penas en el catálogo general de penas del artículo 33 del texto (Sección 1.ª «De las penas y sus clases»), lo cierto es que no se emplean como tal, sino que aparecen bajo el epígrafe de penas accesorias (Sección 5.ª «De las penas accesorias» (arts. 54 a 57 del Código Penal)¹⁵.

a. PROHIBICIÓN DE RESIDIR O ACUDIR A DETERMINADOS LUGARES (ART. 48.1 DEL CÓDIGO PENAL)

Las penas del artículo 48.1 del Código Penal implican la prohibición para el condenado de residir o acudir a ciertos lugares por tratarse de aquél en el que se cometió el hecho delictivo o, en su caso, de ser distintos, por ser el lugar de residencia de la víctima o de sus familiares. El objetivo que se persigue es que la víctima y su entorno familiar no coincidan con el penado en aquellos lugares en los que habitualmente despliegan su actividad diaria¹⁶.

En realidad, se trata de dos prohibiciones diferentes entre sí, que comparten el carácter locativo, a diferencia del resto de prohibiciones del artículo 48 del Código Penal, que son de naturaleza personal pero que, como decimos, son distintas.

De acordarse la privación del derecho a residir, se impide al penado fijar su domicilio, bien sea el habitual o el vacacional, en el lugar en el que lo tenga la víctima. Por su parte, de acordarse la privación del derecho a acudir a un determinado lugar, es obvio que también se está impidiendo al condenado residir en aquél, es decir, esta segunda prohibición abarca también la primera.

En definitiva, se trata de penas de contenido distinto, resultando aconsejable, en aras a la menor afectación de la libertad del penado, que sólo se acuerde la prohibición de residir si el domicilio de ambos coincide, resultando suficiente, en caso contrario, la imposición a éste de la prohibición de acudir al lugar de residencia de la víctima o de sus familiares.

¹⁵ VALEIJE ÁLVAREZ, I. «Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del CP». *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVI, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 2006., pp. 321-353.

¹⁶ SOUTO GARCÍA, E.M. «La pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos», en FARALDO CABANA, P. y PUENTE ABA, L. (coords.): *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad.*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 273-293.

b. PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE A DETERMINADAS PERSONAS Y LUGARES (ART. 48.2 DEL CÓDIGO PENAL)

En el artículo 48.2 del Código Penal se contiene la prohibición de aproximarse a la víctima, a sus familiares, o a las personas que judicialmente se determine.

Esa prohibición impide al penado, según el propio tenor literal del artículo, acercarse a estas personas en cualquier lugar en el que se encuentren, aproximarse a su domicilio o a su lugar de trabajo, así como a los lugares que habitualmente frecuentan. A continuación, se alude en el precepto a la suspensión con respecto a los hijos del régimen de visitas, comunicación y estancia, cuestión ésta que será abordada posteriormente de manera independiente en un apartado exclusivo.

Si bien la pena, conforme a su ubicación en el apartado g) del artículo 39 del Código Penal, debe ser considerada privativa de derechos, la realidad es que más bien se trata de una pena restrictiva de derechos¹⁷ y, en concreto, del derecho a la libre circulación por el territorio nacional (artículo 19 de la Constitución) y del derecho a la libertad ambulatoria (artículos 1.1 y 17 de la Constitución) y del derecho a la intimidad familiar y personal (artículo 18 de la Constitución), toda vez que afecta al libre desarrollo de la personalidad. A este respecto, debemos recordar las referencias efectuadas en el primer epígrafe de este trabajo a las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en torno, precisamente, a la posible afectación, rechazada por el Tribunal Constitucional, de estos concretos derechos.

c. PROHIBICIÓN DE COMUNICAR CON DETERMINADAS PERSONAS (ART. 48.3 DEL CÓDIGO PENAL)

Por su parte, en el artículo 48.3 del Código Penal, se recoge la prohibición de comunicarse con la víctima o con quien se determine judicialmente, pena que impide al condenado establecer con quién se trate contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio. La diferencia con las penas previstas en los anteriores ordinales, radica en que, si bien aquellas suponen, como hemos estudiado, una restricción del derecho a la libertad ambulatoria, no una privación propiamente dicha,

¹⁷ FARALDO CABANA, P. «La pena de prohibición de aproximación a la víctima u otras personas», en FARALDO CABANA, P. y PUENTE ABA, L. (coords.): *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad.*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 295-319.

ésta restringe un tipo de libertad diferente¹⁸, el de la libertad de relacionarse con los demás como faceta del libre desarrollo de la personalidad, así como, en menor medida, parte de la libertad de expresión.

2. *Reformas que afectan al contenido y alcance del artículo 48 del Código Penal*

- a. 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

La duración máxima de las penas accesorias hasta la reforma operada en el año 2003 era de cinco años, límite temporal que, con la entrada en vigor de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se amplió notablemente, al igual que el del resto de penas, que sufrieron un patente endurecimiento general¹⁹, ampliándose hasta los diez años para los supuestos de delitos graves y hasta los cinco, para los menos graves. Así se articuló, mediante la modificación del artículo 57.2 del Código Penal en relación con las previsiones contenidas en los artículos 33 y 40.3 del mismo texto.

En otro orden de cosas, con la reforma se llevaron a cabo determinadas precisiones en lo que al contenido de las concretas penas se refiere, las cuales ya han sido consideradas en el epígrafe precedente al analizar el contenido de las prohibiciones del artículo 48 del Código Penal. En relación a las contenidas en el apartado primero del artículo (art. 48.1 CP), se sustituyó el verbo «volver» por el de «residir o acudir» al lugar de comisión del hecho o, de residencia de la víctima o su familia, de ser diferente.

Respecto al apartado segundo (art. 48.2 CP), se incluye la prohibición de aproximarse a los lugares que sean frecuentados por la víctima o sus familiares, algo que en la práctica resulta harto difícil de establecer y concretar, y, finalmente, se introduce la novedad de poderse suspender, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiera reconocido en sentencia civil. Esta posible suspensión, novedad introducida por la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, al igual que la también operada e in-

¹⁸ RODRIGUEZ MORO, L. «La pena de prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas», en FARALDO CABANA, P. y PUENTE ABA, L. (coords.): *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 322-343.

¹⁹ CUETO MORENO, C., *op. cit.*, pp. 65-67.

roducida en el apartado cuarto del mismo artículo (art. 48.4 CP), relativa a la posibilidad de controlar la efectividad de las medidas mediante el uso de medios electrónicos, serán, a continuación, objeto de estudio detallado e individualizado.

- b. LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

A tenor de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se suprime la referencia que en el artículo 48.1 del Código Penal se realizaba de las faltas, que han sido eliminadas del ordenamiento jurídico y, asimismo, se completa su contenido con el siguiente texto:

«En los casos en que exista declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presentes los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida»

En realidad, el Proyecto se limitaba a suprimir la mención de las faltas, pero durante la tramitación en el Congreso de los Diputados, se añadió el complemento del artículo por dos enmiendas del Grupo Mixto, dando lugar al texto actual.

La previsión especial introducida en el precepto resulta acertada²⁰, pero no se puede decir lo mismo del rigor técnico-jurídico empleado, ya que se denomina «medida» lo que a tenor del propio Código Penal constituye una pena privativa de derechos. Lo que con ella se pretende, es mitigar el rigor de la prohibición en los supuestos en los que el condenado tenga declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, discapacidad definida en el artículo 25 del Código Penal.

Fundamentalmente, lo que se pretende es tratar de dar solución, en la medida de lo posible, a los problemas de cumplimiento que surgen sobre todo en los supuestos de maltrato familiar (violencia doméstica) en los que la imposición imperativa de la pena tiene el efecto negativo de privar al discapacitado condenado de los cuidados y del afecto del familiar que le atiende y que, en muchas ocasiones, se convierte en su víctima²¹.

²⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *Comentarios al Código Penal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 239-240.

²¹ SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *op. cit.*, pp. 555-556.

Como crítica, además del error gramatical referido, hay que tomar en consideración, que la previsión únicamente está referida a la privación del derecho a residir, no al de aproximarse a determinados lugares y/o personas.

Además se trata de una previsión muy vaga, ya que, si bien se requiere un estudio del caso concreto, la imposición de la pena sigue resultando imperativa, por lo que el órgano de enjuiciamiento sólo podrá limitarse a ponderar y graduar su duración y, en su caso, a requerir a los servicios sociales para que se aseguren que la persona discapacitada reciba adecuadamente la asistencia que precisa.

En este sentido, resulta ilustrativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 22-01-09²², en la que se analiza el supuesto de una madre, discapacitada, que dio una torta a su hijo y, condenada por ello, se le impuso la pena accesoria de prohibición de aproximación. En la resolución, además de efectuarse un pormenorizado análisis del derecho de corrección en su consideración, como eximente completa del artículo 20.7 del Código Penal, con varias referencias a sentencias de la Audiencia Provincial de Bizkaia, se aborda con profundidad la problemática objeto del presente estudio. Finalmente, se plantea como posible solución a la preceptiva imposición de la prohibición de aproximación la petición, por parte del propio Tribunal, de la concesión de indulto en virtud del artículo 4.3 del Código Penal.

3. *Suspensión del régimen de visitas*

Con la reforma operada mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, se adiciona una segunda parte al artículo 48.2 del Código Penal, en la cual se establece la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia que respecto de los hijos se hubiera establecido en sentencia civil hasta tanto en cuanto no se cumpla íntegramente la pena prohibitiva de aproximación que hubiese sido impuesta.

Como hemos visto que ocurre con otros preceptos, la previsión carece de matices, por lo que de una mera lectura de la misma pudiera considerarse que la suspensión resulta preceptiva, algo que resultaría contrario a la propia Exposición de Motivos de la LO 15/2003 que apunta a la posible suspensión ²³

²² Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección segunda): SAPJaén 10/2009, de 22 de enero.

²³ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, pp. 240-241.

Parte de la doctrina se muestra partidaria de la imperativa suspensión del régimen de visitas al considerar que, de lo contrario, los menores seguirán expuestos a la violencia del condenado, circunstancia que, conocida de antemano por la víctima, le impedirá denunciar²⁴

Así se considera que los menores son siempre víctimas, cuando menos de violencia psicológica, por lo que deviene necesario el distanciamiento respecto del maltratador para la recuperación psicológica y para que los hijos no asuman la violencia como medio de resolución de conflictos.

Frente a esa argumentación, otra parte de la doctrina se muestra contraria a la suspensión absoluta de cualquier régimen de vistas para el agresor-condenado. Se considera por éstos²⁵ más acertado estipular según los casos el régimen de visitas más acorde al supuesto de hecho, suspendiéndose, limitándose o aumentándolo progresivamente, para poder ir evaluando de manera continuada, el comportamiento del padre y su repercusión en el menor. Lógicamente, evitándose el contacto directo entre los progenitores y la instrumentalización por parte del padre de los menores para seguir maltratando a la mujer.

La Circular número 2/2004 de la Fiscalía General del Estado, sobre aplicación de la reforma del Código Penal por la LO 15/2003²⁶, ya se pronunciaba al respecto de que tal suspensión sólo debiera operar en los supuestos en los que la prohibición de aproximación se hubiese acordado respecto de los hijos. Así, en el apartado VI de la Circular literalmente se establece que:

«La decisión sobre la prohibición de aproximación respecto de hijos menores —cuando no sean víctimas directas del delito y siempre que su capacidad de discernimiento lo permita— habrá de respetar el derecho reconocido en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el art. 9 de la LO 1/96, de 15 de enero, esto es, el derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento judicial que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social».

Lo anterior debe ser puesto en relación con el principio del *favor filii*, es decir, con el hecho de que tal y como parte de la doctrina alega²⁷

²⁴ DAZA BONACHELA, M.M. *Escuchar a las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 419-424.

²⁵ FERNÁNDEZ LOPEZ, M.A., *op. cit.*, pp. 365-366.

²⁶ Circular número 2/2004 de la Fiscalía General del Estado, p. 34.

²⁷ VILLENA CORTES, B. y MONCADA BUENO, J. «Régimen de vistas y su suspensión», en SERRANO FALCON, C. (coord.): *Violencia de Género. Perspectiva Multidisciplinar y Práctica Forense*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 1.460-1.466.

en las relaciones paterno-filiales, como en todas las demás instituciones tuitivas de menores, en los casos de conflicto habrá de protegerse el interés del menor frente a los intereses de los propios progenitores. Y en virtud del contenido del artículo 160 del Código Civil, analizado desde esa perspectiva abstracta del principio invocado, lo más adecuado para el desarrollo y formación personal de los hijos menores es la relación de modo constante con sus progenitores, aun cuando estos no convivan con los menores, por medio del establecimiento de un régimen de visitas y estancias.

No obstante, no podemos obviar que existen pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que, en supuestos en los que el maltrato únicamente es frente a la madre y no existen actos de violencia directos frente a los hijos, el Alto Tribunal se muestra partidario de imponer prohibiciones de alejamiento y comunicación también frente a los menores²⁸.

En idéntico sentido existen pronunciamientos por los que en un procedimiento de guardia, custodia, alimentos y régimen de visitas, en el que no constan acreditados episodios de violencia frente al menor, se priva al padre de su derecho de visitas en aras a la protección del interés del menor debido a la entidad y naturaleza de los episodios constatados frente a la madre²⁹.

4. *Control de medidas a través de medios electrónicos*

a. UTILIDAD DE LOS DISPOSITIVOS, REGULACIÓN LEGAL Y LEGITIMIDAD

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo un cuarto apartado en el artículo 48 del Código Penal, en el que se establecía que el juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas (más bien penas, como ya hemos visto), se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.

Doble es la finalidad que parte de la doctrina³⁰ considera que se cumple con su incorporación a la ejecución de la pena. En primer lugar, que la víctima confíe en la respuesta penal y, en segundo lugar, que el penado se sienta sometido al control formal efectivo del Derecho Penal.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo: STS 1151/2009, de 17 de noviembre.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo: STS 54/2011, de 11 de febrero.

³⁰ CUETO MORENO, C., *op. cit.*, pp. 283-293.

Organismos diversos como el Consejo General del Poder Judicial y la propia Fiscalía General del Estado, han resaltado las bondades del uso de estos dispositivos para el fin pretendido y se ha venido calificando el control telemático como un recurso excepcional de extraordinaria eficacia en la protección de las víctimas de violencia de género.

En la Circular número 6/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, de la Fiscalía General del Estado³¹, en concreto en el epígrafe VI dedicado a los Dispositivos Electrónicos, textualmente se afirma que:

«Estos mecanismos contribuyen a mejorar la seguridad y protección de las víctimas y permiten verificar el cumplimiento de las prohibiciones de aproximación impuestas en las resoluciones judiciales, proporcionando información actualizada y permanente sobre cualquier incidencia que se produzca tanto en cuanto al funcionamiento del sistema como del cumplimiento de la prohibición, generando, por otra parte una prueba documental de los incumplimientos que resultará de alto valor en el procedimiento que se incoe por un presunto delito de quebrantamiento (art. 468.2 del CP)».

Técnicamente se trata de dispositivos GPS que monitorizan continuamente la posición tanto del investigado-penado como de la víctima y generan una alarma cuando la distancia entre ambos es inferior a la fijada por la decisión judicial³².

La regulación de la imposición de los dispositivos está contenida en dos Protocolos. El primero, denominado Protocolo de actuación para la implantación del sistema de Seguimiento por medios Telemáticos del cumplimiento de las medidas de alejamiento en materia de violencia de género, de fecha 8 de julio de 2009, suscrito por el Ministerio de Interior, el Ministerio de Igualdad, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado.

Y, el segundo, denominado Protocolo de actuación del Sistema de Seguimiento por medios Telemáticos del cumplimiento de las medidas

³¹ Circular número 6/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, de la Fiscalía General del Estado, p. 60.

³² GENSANA RIERA, M. A. «El papel de las Administraciones Públicas en la lucha contra la violencia sobre las mujeres», en ROMERO BURILLO, A.M. y RODRIGUEZ ORGAZ, C. (coords.): *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 54-55.

y penas de alejamiento en materia de violencia de género, de fecha 11 de octubre de 2013.

El primero de los Protocolos, de 08-07-09, quedaba, en principio, restringido a los supuestos en los que el alejamiento se imponía como medida cautelar y no como pena, por lo que desde diferentes ámbitos profesionales del derecho, se vino denunciando la necesidad de que se extendiera su aplicación al control de las penas de la misma naturaleza, máxime cuando tratándose de penados, su peligrosidad criminal resultaba más evidente.

Y ya, el segundo de los Protocolos, de 11-10-13, recoge expresamente la posibilidad de imponer estos dispositivos a los condenados por hechos relacionados con la violencia de género.

Para cierto sector de la doctrina³³ la legitimidad de la utilización de los dispositivos parte de cuatro premisas.

En primer lugar, su utilización dependerá, siempre, de que se haya adoptado una medida cautelar, de seguridad o de que se haya dictado una pena, ya que se trata de los instrumentos para verificar el cumplimiento de las anteriores.

En segundo lugar, su imposición deberá acordarse judicialmente, por concurrir una situación de riesgo grave para la víctima, debiéndose dejarse sin efecto si la misma desaparece.

Y, en tercer lugar, sólo serán admisibles los sistemas de vigilancia activos, es decir, los que activan la alarma cuando el obligado infringe la prohibición de acercamiento.

La cuarta premisa, a la que sólo aluden ciertos autores, se refiere a la necesidad de que la persona protegida consienta su imposición, ya que para ella, a la que no se le ha restringido ningún derecho judicialmente, no se trata de una obligación, máxime cuando puede afectar a su imagen, intimidad y dignidad. Sin embargo, habrá que atender con cautela los supuestos en los que esa negativa implique, ante la imposibilidad de adoptar esa medida, la imposición de otra más gravosa para el investigado.

b. INUTILIZACIÓN O PERTURBACIÓN DEL FUNCIONAMIENTO NORMAL DE LOS DISPOSITIVOS TÉCNICOS

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, añadió un tercer apartado al artículo 468 del Código Penal, conforme al cual:

³³ CUETO MORENO, C., *op. cit.*, pp. 283-293.

«Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de las penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses»

Pues bien, parte de la doctrina³⁴ considera no del todo acertada la reforma fundamentalmente por dos motivos. En primer lugar, porque al imponerse como pena la multa y no prever ninguna pena alternativa, la víctima puede resultar nuevamente perjudicada, máxime al no haberse considerado ninguna previsión similar a la contenida en el artículo 84.2 del Código Penal.

Y, en segundo lugar, por cuanto que al ser los dispositivos los instrumentos a través de los cuales se controla el cumplimiento de la medida o de la pena, difícilmente se podrá considerar acertado calificar la conducta consistente en inutilizarlos o perturbar su funcionamiento como constitutiva de un delito de quebrantamiento de medida o de pena.

En nuestra opinión, parece que hubiera resultado más acertado tipificar los hechos en todo caso, tal y como proponía la propia Fiscalía General del Estado en la Circular número 6/2011³⁵ sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal, en relación a la violencia sobre la mujer, como constitutivos de un delito de desobediencia, tipificado en el artículo 556 del Código Penal. Diferentes pronunciamientos judiciales se han mostrado partidarios de esta posibilidad³⁶.

Para ello, el condenado debería haber sido apercibido expresamente para colaborar en la instalación y adecuado funcionamiento del dispositivo, bajo apercibimiento de poder incurrir en un delito de esta naturaleza. En ese caso, de desatender el requerimiento y, por ejemplo, no cargar la batería del brazalete, incurriría en el delito. Por el contrario, si inutilizara voluntaria y dolosamente el dispositivo la conducta, además de constituir el tipo de la desobediencia, sería igualmente constitutiva de un delito de daños.

³⁴ CUETO MORENO, C., *op. cit.*, pp. 84-85.

³⁵ Circular número 6/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, de la Fiscalía General del Estado, pp. 61-63.

³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sec. 2.ª): SAP Castellón 356/2012, de 4 de junio.

5. Cifras de la incidencia práctica de las distintas penas

a. PRIVACIÓN DEL DERECHO A RESIDIR EN DETERMINADOS LUGARES O ACUDIR A ELLOS (ART. 48.1 CP)

Estudios realizados sobre las consecuencias jurídicas del delito y, en concreto, sobre la incidencia práctica de esta concreta pena³⁷, tomando como fuente los datos publicados por el Consejo General del Poder Judicial y, en lo que respecta al año 2016, los provenientes del Instituto Nacional de Estadística, concluyen con que su aplicación resulta escasa.

A tenor de los datos referidos al año 2007, las penas de privación del derecho a residir en determinados lugares, o acudir a ellos, constituyeron el 0,4% del total de penas impuestas en sentencias firmes. En el año 2008 la cifra se redujo al 0,3% y en el año 2012 alcanzó su cifra más baja en torno al 0,08 % de las penas impuestas en sentencias firmes.

Desde entonces la cifra ha ido en aumento, 0,1 % en los años 2013, 2014 y 2015 y, finalmente, la más reciente del 0,11% en el año 2016.

Otros estudios³⁸ realizados en base al estudio y comparativa de los datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística, en relación al período comprendido entre los años 2008 y 2011, concluyen con que el receptor de este tipo de prohibiciones presenta el siguiente perfil: hombre adulto, principalmente de mediana edad y, pese a lo que pueda escucharse habitualmente, de nacionalidad española.

b. PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE A LA VÍCTIMA, O A AQUELLOS DE SUS FAMILIARES U OTRAS PERSONAS QUE DETERMINE EL JUEZ O TRIBUNAL (ART. 48.2 CP)

Los mismos estudios³⁹ revelan que, a tenor de los datos obtenidos de las mismas fuentes desde el año 2007, la incidencia práctica de esta pena es mayor que la de la de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos pero que se mantiene en porcentajes bastante bajos.

Así, en el año 2007, las penas de prohibición de aproximarse a la víctima o a terceras personas determinadas por el órgano judicial de

³⁷ GIL GIL, A. LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M y NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias Jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 177-200.

³⁸ SOUTO GARCIA, E.M., *op. cit.*, pp. 273-294.

³⁹ GIL GIL, A. LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M y NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, pp. 177-200.

enjuiciamiento, constituyeron el 6,4% del total de penas impuestas en sentencias firmes. En el año 2008 la cifra se redujo al 4,2% y en el año 2012 subió de nuevo hasta el 6% de las penas impuestas en sentencias firmes.

En los siguientes dos años la cifra fue descendiendo al 5,3% (2013) y al 5,2 % (2014), iniciando desde entonces un aumento progresivo al 5,6% en el año 2015 hasta alcanzar la cifra más reciente del 5,7% en el año 2016. Cifra que, como podemos observar, sigue siendo inferior al 6,4% correspondiente al año 2007.

Coinciden, la mayoría de los estudios⁴⁰, en señalar que esta evolución tiene relación con los cambios experimentados a nivel legislativo, en particular, con las diferentes reformas habidas en la regulación de la violencia familiar y de género a las que venimos aludiendo a lo largo de este trabajo.

C. PROHIBICIÓN DE COMUNICARSE CON LA VÍCTIMA, O CON AQUELLOS DE SUS FAMILIARES U OTRAS PERSONAS QUE DETERMINE EL JUEZ O TRIBUNAL (ART. 48.3 CP)

La evolución en la incidencia práctica de esta pena ha sido similar a la sufrida en la aplicación de la prohibición de aproximarse (art. 48.2 CP), si bien con un mayor aumento en los últimos años.

Según los resultados obtenidos de las comparativas efectuadas en los anteriores estudios⁴¹, la cifra más alta de aplicación de la pena se obtuvo en el año 2007 en el que supuso un 6,4% del total de penas impuestas en sentencias firmes, porcentaje que, si observamos, coincide exactamente con el de las penas de prohibición de aproximarse a la víctima y/o familiares y/o terceros para ese mismo año 2007.

Al año siguiente se redujo al 3,0% (2008) hasta alcanzar su mínimo histórico en el año 2009 en el que supuso únicamente un 1,0% del total de penas impuestas en sentencias firmes.

Desde entonces, la cifra ha ido en aumento, situándose en el año 2012 en un 2%, siguiendo su progresión en los años 2013 y 2014 con cifras del 4,6%, hasta alcanzar en 2015 el 5%, y alcanzar en 2016 el porcentaje del 5,7% de las penas impuestas en sentencias firmes.

Se concluye, en consecuencia⁴², en que parece que existe una ligera tendencia a usar esta pena con mayor frecuencia, aunque parece difícil apreciar alguna razón con la que explicarlo, ya que, según los da-

⁴⁰ FARALDO CABANA, P., *op. cit.*, pp. 295-319.

⁴¹ GIL GIL, A. LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M y NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, pp. 177-200.

⁴² RODRIGUEZ MORO, L., *op. cit.*, pp. 322-343.

tos, se mantienen los niveles de aplicación a hombres y mujeres, por lo que no responden a razones de género ni en los últimos años ha tenido lugar ninguna reforma sustancial con respecto a esta concreta pena de prohibición de comunicar.

III. Relación entre el carácter imperativo de las penas del artículo 48 del Código Penal y el delito de quebrantamiento de condena

1. *Evolución legislativa del delito de quebrantamiento tipificado en el artículo 468 del Código Penal*

- a. 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

La reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, supuso la modificación del contenido del artículo 468 del Código Penal al que, desde su entrada en vigor con fecha 1 de octubre de 2004, se le dio la siguiente redacción:

«1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad.

2. En los demás supuestos, se impondrá multa de 12 a 24 meses, salvo que se quebrantaran las prohibiciones a que se refiere el apartado 2 del artículo 57 de este Código, en cuyo caso se podrá imponer la pena de prisión de tres meses a un año o la de trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días»

Con la reforma operada, vinculada a políticas legislativas de lucha contra la violencia de género y doméstica, se configuraron tres niveles punitivos en función de la pena o medida vulnerada⁴³, esto es, según se tratase del quebrantamiento de la situación de privación de libertad, del de las penas accesorias impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 57.2 del Código Penal y del de los restante supuestos.

Sin embargo, no tardaron en aflorar dos problemas directamente derivados del concreto tenor literal del texto reformado. El primero, consistente en que la remisión al artículo 57.2 del Código Penal impedía aplicar la pena de prisión a los quebrantamientos de medidas cautelares, ya que ese artículo se remitía a las penas, y no medidas, previstas en el artículo 48 del Código Penal.

⁴³ CUETO MORENO, C., *op. cit.*, pp. 63-87.

Ello tenía una derivada consecuencia negativa, y es que en los referidos quebrantamientos, castigados únicamente con pena de multa, no se podía interesar la adopción de la prisión provisional.

Y, el segundo problema, residía en el hecho de que, como quiera que, en todo caso, la pena de prohibición de comunicación se encontraba regulada en el artículo 48.3 del Código Penal y no en el 48.2 del texto, al que se remite el artículo 57.2 del Código Penal, su quebrantamiento sólo podía sancionarse con pena de multa, al igual que el de las medidas cautelares.

b. LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Las anteriores cuestiones son abordadas y, en gran medida, resueltas por la reforma operada en el artículo 468 del Código Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. Se modificó el apartado segundo del artículo y se introdujo un tipo nuevo por el cual se castigaba en todo caso con pena de prisión, de seis meses a un año, a los que quebrantaran una pena de las contempladas en el artículo 48 del Código Penal (comprendiendo la de prohibición de comunicación antes excluida) o una medida cautelar (antes también excluida) o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procedimientos en los que la víctima sea alguno de las personas del artículo 173.2 del Código Penal.

Logrado ya el objetivo, en gran medida pretendido, de poder acordarse la prisión provisional en supuestos de quebrantamiento de medidas cautelares o, incluso, de la pena de prohibición de comunicación, al castigarse el tipo con pena de prisión y no de multa, surgió una nueva controversia sobre la que se ha venido pronunciando gran parte de la doctrina.

Y es que, a tenor de la reforma operada en los supuestos en los que la víctima sea una de las personas enumeradas en el artículo 173.2 del Código Penal, se equipara a efectos punitivos el quebrantamiento de sentencia firme y el de medida cautelar algo que, para cierto sector doctrinal⁴⁴, no resulta del todo aceptable.

c. LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

La única modificación que el nuevo texto realiza en el artículo 468 del Código Penal es la ya analizada anteriormente en este mismo tra-

⁴⁴ CUETO MORENO, C., *op. cit.*, pp. 63-87.

bajo, al estudiar el uso de dispositivos técnicos para controlar el cumplimiento de las penas. Se introduce *ex novo* un apartado tercero en el que literalmente se dice que:

«3. Los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento, serán castigados con una pena de multa de seis a doce meses»

2. *Quebrantamientos violentos frente a quebrantamientos pacíficos*

Sin perjuicio de que, como hemos podido comprobar, las reformas legislativas han venido solucionando la mayor parte de los problemas que podían surgir en torno a la aplicación del tipo, debemos llamar la atención sobre un grave, importante y difícilmente solucionable problema, a nuestro entender, que se está produciendo en la práctica diaria ante los Juzgados.

La pena agravada contemplada en el apartado segundo del artículo 468 del Código Penal, de aplicación, como hemos visto, a los supuestos de quebrantamiento de una de las penas del artículo 48 del Código Penal, de una medida cautelar o una medida de seguridad, en supuestos de violencia de género y/o doméstica (siendo víctima alguna de las personas enumeradas en el artículo 173.2 del Código Penal), colisiona directamente con todas las agravaciones específicas que, con las últimas reformas, se han venido introduciendo en la mayoría de las conductas típicas constitutivas de violencia de género y/o doméstica. Se trataría de los tipos agravados contenidos en los artículos 153, 171, 172 y 173 del Código Penal que prevén la comisión del hecho delictivo típico con quebrantamiento de alguna de las penas del artículo 48 del Código Penal o de alguna medida cautelar o de seguridad.

Esta doble previsión, esto es, por un aparte el quebrantamiento agravado (art. 468.2 CP) y, por otra, las agravaciones específicas de determinados delitos relacionados con la violencia de género y/o doméstica impide según gran parte de la doctrina⁴⁵ y tal y como acontece en la práctica diaria ante los Tribunales, que se pueda aplicar el artículo 468.2 del Código Penal en los supuestos de quebrantamiento violento. Es decir, en los supuestos en los que junto al quebrantamiento se despliega una conducta delictiva adicional frente a la víctima protegida por

⁴⁵ CAMPOS CRISTOBAL, R., *op. cit.*, pp. 285-312.

la medida o la pena. En consecuencia, el precepto sólo podrá aplicarse en los denominados quebrantamientos pacíficos o puros, no acompañados de acto delictivo alguno.

Se produce entonces la paradoja, incongruencia o, a nuestro entender, injusticia, de tenerse que castigar con igual o más pena el mero quebrantamiento (pena de prisión de seis meses a un año en virtud del artículo 468.2 del Código Penal) que el quebrantamiento para cometer un nuevo acto de violencia (mitad superior de la pena del tipo en cuestión que, como sabemos, puede consistir en trabajos en beneficio de la comunidad).

Habrà ocasiones en las que, en realidad, y dicho sea a efectos meramente dialécticos, será más beneficioso para el encausado la condena por un quebrantamiento violento que por uno puro, máxime en supuestos en los que existan antecedentes penales. ¿Podría darse el caso en el que, existiendo consentimiento y connivencia con la víctima, se exageren los hechos sucedidos para posibilitar una condena que no implique pena privativa de libertad?

3. *Consentimiento de la víctima y delito de quebrantamiento*

a. NO EXCLUYE LA PUNIBILIDAD

Antes de comenzar con el que será el análisis jurídico de la problemática debemos partir del hecho de que debido al carácter imperativo de la pena accesoria en los supuestos objeto del presente estudio, sin que se valore ni tenga en cuenta la voluntad de la víctima, genera que, en la práctica, cada vez aumenten más los supuestos en los que el quebrantamiento tiene lugar con consentimiento de la víctima.

Centrándonos ya en el estudio jurídico, debemos reconocer que incesante ha resultado la evolución jurisprudencial al respecto de la eficacia y validez que se debe otorgar al consentimiento otorgado por la víctima, en relación con el delito de quebrantamiento de medida o de pena. En uno de los primeros pronunciamientos en los que el Tribunal Supremo abordó esta cuestión⁴⁶ literalmente se decía que:

«Podemos concluir diciendo que en cuanto que la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva,

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo: STS 1156/2005, de 26 de septiembre.

por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquella, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante. Esta es la especificidad de esta medida/pena dado el específico escenario en que desarrolla su eficacia». (F.D. 5.º).

Parte de la doctrina se mostraba de acuerdo con ese criterio y así, en determinados foros⁴⁷, se estudiaron los efectos de la anterior sentencia, concluyéndose, en muchos de ellos, que ante la decisión de la víctima de reanudar la convivencia existiendo pena o medida cautelar de alejamiento, debería comprobarse por el tribunal si ese consentimiento de la víctima es libre y voluntario. Es decir, que debería existir una comprobación personal del juez o tribunal mediante comparecencia y, en caso de estimarse procedente, podría recabarse la existencia de un informe psicológico (potestativo).

No obstante, una posterior sentencia del Tribunal Supremo⁴⁸, parecía haber modificado la doctrina hasta entonces mantenida con respecto a la eficacia y validez del consentimiento de la víctima en aras a retomar la convivencia, generando el decaimiento de la pena accesoria y, con referencia directa a la anterior resolución, literalmente establecía que:

«[...] una cosa es el incumplimiento de una medida de seguridad que, en principio, sólo puede aplicarse a petición de parte y cuyo cese incluso podría acordarse si ésta lo solicitase al Juez, que además tiene por objeto, obviamente, una finalidad meramente preventiva, y más incluso cuando, además, no diere lugar posteriormente a la producción de ninguno de los ilícitos que precisamente pretendía impedir y, otra, muy distinta, aquella situación, como la presente, en la que, aún contando con la aceptación de la protegida, se quebranta no una medida de seguridad, sino una pena ya impuesta y cuyo cumplimiento no es disponible por nadie, ni aún tan siquiera por la propia víctima [...] Recordemos que la referida Sentencia de esta Sala partía del hecho de que «... la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento...» (F.D. 1.º)

Es de destacar que, pese al criterio mantenido en la hasta entonces más reciente sentencia del Tribunal Supremo la Audiencia Provincial de Bizkaia, en sentencias posteriores a aquella⁴⁹, siguió

⁴⁷ II Congreso de Violencia Doméstica y de Género organizado por el CGPJ, los Ministerios de Justicia y Trabajo y Asuntos Sociales y la Junta de Andalucía, celebrado en febrero de 2006.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo: STS 1775/2007, de 28 de septiembre.

⁴⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia: SAP Bizkaia 86/2008, de 1 de febrero.

manteniendo el criterio de la precedente en lo que respecta al quebrantamiento de la pena accesoria mediante el consentimiento de la víctima. Así se ratifica en el hecho de que ha de prevalecer el derecho de la pareja a la reanudación de la convivencia, ejercido el cual en condiciones de plena libertad, el acercamiento pierde todo atisbo de antijuridicidad y la sanción penal todo su sentido. La Sala dice compartir ese criterio, estimando que sitúa la cuestión donde corresponde, en el plano de la antijuridicidad y no en el más inseguro y resbaladizo de la culpabilidad.

No obstante, y pese a pronunciamientos como el anterior, tanto la Fiscalía General del Estado, como parte de la doctrina, se mostraron partidarios de restar cualquier tipo de valor y/o eficacia a ese consentimiento. Así, en la Memoria del año 2008⁵⁰, se afirma por la Fiscalía General del Estado que seguirá solicitando que se deduzca testimonio por quebrantamiento de condena en los supuestos en los que tenga conocimiento de un posible incumplimiento de medida o pena, con independencia del consentimiento de la protegida, absteniéndose de actuar frente a ésta ni como autora por inducción ni por cooperación necesaria.

Y, como decimos, determinado sector de la doctrina⁵¹ abogaba en idéntico sentido al propuesto por la Fiscalía, al considerar que la necesidad del alejamiento, para proteger a la víctima frente a posibles agresiones futuras, en ocasiones puede ser libremente valorada y, en su caso, apreciada por la autoridad judicial (medida cautelar), mientras que en otras ocasiones, tal necesidad habrá sido considerada *a priori* por el legislador (pena accesoria).

El Acuerdo del Pleno de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 25-11-08, parece haber puesto fin a la problemática existente. Así, en el mismo, se establece textual e imperativamente, que en los supuestos de quebrantamiento de medida cautelar de alejamiento, en los que conste acreditado el consentimiento de víctima, ese consentimiento no excluye la punibilidad a efectos del 468.

Sentencias más recientes del Tribunal Supremo⁵², dictadas en relación con el delito de quebrantamiento de condena y de medida caute-

⁵⁰ Memoria 2008 de la Fiscalía General del Estado, pp. 501-503.

⁵¹ FUENTES SORIANO, O. «Las medidas de alejamiento y la voluntad de la víctima de reanudar la convivencia con el agresor», en DEL POZO PÉREZ, M, IBAÑEZ MARTÍNEZ, M.ª. L. y LEÓN ALONSO, M. (coord.): *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género*. Comares, Granada, 2008, pp. 111-134.

⁵² Sentencias del Tribunal Supremo: STSS 755/2009, de 13 de julio, 1065/10, de 26 de noviembre, 192/11, de 18 de marzo, 539/2014, de 2 de julio y 803/2015, de 9 de diciembre.

lar, invocan el Acuerdo no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008 considerando irrelevante el consentimiento prestado por la víctima.

La doctrina también ha asumido mayoritariamente ese criterio, si bien hay autores⁵³ que consideran que, si bien ese consentimiento deviene en irrelevante frente a las penas accesorias, no acontece lo mismo con respecto a las medidas cautelares. En esos supuestos, si la víctima considera, incluso de manera errónea, que ya no concurre la situación objetiva de riesgo que posibilitó y propició la adopción de la medida, y ha decidido, libre y voluntariamente, retomar sus contactos con el investigado, existe una clara diferencia de criterio con la autoridad judicial que acordó su adopción. Es únicamente en estos supuestos, en los que parte de la doctrina considera que, si la causa externa ha desaparecido y el beneficiario de la protección así lo considera, la medida cautelar ha perdido su razón de ser y, en consecuencia, el quebrantamiento no pudo ni ser antijurídico ni lesionar ningún bien jurídico.

b. CONSECUENCIAS JURÍDICAS PARA LA VÍCTIMA QUE CONSIENTE

Como todos sabemos el problema surge siempre que la víctima decide mantener encuentros, esporádicos o periódicos, con el investigado y/o penado y se agrava, en las no pocas ocasiones, en las que ambos acuerdan rehacer su vida en común. Partiendo de la base, claro está, de que ese consentimiento sea libre y voluntario.

Como hemos tenido ocasión de analizar anteriormente, la Fiscalía General del Estado expresamente reconoce en la Memoria del año 2008⁵⁴ que, en esos casos, si bien no se va a otorgar ningún tipo de valor exculpatorio al consentimiento otorgado por la víctima, tampoco se va a actuar frente a ésta ni como autora por inducción ni por cooperación necesaria.

Por su parte, la mayoría de la doctrina⁵⁵ rechaza la idea de castigar por alguna forma de participación en el delito de quebrantamiento al beneficiario por la medida que induce o coadyuva a su quebrantamiento, asiente, o consiente en que el sometido a aquéllas las rompa. El razonamiento jurídico esencial radica en el hecho de que, para ser sujeto activo del delito de quebrantamiento, se requiere la concurrencia de una determinada cualidad personal. Deviene necesario que el autor esté sometido a una prohibición acor-

⁵³ VALEIJE ÁLVAREZ, I., *op. cit.*, pp. 344-352.

⁵⁴ Memoria 2008 de la Fiscalía General del Estado, pp. 501-503.

⁵⁵ VALEIJE ÁLVAREZ, I., *op. cit.*, pp. 344-352.

dada bien en fase de instrucción, como medida cautelar, bien en ejecución, como pena. Nos encontramos ante un delito especial del que sólo puede ser autor aquél que se encuentra legalmente obligado al cumplimiento de la medida cautela, de seguridad o de la pena. En consecuencia, los terceros intervinientes, que inducen o ayudan a ese incumplimiento, no pueden responder como partícipes del delito, ya que, tal y como en el propio texto legal se contiene, el quebrantamiento es de «su» condena, es decir, del que tiene la obligación, no de la de un tercero.

En todo caso, existen pronunciamientos aislados en los que el Tribunal Supremo ⁵⁶se muestra partidario de imputar a la víctima que consiente, acepta o incluso provoca el quebrantamiento de la medida y/o de la pena.

C. POSIBLE CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS

Merece la pena hacer mención a una línea jurisprudencial, de la que es principal exponente la Audiencia Provincial de Madrid⁵⁷, conforme a la cual resultaría procedente apreciar la concurrencia de una circunstancia atenuante analógica muy cualificada (artículo 66.2 CP), en atención a la provocación o consentimiento de la persona protegida.

La argumentación de la resolución radica en el hecho de que, ante la inexistencia en el CP de alguna atenuante aplicable a la provocación o consentimiento de la persona protegida, resulta conveniente, en estos supuestos, considerarla como analógica (art. 21.7 CP) a aquellas contempladas en el 21.1.º CP que pudieran tener una génesis similar a las atenuantes analógicas relacionadas con las eximentes incompletas de legítima defensa y de estado de necesidad, por cuanto se trata de hechos exteriores e influyentes en la conducta del agente.

Sin embargo, el Tribunal Supremo⁵⁸ ha vetado esta posibilidad, al entender que, aunque en la interpretación de las circunstancias atenuantes ha de mantenerse un criterio flexible, han de darse siempre los requisitos básicos para que alguna de ella concurra, no pudiendo introducirse a través del artículo 21.7 del CP supuestos en los que en modo alguno concurren esos requisitos.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo: STS 1156/2005, de 26 de septiembre y Auto del Tribunal Supremo: ATS 96/2010, de 28 de enero.

⁵⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid: SAP Madrid 65/2012, de 13 de enero.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo: STS 539/2014, de 2 de julio.

IV. Problemática derivada del carácter imperativo de la imposición de las penas del artículo 48 del Código Penal

1. *Establecimiento motivado acorde a las circunstancias concretas del caso. Criterios de graduación y deber de proporcionalidad*

Parte de la doctrina⁵⁹ critica que la falta de capacidad de adaptación del derecho penal a cada caso concreto de violencia de género y/o doméstica, es la que provoca el automatismo de la ley a la hora de conocer este tipo de delitos.

Otros autores⁶⁰ consideran que, si bien es cierto que las penas accesorias impuestas en función de particulares modalidades delictivas pueden desenvolver en abstracto una función preventiva individual, igualmente lo es que su imposición forzosa e imperativa es la manera menos idónea para ello.

En definitiva, son diversos los autores⁶¹ que han puesto de manifiesto que, en su opinión, lo que las víctimas anhelaban con la denuncia no era coherente con lo que el sistema les deparaba. El fin principal del sistema penal, esto es, la sanción de las conductas prohibidas, no suele coincidir con el que consideran que es el objetivo de las mujeres que sufren violencia, que no deja de ser algo tan simple y tan complicado, a su vez, que retomar las riendas de su vida y librarse de quien les agrede, sin que ello implique que haya que privar de libertad a la persona con la que han mantenido una relación sentimental. La práctica demuestra que muchas mujeres-víctimas afirman que no quieren más que una advertencia para su pareja, pero no que éste tenga que ingresar en prisión. Por ello, según estos mismo autores, dos manifestaciones del recurso excesivo al efecto simbólico del Derecho Penal que impregna nuestra legislación en materia de género, se desprende tanto de la decisión de elevar a categoría de delito conductas leves que simplemente eran consideradas como faltas, como de la obligación de la aplicación automática de las penas privativas de derechos que es objeto del presente estudio.

⁵⁹ FERNÁNDEZ LOPEZ, M.A., *op. cit.*, pp. 370-371

⁶⁰ VALEIJE ÁLVAREZ, I., *op. cit.*, pp. 341-342.

⁶¹ TORRES ROSELL, N. «Violencia de género y derecho penal: de la LO 1/2004 a la reforma penal de 2015», en ROMERO BURILLO, A.M. y RODRIGUEZ ORGAZ, C. (coords.): *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 297-324.

Pero no sólo la doctrina se muestra crítica con el carácter imperativo de estas penas, sino que, incluso, existen pronunciamientos del Tribunal Supremo⁶² que, de una manera indirecta, también arremeten contra su obligatoria imposición. Así, en esas resoluciones, se viene planteando que, teniendo como fundamento dicha pena, el aseguramiento de la concordia social y la evitación de futuros males que podrían derivarse de la coincidencia física de los perjudicados y del autor, su establecimiento debiera estar suficientemente motivado por las circunstancias del caso, sin que resulte procedente su aplicación automática o mecánica, sólo justificada en la gravedad de la pena señalada a la clase de delito por la que se condena.

En todo caso, no sería justo obviar que, otro sector doctrinal⁶³, se muestra totalmente de acuerdo con la obligatoria imposición de las penas de prohibición, al considerar que la permanencia en el hogar, con una alta probabilidad de repetición de la violencia y la reexperimentación de ésta, genera la aparición de respuestas traumáticas. De esa manera, no se podría, en su opinión, afrontar eficazmente el problema al objeto de solucionarlo.

En cuanto a la graduación, es decir, a la determinación temporal e individualización de la pena, sin perjuicio de los límites mínimos y máximos contenidos en los apartados primero y segundo del artículo 57 del Código Penal, siempre se tendrá que atender y respetar el principio de proporcionalidad.

2. Casuística

Expondremos a continuación, de la manera más objetiva posible, una serie de supuestos reales en los que a la hora de abordar su concreta e individualizada resolución, habida cuenta las concretas circunstancias personales de los autores y de los perjudicados, así como de los concretos hechos objeto de instrucción y posterior enjuiciamiento, surgieron los problemas prácticos que a continuación veremos.

— F. es un chico boliviano de 45 años que lleva viviendo en nuestro país 25 años y tiene también nacionalidad española. De profe-

⁶² Sentencias del Tribunal Supremo: STSS 369/2004, de 11 de marzo y 803/2011, de 15 de julio.

⁶³ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M., AGUILAR CÁRCELES, M.M. *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 482-489.

sión panadero trabaja como tal desde hace 23 años cobrando un salario de 1.200 euros. Tiene una vivienda en propiedad desde hace 15 años.

Hace 10 años, en una visita a familiares en su país, conoció a una chica, L., con la que comenzó una relación. Hace 8 años, ella se trasladó a nuestro país y, desde entonces, conviven juntos en el domicilio de F. Ella no tiene trabajo estable ni regular, pero en ocasiones cuida personas. No tienen hijos ni familiares en nuestro país. No cobran ayudas.

Un día L. salió de fiesta con unas conocidas y a las 04.30 de la mañana, cuando F. se acababa de levantar para prepararse para ir a trabajar, L. llegó a casa con evidentes síntomas de haber bebido. L. tocó el timbre del domicilio, F. le abrió y L. le indicó que había perdido las llaves del bolso. Al preguntarle F. cómo había ocurrido L. se percató que también había perdido la cartera del bolso o que, más bien, se la había robado. L. contó a F. que ella y sus amigas habían estado con unas chicas que habían conocido, un poco raras en Bilbao La Vieja, y que seguro que habían sido ellas. En ese momento L., bajo los efectos del alcohol, se dispone a salir del domicilio e ir en «busca» de estas chicas para recuperar sus pertenencias. F. le dice que no lo haga, que se puede meter en líos y que, si quiere, en ese momento, van a juntos a comisaría a denunciarlo. L. sale del domicilio y F., en pijama, le sigue hasta el portal para evitar que salga. Cuando L. tiene entreabierta la puerta del portal F. le coge del brazo para evitar que salga, L. le grita «que le deje salir» y en ese momento pasa por la calle una chica que llama a la policía. F. es detenido. L. no denuncia y no quiere que se adopte ninguna medida ni que F. sea condenado. La testigo declara en sede policial y judicial.

— Un matrimonio de origen chino lleva residiendo en Bilbao desde hace 15 años. Tienen 2 hijos menores. El matrimonio posee en propiedad una vivienda, en la que conviven, y una lonja comercial en la que ambos trabajan en la venta de artículos. L. lleva sufriendo agresiones psicológicas habituales desde hace 5 años, coincidiendo con el nacimiento del primero de los hijos, y física esporádica y en progresión desde hace 3 años. Ambos son miembros activos y respetados de la comunidad china. L. no tiene familiares en esta localidad, todos viven en china. El marido no quiere separarse y las peticiones que L. hace en ese sentido son fuente desencadenadora de la violencia de él hacia ella.

— M. es un chico gitano que convivía con una chica también gitana desde hace 10 años en un domicilio de renta social que R. tiene asignado por el Gobierno Vasco en el que M. no figura empadronado.

R. no trabaja y cobra la RGI. M. trabaja como pintor y percibe mensualmente unos 1.500 euros. Tienen en común un niño de 3 años que M. no tiene reconocido legalmente a los meros efectos de que la madre cobre la RGI.

M. hace 2 años conoce una chica, A., no gitana, de la que se enamora. Esta chica tiene trabajo estable, vivienda en propiedad y 1 hijo de un matrimonio anterior.

R. se entera de la relación «furtiva», surgen las disputas, actos violentos y tras las denuncias, solicitud de cautelares y práctica de instrucción, el resultado son tres procedimientos judiciales abiertos.

Las primeras diligencias por un delito de lesiones del 147 CP, en el que MF sigue las instrucciones de solicitar prisión y un delito del art. 153.1 CP (TBCs).

Las segundas diligencias por un delito de quebrantamiento violento del 171.4 y 5 CP (TBCs) por amenazas leves al hacer la entrega del menor.

Las terceras diligencias por un delito de quebrantamiento puro del art. 468.2 CP (prisión) al hacer la entrega del menor.

Desde hace 1 año M. convive con A. y con su hijo y R. tiene un nuevo novio con el que también convive con el hijo que tiene en común con M.

— L. es un chico que trabaja en la sede central que un banco tiene en Bilbao desde hace 10 años. En la misma oficina central de Bilbao trabaja S., de la que se enamora y con la que empieza a convivir hace 3 años. No tienen ni hijos ni propiedades en común. Este año S. le denuncia pero no solicita la adopción de medida cautelar alguna. L. resulta condenado.

— P. es un chico que trabaja en una fábrica en Amorebieta desde hace 10 años. El supuesto es idéntico al anterior pero esa fábrica no tiene ninguna sucursal en el territorio del País Vasco.

— W. es un chico que tiene 21 años. Vive con sus padres en el domicilio que éstos tienen en una localidad cercana a Bilbao. Desde hace 3 años mantiene una relación estable de noviazgo con la hija de unos vecinos de sus padres de 20 años que, al igual que él, vive con sus padres. El inmueble donde radica la casa de los padres de ambos está a 20 metros de la única parada del autobús que conecta la localidad con Bilbao. W. trabaja en Bilbao hace 2 años y no tiene carnet de conducir. Ningún familiar suyo dispone tampoco de carnet de conducir ni de vehículo en propiedad. W. es condenado por un delito de amenazas leves del artículo 171.4 de CP.

3. *Alternativas posibles. Mediación, medidas de seguridad, suspensión de ejecución de penas e indulto*

Como hemos podido comprobar, la imperativa imposición de las penas accesorias estudiadas acarrea, en la práctica, no pocos problemas. Quizá, en consecuencia, debiéramos preguntarnos si concurre la máxima tan utilizada en derecho penal, de que la medida que, en este caso, la constituye la imposición por imperativo legal de las penas analizadas, resulta proporcional al mal que se pretende evitar. Pero eso es algo que corresponde al legislador.

Mientras tanto, y sin perjuicio de las soluciones caseras con las que en el día a día intentamos, entre todos los operadores jurídicos, dar solución a la problemática existente, consideramos interesante analizar las propuestas que desde la doctrina se nos ofrecen para, por lo menos, tratar de mitigarla.

La primera, sería el recurso a la mediación, posibilidad hoy en día expresamente vetada por imperativo del artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, pero que se considera que pudiera resultar eficaz para prevenir nuevos episodios de violencia. Así, determinados autores⁶⁴, se plantean la conveniencia de revisar esa prohibición absoluta de recurrir a la mediación en los supuestos de violencia de género, articulándose la posibilidad de poder acudir a este recurso en supuestos concretos. Se considera, por parte de la doctrina⁶⁵, que la mediación en fase de ejecución podría ser una forma de compaginar los intereses de la víctima con la resocialización del condenado. Una segunda alternativa, sería la de configurar estas prohibiciones como medidas de seguridad (art. 97 C.P.), debiéndose adecuar su cumplimiento de manera individualizada, permitiéndose adaptar la respuesta penal a la gravedad y grado de peligrosidad que se evidencien durante la ejecución, posibilitándose, en consecuencia, sucesivas revisiones y diagnósticos de la situación. Partidarios de esta posibilidad⁶⁶, consideran que estas penas, en cuanto suponen una limitación a los derechos de libre elección de residencia y de circulación, les recuerdan a las viejas penas de confinamiento y destierro.

⁶⁴ CUETO MORENO, C., *op. cit.*, pp. 274-283.

⁶⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, E. «Violencia de género, igualdad y autonomía de la voluntad: claves para entender la prohibición de mediar en el proceso penal por estos delitos» en VEGAS AGUILAR, J.C. (coord.): *La Prevención y Erradicación de la Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 413-433.

⁶⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, pp. 238-241.

Sin embargo, como quiera que su valor punitivo es muy diferente, según las circunstancias del condenado, consideran aconsejable configurarla como una medida de seguridad, máxime cuando estas penas no se individualizan tan objetivamente como los anteriores confinamientos y destierros ya que, en realidad, responden a una valoración particular de los sentimientos de la víctima, de sus familiares, o del peligro de reiteración delictiva. Todo este contorno, es el que hace que para este sector de la doctrina sea considerada por su naturaleza más una medida de seguridad que una pena.

Una tercera alternativa, consistiría en aplicar a estas penas privativas de derechos el régimen previsto para la suspensión de las penas privativas de libertad. Este sector doctrinal⁶⁷ considera que la extensión a estas penas de aquél régimen legal de suspensión, posibilitaría interrumpir su aplicación en los supuestos en los que la víctima manifestara su voluntad de retomar la convivencia con el condenado, y se constatará por el órgano de ejecutoria la ausencia de una situación objetiva de riesgo. Ello posibilitaría condicionar la suspensión a las condiciones previstas en los artículos 83 y 84 del Código Penal y, en su caso, al sometimiento del condenado a programas formativos de igualdad y reeducación. El problema surgiría, en la práctica, a la hora de pretender la suspensión en supuestos, la mayor parte de ellos, en los que no se trataría de delincuentes primarios.

Una última alternativa, que no constituye tanto una propuesta sino, más bien, un posible remedio, pasa por la propuesta de ciertos autores⁶⁸, de interesar la solicitud de un indulto parcial, respecto a la pena accesoria y mientras se tramita, instar la suspensión de la ejecución de la pena de prohibición. No obstante, en la mayoría de los casos, acudir a este recurso, no hará sino dilatar el problema.

V. Bibliografía

- CAMPOS CRISTOBAL, R. (2012): «La violencia de género: análisis de figuras delictivas y reflexión crítica de su aplicación a la luz de la ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género», en VEGAS AGUILAR, J. C. (coord.): *La Prevención y Erradicación de la Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar y forense*. Pamplona. Aranzadi.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Algunas conclusiones obtenidas en el II Congreso de Violencia Doméstica y de Género. Granada, 23 y 24 de*

⁶⁷ CUETO MORENO, C., *op. cit.*, pp. 274-283.

⁶⁸ CAMPOS CRISTOBAL, R., *op. cit.*, pp. 285-312.

- febrero de 2006. [Citado 30-10-18]. Disponible en World Wide Web http://www.sepin.es/sepinnet/secciones/default.asp?id_edicion=1023
- CUETO MORENO, C. (2017): *El delito de quebrantamiento en el ámbito de la violencia de género*. Madrid: Dykinson.
- DAZA BONACHELA, M. del M. (2016): *Escuchar a las víctimas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FARALDO CABANA, P. (2013): «La pena de prohibición de aproximación a la víctima u otras personas», en FARALDO CABANA, P. y PUENTE ABA, L. M. (coords.): *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. (2015): *La mediación en procesos por violencia de género*. Pamplona: Aranzadi.
- FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. Circular 2/2004, de 25 de noviembre. [citado 27-10-18]. Disponible en World Wide Web http://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/cir02-2004.pdf?idFile=3b586d29-257f-480d-be3f-f72f55292b7a
- FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. *Memoria 2008*. [citado 27-10-18]. Disponible en World Wide Web http://www.fiscal.es/fiscal/public/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado!/ut/p/a0/04_Sj9CPykssy0x-PLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbwsgozNDBwtjNycnDx8jAwszPQLsh0VAQluD0w!/?selAnio=2008&palabraBuscar=&btnBuscar2=Buscar
- FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. Circular 6/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer [citado 27-10-18]. Disponible en World Wide Web http://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/circular%20en%20materia%20de%20violencia%20sobre%20la%20mujer.pdf?idFile=87165082-287f-4f06-a3b5-4ff6d4d2d9e8
- FUENTES SORIANO, O. (2008) «Las medidas de alejamiento y la voluntad de la víctima de reanudar la convivencia con el agresor», en DEL POZO PÉREZ, M., IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M.^a L. y LEÓN ALONSO, M. (coords.): *Estudios interdisciplinares sobre igualdad y violencia de género*. Granada. Comares.
- GENSANA RIERA, M. A. (2016) «El papel de las Administraciones Públicas en la lucha contra la violencia sobre las mujeres», en ROMERO BURILLO, ANA M. y RODRIGUEZ ORGAZ, C. (coords.): *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*. Pamplona. Aranzadi.
- GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M. y NUÑEZ FERNÁNDEZ, J. (2018): *Consecuencias Jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*. Madrid. Dykinson.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (2016): *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Wolters Kluwer.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E. (2012): «Violencia de género, igualdad y autonomía de la voluntad: claves para entender la prohibición de mediar en el proceso penal por estos delitos», en VEGAS AGUILAR, J. C. (coord.): *La Prevención y Erradicación de la Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar y forense*. Pamplona. Aranzadi.

- MORILLAS FERNÁNDEZ, DAVID L., PATRÓ HERNÁNDEZ, ROSA M., AGUILAR CÁRCELES, M. M. (2014): *Victimología: Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Madrid. Dykinson.
- RODRIGUEZ MORO, L. (2013) «La pena de prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas», en FARALDO CABANA, P. y PUENTE ABA, L. M. (coords.): *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- SAMPEDRO HERREROS, P. (2018): *Constitucionalidad de la pena accesoria del artículo 57.2 del Código Penal*. [citado 27-10-18]. Disponible en World Wide Web http://www2.uned.es/ca-tortosa/Biblioteca_Digital/Biblio/Paloma_Sampedro/constitucionalidad.pdf
- SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. (2015): «Artículo 48», en GOMEZ TOMILLO, M. (coord.): *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo I*. Pamplona. Aranzadi.
- SOUTO GARCÍA, E. M. (2013): «La pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos», en FARALDO CABANA, P. y PUENTE ABA, L. M. (coords.): *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- TORRES ROSELL, N. (2016): «Violencia de género y derecho penal: de la LO 1/2004 a la reforma penal de 2015» en ROMERO BURILLO, A. M. y RODRIGUEZ ORGAZ, C. (coords.): *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*. Pamplona. Aranzadi.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I. (2006). «Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del CP». *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVI. Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela.
- VILLENA CORTES, B. y MONCADA BUENO, J. (2014): «Régimen de vistas y su suspensión», en SERRANO FALCON, C. (coord.): *Violencia de Género. Perspectiva Multidisciplinar y Práctica Forense*. Pamplona. Aranzadi.

Los modelos de inejecución condicionada de la pena de prisión

Ignacio José Subijana Zunzunegui

Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa
Doctor en Derecho

Sumario: I. Los fines de las penas de prisión. 1. En general. 2. En la ejecución. II. Los modelos de inejecución de la pena de prisión. 1. Introducción: el principio de necesidad punitiva. 2. La inejecución condicionada simple de la pena de prisión. a. Presupuestos. b. Programa conductual: prohibiciones, deberes y prestaciones. c. La revocación y la revisión. 3. La inejecución condicionada con componente sustitutivo de la pena de prisión. 4. La inejecución terapéutica.

Resumen: La ejecución de la pena de prisión se enmarca en un sistema constitucional caracterizado por la asignación a las penas de prisión de diversos fines (prevención general y prevención especial) y la atribución a los jueces de un deber de motivación reforzado de sus decisiones, dada la afectación del valor libertad. La reflexión que se propone estima que, cuando la duración de la pena de prisión lo permita, la selección del modelo de ejecución aplicable debe realizarse conforme al principio de necesidad punitiva. Este principio propugna que ante modelos de ejecución igualmente idóneos para neutralizar el riesgo de reincidencia debe optarse por aquél que introduzca menor nivel de aflicción al valor superior de la libertad.

Palabras clave: necesidad punitiva, adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación del hecho, reintegración comunitaria del penado y protección de las víctimas.

I. Los fines de las penas de prisión

1. En general

La superación de las teorías absolutas, que consideran la pena como un fin que se agota en su contenido retributivo, justifica la progresiva consolidación de las teorías relativas de la pena cuya idea común es que la pena constituye un medio para la obtención de fines útiles, siendo el vertebral evitar la comisión de delitos, protegiendo, de esta forma, a la sociedad¹. El cumplimiento de este objetivo permite asignar a las penas una función básicamente preventiva² que se despliega en un contexto comunitario —prevención general— e individual —prevención especial—.

La idea preventivo general no se agota en la amenaza que el anuncio de la imposición de una pena inspira al potencial infractor para disua-

¹ Una exposición de la justificación, fundamento y fines de la pena en MORILLAS CUEVA, L. *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 15 y ss. Con relación al CP 1995, MORILLAS CUEVA, L. «Valoración Político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, 2003, pp. 44 y ss. También JORGE BARREIRO, A. «Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», *Actualidad Penal*, 23, 2000, pp. 487 y ss. DEMETRIO CRESPO, E. *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, 1999, pp. 51 y ss. DEL ROSAL, B. «Hacia un Derecho Penal de la postmodernidad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-08, Granada, 2009. LARRAURI, E. «La economía política del castigo», *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, 11-06, Granada, 2009. POZUELO, L. *La política criminal mediática: génesis, desarrollo y costes*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2013. BRANDARIZ, J.A. *El modelo gerencial actuarial de penalidad*, Dykinson, Madrid, 2016. HASSEMER, W. *¿Por qué castigar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 56 y ss. Recientemente, RUBIO LARA, P.A. *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 pp. 15 y ss.

² La criminología concibe la prevención como un concepto sujeto a verificación empírica. De ahí que se marque como objetivos averiguar si el sistema jurídico-penal impone sanciones con certeza y celeridad y respeto a la proporcionalidad al daño causado, si el ciudadano proclive a la comisión de hechos delictivos conoce y teme el funcionamiento del aparato punitivo y si, consecuentemente, reacciona haciendo un cálculo de costes y beneficios, inhibiendo como consecuencia sus impulsos criminales y si, finalmente, el delincuente sancionado, una vez cumplida la sanción, deja de delinquir por haber interiorizado el mensaje de respeto a las normas penales. BARBERET HAVACANT, R. «La prevención general y especial», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, 1997, pp. 121 y 122. KURY, H. «Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?», *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 292 y ss.

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

dirle de cometer un hecho penalmente relevante (prevención general negativa). Junto a ella, convive un mensaje de consolidación de la validez de la norma jurídico penal como un mecanismo idóneo para garantizar la convivencia comunitaria (prevención general positiva). Esta última prevención pretende la afirmación positiva del Derecho penal³ que asiente la conciencia social de la norma, la confirmación de la vigencia de la norma o la ratificación de una actitud de respeto por el Derecho⁴.

El sentido preventivo especial se circunscribe a la evitación de la reincidencia delictiva. En el modelo jurídico garantista la prevención especial se identifica con la resocialización o reinserción social. En los emergentes modelos político-criminales de la seguridad los conceptos de intimidación individual y inocuización empiezan a adquirir predicamento⁵. En estos modelos se responde con el aislamiento social y la reclusión del delincuente, neutralizando la apuesta por políticas públicas que busquen la incorporación comunitaria del infractor⁶. Por ello, se tiende a una exasperación punitiva que hace del castigo un instru-

³ En sentido crítico, vinculando la noción de prevención general positiva con los postulados del derecho penal antiliberal, ZAFFARONI, E. R. *En torno de la cuestión penal*, cit., pp. 154-157. El artículo 89.1 CP es un ejemplo normativo de su presencia al justificar la decisión del juez o tribunal de ejecutar parte de la pena de prisión impuesta a un ciudadano extranjero —sustituyendo el resto por la medida de expulsión del territorio nacional— en la necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito.

⁴ SILVA diferencia entre los medios de prevención fáctico instrumentales y los medios de prevención comunicativos. Los primeros pretenden evitar el mal mediante mecanismos causales destinados a impedir la posibilidad física de realización del hecho. Los segundos pretenden prevenirlo mediante mecanismos motivacionales, influyendo sobre el proceso deliberativo que podría concluir en la decisión de ejecutar el hecho lesivo. SILVA, J.M. *En busca del Derecho penal*, ed. B de f, Buenos Aires, 2015, p. 62.

⁵ LASCURÁIN, J.A. «Veinte años de penas», *Revista Jueces para la Democracia*, 89, 2017, p.17.

⁶ DIEZ RIPOLLÉS, J.L. «El nuevo modelo de la seguridad ciudadana», *Revista Jueces para la Democracia*, 49, 2004, p. 32. DE LA CUESTA, acogiendo la terminología de GARLAND, sostiene que el nuevo modelo sancionador responde a las características de la denominada sociedad punitiva. A su juicio las consecuencias político-criminales de esta nueva dirección punitiva abarcan el populismo y la politización en el marco de una sensación permanente de crisis, la expansión de las infraestructuras de seguridad y comercialización del control del crimen, nuevos estilos de gestión con potenciación de la seguridad, transformación del pensamiento criminológico, reemergencia de las sanciones punitivas y de carácter afflictivo, redescubrimiento de la cárcel, ocaso del ideal resocializador y preferencia ciega por las posiciones de las víctimas. DE LA CUESTA, J.L. «Mundialización y Justicia Penal», *Anales Internacionales de Criminología*, 2003, volumen 41, pp. 75 y 76. WACQUANT mantiene que se produce una progresiva fagocitación del Estado social por el Estado penal. WACQUANT, L. *Las cárceles de la miseria*, ed. Alianza, 2000, Madrid, pp. 12 y 43. BUSTOS y HORMAZÁBAL mentan que se produce una demanda social de criminalización así como una privatización del control que va pa-

mento de exclusión del delincuente del entramado social⁷ con posibilidades remotas —atendiendo al tiempo de privación de libertad— de reincorporarse a la dinámica comunitaria⁸.

La utilidad preventiva de la sanción penal no debe desgajarse de las exigencias del principio de protección de las víctimas⁹. Para ello debe preservar a las víctimas de futuros riesgos de victimización procedentes del comportamiento del victimario involucrando, en la medida de lo posible, a este último en tal tarea, mediante la interiorización del significado que el hecho protagonizado tuvo para las víctimas. La sanción penal tiene, respecto a las víctimas, una función preservadora y otra creadora¹⁰.

La función preservadora se centra en tutelar a las víctimas a través del diseño de contextos jurídicos de contención de los riesgos derivados del comportamiento del victimario. Por ello, los poderes públicos, radicados en el espacio normativo y jurisdiccional, deben adoptar las medidas idóneas para prevenir la victimación, implementando los instrumentos jurídicos precisos para impedir la repetición de un hecho delictivo¹¹. Esta cosmovisión debe estar presente en las tareas de creación (ámbito legislativo), selección y aplicación (ámbito jurisdiccional) de los recursos penales. De esta forma, se produce un restablecimiento de la

ralela a la pérdida de soberanía de los Estados. BUSTOS RAMÍREZ, J.J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Nuevo sistema de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 22 y 23.

⁷ DIEZ RIPOLLÉS afirma que las penas de prisión muy largas son un instrumento privilegiado para la exclusión social de los delincuentes mediante su directa segregación de la sociedad. DIEZ RIPOLLÉS, J.L. «El abuso de sistema penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-01, 2017, p. 9.

⁸ Un ejemplo reciente de esta tendencia es la introducción por la LO 1/2015, de 30 de marzo de la prisión permanente revisable en nuestro Código Penal. Una visión crítica de la misma, RIOS MARTÍN, J.C. «La pena de prisión permanente revisable. La suspensión y sustitución de las penas», *Cuadernos Penales José María Lidón*, 10, Universidad de Deusto, Bilbao, 2014, pp. 21 y ss. P.A. RUBIO LARA, *Teoría de la pena*, cit., pp. 31 y ss.

⁹ En el campo de la filosofía política PETTIT reseña que el derecho penal sirve, entre otros objetivos, para defender a las víctimas. De ahí que, a su juicio, la política penal se estructura en torno a dos principios: parsimonia en la criminalización y reconceptualización del castigo como medio de rectificación de los efectos del delito. Para ello, la sanción penal debe cumplir los siguientes objetivos: lograr un reconocimiento del estatus de las víctimas, procurar que el delincuente recompense a las víctimas y renovar la seguridad de las víctimas en que el victimario no volverá a cometer un crimen. PETTIT, P. *Republicanismo*, ed. Paidós, Barcelona, 1999, pp. 202-208.

¹⁰ SUBIJANA, I.J. «El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento», *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, 73, Comares, Granada, 2006, pp. 30 y ss.

¹¹ SAMPEDRO ARRUBLA, J.A. *La Humanización del proceso penal*, ed. Legis, Bogotá, 2003, p. 81.

paz jurídica, que rodeaba a las víctimas antes de la aparición de la conducta delictiva, mediante la articulación de mecanismos de un contenido estrictamente asegurativo sobre la persona del victimario.

La función creadora busca la reconstrucción de la realidad vital trocada por el delito. Por ello, facilita la implicación del victimario en el reconocimiento del significado del hecho delictivo en el entramado existencial de las víctimas y promueve la realización, por su parte, de una actividad de reparación del daño causado. Con esta actuación, se restaura la situación creada con la lesión jurídica de los derechos de las víctimas, se involucra al victimario en la tarea de reconstitución de lo mutado por el delito y se estabiliza la norma como marco jurídico de protección. Se crean, en definitiva, los cimientos de una paz jurídica futura, mediante la dinamización de estrategias centradas en la comprensión por el victimario del significado que el hecho delictivo tuvo en el devenir vital de las víctimas.

La integración holística de las funciones preservadora y creadora dotaría de contenido al paradigma recreador. Buscaría la construcción de un espacio cualitativamente distinto al preexistente al delito y al generado por la infracción penal. El espacio previo al delito no está imbuido de sentido victimal. No existen ni las víctimas ni el victimario. El delito impregna de contenido victimológico a la realidad preexistente a la infracción criminal: crea las víctimas y los victimarios. La identificación de cada uno de ellos, la individualización de sus respectivas realidades vitales y la configuración de su relación se realiza desde la nueva cosmovisión ofrecida por el hecho delictivo. La sanción no pretende reeditar la realidad preexistente al delito. No se puede borrar la significación que el hecho delictivo tuvo para las víctimas y los victimarios; no es factible expulsar de su vida el delito sufrido y cometido. La sanción debe coadyuvar a construir una realidad, distinta a la preexistente al delito y diversa a la creada por el delito, que permita a quienes sufrieron un hecho delictivo dejar de observar la realidad que les circunda única y exclusivamente desde su pupila de víctimas.

2. *En la ejecución*

Las normas de ejecución integran el sistema global de consecuencias jurídico penales con una relativa autonomía político-criminal en la medida que la delimitación del contenido concreto de la ejecución viene determinado por principios diversos a los que informan la previsión legal de una sanción y la imposición judicial de la misma. Ello ha permitido sostener que el juez lleva a cabo, en el ámbito de la ejecu-

ción, una auténtica política criminal dentro del marco de la legalidad¹². En concreto, las penas de prisión persiguen fines distintos en cada una de las fases que conducen de su previsión a su ejecución.

La fase de conminación legal responde a un objetivo preventivo general. La pena fijada en la ley se dirige a la colectividad y se fundamenta y justifica en la necesidad de protección de bienes jurídicos para preservar la coexistencia libre y pacífica de los integrantes de la comunidad.

En la fase de determinación judicial¹³ conviven fines preventivo-generales y preventivo-especiales, con especial prevalencia de los primeros. La individualización e imposición de la pena constituye una confirmación de la vigencia de la norma jurídica y una actualización de la amenaza abstracta tipificada previamente en la ley. De ahí su vinculación preferente al cumplimiento de finalidades preventivo-generales. Ahora bien, en la medida que la elección jurisdiccional de la clase y duración de la pena, dentro del marco legal, predetermina o condiciona el contenido de la ejecución (por ejemplo, posibilidad de suspensión en el caso de las penas privativas de libertad), responde, también, a finalidades de prevención especial, al valorarse en el plano jurisdiccional la idoneidad de las alternativas a la ejecución penitenciaria de la pena privativa de libertad para contener un riesgo de reincidencia.

En la fase de ejecución de la pena se persigue un objeto preventivo-especial: que el que ya ha delinquido, y por ello ha sido condenado, no vuelva a reincidir en el delito. Los objetivos de prevención general —en todas sus dimensiones— ya han sido contemplados tanto cuando se diseña legalmente la extensión de la pena como cuando se especifica judicialmente la duración de la misma.

¹² SILVA SÁNCHEZ, J.M. «¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones en el Código Penal español», *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, ed. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, p. 283.

¹³ En el plano constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sostiene que el deber de motivar la individualización judicial de la pena tiene un carácter reforzado. En concreto, mantiene que el fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales adoptadas en virtud de una facultad discrecional reconocida al Juez penal se encuentra en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues solo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. Por todas, SSTC 198/2001 y 170/2004.

II. Los modelos de ejecución de las penas de prisión

1. Introducción: el principio de necesidad punitiva

Los modelos de ejecución de la pena de prisión se integran en un sistema jurídico que la doctrina del Tribunal Constitucional ha articulado en torno a dos premisas.

- El carácter reforzado de la motivación de las decisiones judiciales en materia de ejecución de la pena de prisión debido a que afectan al valor superior de la libertad. Consecuentemente, la argumentación de la decisión en esta materia tiene, por una parte, que ofrecer razones válidas que justifiquen la resolución que adopte para satisfacer las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y, por otra, tiene que trasladar, también, razones suficientes para sacrificar, en la medida que lo haga, el valor superior de la libertad —artículo 1.1. CE—.
- La existencia de plurales fines en la imposición y ejecución de las penas privativas de libertad, tales como la prevención general y la prevención especial¹⁴. La prevención general —en su dimensión disuasoria y en su manifestación de ratificación de la vigencia y utilidad de las normas como pautas sociales de convivencia— precisa que exista una adecuación entre la intensidad de la respuesta y la significación antijurídica del hecho. La prevención especial exige, desde la óptica del penado que ha infringido la norma de prohibición o de mandato, que se posibilite su incorporación al entramado comunitario sin riesgo de reincidir (interés de reintegración social del penado) y, desde la óptica de las víctimas que no han podido ser protegidas por la ley penal, que se neutralice el riesgo de que sean nuevamente victimizadas o de que se generen nuevas víctimas (interés de protección de las víctimas).

Para evitar las antinomias entre los diversos fines que justifican la imposición y la ejecución de las penas de prisión es preciso delimitar cómo se articulan los mentados fines para posibilitar la satisfacción judicial de las exigencias de motivación reforzada, dada la afectación del valor superior libertad. Al respecto, el examen de la regulación contenida en los artículos 80 y ss. del Código Penal permite atisbar la exis-

¹⁴ La doctrina del TC señala que la reeducación social a la que alude el artículo 25 de la CE no es la única finalidad de la pena, sino que también ha de añadirse la de disuadir a los posibles infractores de la comisión de hechos delictivos y el castigo de estos. Así, SSTC de 14 de enero de 1987, 23 de febrero de 1998 y 13 de enero de 1997.

tencia de dos marcos normativos que delimitan la función jurisdiccional en esta materia. A saber:

- El marco imperativo, en el que la extensión de la pena privativa de libertad impuesta por razones de prevención general únicamente posibilita la ejecución penitenciaria. En este caso, habrá que diferenciar los casos en los que la pena mínima legalmente prevista para el injusto cometido —atendiendo a sus características, grado de ejecución y modalidad de pertenencia jurídica— impide un modelo de ejecución distinto al penitenciario, de los supuestos en los que la pena mínima legalmente prevista para el injusto cometido —con todos los caracteres referidos— permite diversos modelos de ejecución. En este último caso, la determinación jurisdiccional de una extensión de la pena de prisión que, excediendo del mínimo, la coloque en una duración que únicamente permite la ejecución penitenciaria, precisará de una motivación reforzada que tiene que vincularse a los criterios fijados en el artículo 66.1.6.^a del Código Penal: las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.
- El marco opcional, en el que la extensión de la pena de prisión impuesta por razones de prevención general posibilita diferentes modelos de ejecución de la pena de prisión. En este marco la determinación jurisdiccional del modelo aplicable tiene que hacerse, para respetar el valor superior de la libertad, conforme al principio de necesidad punitiva. Según este principio —que es la traducción en este ámbito del criterio de la *ultima ratio*— cuando existan diversos modelos igualmente idóneos para satisfacer el objetivo de neutralizar la reincidencia y evitar, de esta materia, una nueva victimización de la misma o diferente víctima, habrá que imponer aquél que conlleve la menor aflicción para la libertad personal. La aplicación jurisdiccional del principio de necesidad punitiva provoca, cuando existen varios modelos de ejecución igualmente idóneos para neutralizar el riesgo de reincidencia y evitar una nueva victimización, una escalera axiológica compuesta de varios peldaños atendiendo al nivel de sacrificio que imponen al valor superior de la libertad.
- Los modelos de inejecución condicionada de la pena de prisión son preferibles al modelo de ejecución penitenciaria¹⁵.

¹⁵ Esta ubicación de lo penitenciario en la línea de cierre de los modelos de ejecución de la pena de prisión engarza con nitidez con un discurso constitucional, del que ya se hizo eco la STC 209/1993, de 28 de junio, que estima que el modelo de inejecución

- El modelo de inejecución condicionada simple —que únicamente contempla como condición que no se cometa un delito durante el plazo de suspensión— es preferible al modelo de inejecución condicionada substitutiva —que contempla, como prestación obligada, la imposición de una multa o de trabajos en beneficio de la comunidad—.
- El modelo de inejecución condicionada simple sin contenido prestacional —por ausencia de deberes, prohibiciones o prestaciones— es preferible al modelo de inejecución simple con contenido prestacional —por la presencia de deberes, prohibiciones o prestaciones—.
- El modelo de inejecución condicionada simple con contenido prestacional menos aflictivo (atendiendo a los deberes, prohibiciones y prestaciones que se imponen) es preferible al mismo modelo con un contenido prestacional más aflictivo.

Por lo tanto, los objetivos preventivos que tratan de cumplirse tienen diferente juego axiológico. Así hay injustos penales que, en atención a la significación antijurídica del hecho, tienen asignados jurisdiccionalmente, a partir de la ley, penas de prisión cuya extensión temporal impide la articulación de modelos de ejecución diferentes al penitenciario. En estos casos, la ley penal entiende que la satisfacción del criterio de adecuación de la intensidad de la respuesta al significado antijurídico del hecho —vinculado, como ha quedado dicho, al objetivo de prevención general— únicamente es posible mediante el modelo de ejecución penitenciaria de la pena de prisión, no siendo factible, por lo tanto, que el cumplimiento de los criterios de protección victimal y reinserción social del infractor posibiliten la articulación de modelos de ejecución de la pena de prisión distintos al penitenciario por objetivos de prevención especial. En estos casos, en definitiva, la barrera de la extensión temporal de la pena de prisión constituye un límite de prevención general infranqueable, puesto que el legislador estima que la renuncia a la privación de la libertad repercutiría en la eficacia intimidatoria del Derecho penal¹⁶. Sin embargo, cuando el injusto penal tiene asignada jurisdiccionalmente, a partir de la ley, una

condicionada viene inspirado por la necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que, en tales casos, la ejecución de una pena de tan breve duración no sólo impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 616.

pena de prisión cuya extensión temporal permite la implantación de los disímiles modelos de ejecución de la pena de prisión, se comunica que el criterio de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho no justifica la imposición del modelo de ejecución penitenciaria (en otras palabras, denota que los objetivos de prevención general pueden satisfacerse con diferentes modelos de ejecución de la pena de prisión). En estos casos, por lo tanto, será la idoneidad para neutralizar el riesgo de reincidencia —y de esta manera proteger a las víctimas y permitir una reinserción social del infractor en términos conciliables con el respeto a las leyes penales— los que determinen qué modelo de ejecución es factible, de manera que entre modelos igualmente idóneos siempre habrá que optar —por aplicación del principio de necesidad punitiva— por el menos aflictivo para la libertad personal. Ello supone colocar en el último lugar al modelo de ejecución penitenciaria y elegir, entre los modelos de inejecución, aquél menos lesivo para el valor de la libertad. En otros términos: si bien el artículo 25.2 CE no consagra un derecho subjetivo a la resocialización, sí concreta la proscripción de la privación de libertad inútil¹⁷.

Además la elección jurisdiccional del modelo apropiado de ejecución de la pena de prisión precisa que se adopte en un escenario institucional presidido por las garantías de audiencia al penado y de las partes procesales (valores de contradicción y escucha). También es precisa una calidad epistémica en la decisión mediante la aportación de los datos informativos necesarios para llenar de contenido a los criterios que dotan de sentido reglado a la decisión (sin que la presencia de los mismos constituya una carga exclusiva de las partes, conforme al modelo público de ejecución del que cabe predicar una oficialidad similar a la exigida por el artículo 2 LECrim para la instrucción).

2. *La Inejecución condicionada simple de la pena de prisión*

a. PRESUPUESTOS

Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada¹⁸, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad cuando sea ra-

¹⁷ ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal, Parte general*, 5.º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 515.

¹⁸ La motivación, que es la única manera de impedir que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad, debe ser además, reforzada, dado que, además del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) entra en juego, también, el derecho a la libertad personal (artículo 17.1 CE). Como afirma la STC 96/2017, de 17 de julio, el deber de motivación reforzada es una manifestación cualificada del test de razonabilidad que

zable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos (artículo 80.1 CP). El precepto deja bien a las claras que el modelo de inejecución condicionada es la opción preferente cuando permite construir un marco de neutralización del riesgo de reincidencia. Por ello el precepto exige que se decida la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en los casos que es razonable esperar —juicio de prognosis— que la ejecución de la pena no es necesaria para evitar la comisión por el penado de nuevos delitos. Formulado en positivo: la falta de necesidad de la ejecución penitenciaria de la pena privativa de libertad se producirá cuando su suspensión ejecutiva sea idónea para evitar la reincidencia delictiva. Por lo tanto, no procederá cuando la inejecución condicionada no desincentive la continuidad criminal. Es una manifestación clara del principio de necesidad punitiva.

Para justificar esta decisión, el Juez o Tribunal deberá valorar, según indica el artículo 80.1 CP, confiriendo, de esta manera, carácter reglado a la discrecionalidad, los siguientes factores:

- Las circunstancias del delito cometido. Como tales han de estimarse los datos factuales que no integran el injusto penal realizado, dado que ya han sido ponderados para fijar la extensión de la pena privativa de libertad. Se trata, por lo tanto, de datos que dibujan el contexto del hecho que tienen relevancia desde la perspectiva de la prevención especial, en la medida que confieren información sobre elementos criminógenos o motivacionales que pueden facilitar o dificultar la reiteración delictiva.
- Las circunstancias personales del penado, tales como el contexto laboral o profesional (el familiar y social, también relevante, están recogidos en otro criterio) cuya presencia o ausencia puede arrojar información plausible respecto al riesgo de reincidencia en un contexto de libertad deambulatoria.
- Sus antecedentes, expresión que, para evitar una invasión del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, deben circunscribirse a los penales y que, en aras a impedir un Derecho Penal de autor, deben ofrecer datos susceptibles de contraste que trasladen una información sugestiva sobre la tendencia criminógena del penado¹⁹. Es, por lo tanto, un con-

es propio, con carácter general, del deber de motivación resultante del art. 24.1 CE, ya que se trata, en definitiva, de comprobar la razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones recurridas desde la perspectiva del derecho a la libertad.

¹⁹ QUINTERO OLIVARES indica que se precisa una valoración de carácter criminológico de todos los aspectos de la historia personal del sujeto. QUINTERO OLIVARES, G. *Parte general del Derecho penal*, 5.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 599 y 560.

cepto criminológico vinculado a la trayectoria delictiva del penado. Responde a la idea de la lesión de la libertad del autor, que debe tener en cuenta los mensajes de advertencia que han supuesto las condenas pretéritas que, al cometer el nuevo hecho, ha vuelto a ignorar²⁰.

- Su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado. Al respecto, una conducta posterior al hecho alejada de la comisión de nuevos delitos es un comportamiento que traslada una actitud de cooperación con el derecho que aleja el riesgo de reincidencia. En la misma línea, un esfuerzo para reparar el daño en la medida de la propia capacidad denota un comportamiento voluntario de restablecimiento de la vigencia de la norma y de reconocimiento del daño injusto causado a la víctima que asienta un juicio favorable desde la perspectiva de la inserción social sin riesgo de reincidencia.
- Sus circunstancias familiares y sociales, ámbitos ambos que aportan elementos tangibles de integración o desintegración social que pueden actuar como factor de contención (en el primer caso) o de facilitación delictiva (en el segundo). Y, finalmente,
- Los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. Lo que refleja la necesidad de que el Juez o Tribunal pondere en cada caso si la implementación del elenco de reglas prestacionales diseñado en el artículo 83 del Código Penal puede posibilitar la construcción de un marco de contención de la reincidencia, en la medida que puede neutralizar uno o varios riesgos criminógenos presentes en el penado.

Varios de los factores señalados pudieran ser integrados de forma cumplida con la aportación proveniente de la ciencia criminológica, si bien, atendiendo a la nula presencia de los informes criminológicos en el sistema institucional de justicia, es de esperar que, desgraciadamente, lo intuitivo siga presidiendo este espacio jurisdiccional²¹.

²⁰ PAWLIK, M. *Ciudadanía y derecho penal*, ed. Atelier, Barcelona, 2018, p. 78.

²¹ Incluso el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, eliminó el único elemento de aportación pericial que contenía la norma precedente: el informe psicosocial. Al respecto el Grupo de Estudios de Política Criminal en su propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución aboga por la solicitud obligatoria de un informe psico-social en el que se analice el peligro de reincidencia y la posibilidad de su neutralización mediante el tratamiento o control. Así, Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Gráficas Luis Mahave, Málaga, 2005, pp.50 y 51. En el mismo sentido, CID MOLINÉ critica

En la medida de lo posible la inexecución condicionada se fija en la sentencia y, de no ser así, en la ejecución, previa audiencia de las partes (artículo 82.1 CP²²), y tiene un plazo de dos a cinco años (salvo para las penas leves que será de tres meses a un año), plazo que será computable desde la firmeza de la sentencia o, de acordarse en la ejecución, desde la fecha de la resolución, sin que se compute en el plazo suspensivo el tiempo en el que el penado estuviera en situación de rebeldía (artículo 82.2 CP). La novedad que reside en el dato de que, como principio de actuación, en la propia sentencia se fije este modelo de inexecución precisa que al juicio se aporten los datos informativos que nutren tanto la presencia de los requisitos legales para su implantación —los contenidos en el artículo 80.1 CP— como los fundamentos que justifiquen su adopción —los referidos en el artículo 80.2 CP—. Desde esta perspectiva habrá de interpretarse la mención legal a «en la medida de lo posible». En todo caso, cualquiera que sea el momento jurídico en el que se adopte, será preciso la audiencia de las partes, incluido el penado y la víctima (al respecto, véase lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito).

El modelo de inexecución condicionada simple precisa para su implantación que se cumplan las siguientes condiciones necesarias ex artículo 80.2 CP:

- Que el condenado haya delinquido por primera vez en el momento de la comisión del hecho delictivo que justificó la imposición de la pena cuyo modelo de ejecución se está dilucidando²³. Es una exigencia vinculada al criterio de reintegración comunitaria dado que se estima que quien, por primera vez, ha privado de

que los jueces y tribunales no empleen normalmente métodos criminológicos para evaluar el riesgo y los factores criminógenos. CID MOLINÉ, J. *La elección del castigo. Suspensión de la pena o «probation» versus prisión*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 65-48. Por su parte, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ señala que el legislador amplía la discrecionalidad judicial sin proporcionar elementos de apoyo al juez para decidir, como los informes criminológicos. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. en GÓMEZ TOMILLO, M (dir), *Comentarios prácticos al Código Penal, Parte General*, Artículos 1-137, tomo 1, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 747.

²² La STS 480/2018, de 18 de octubre afirma que el artículo 82 del Código Penal debe ser interpretado conforme a la Constitución y en los términos más favorables para la tutela judicial efectiva de las partes en litigio, razón por la que, aunque el precepto guarde silencio, la decisión en sentencia sobre la suspensión de la pena privativa de libertad debe ir precedida de un trámite de audiencia que permita a las partes pedir, alegar o probar lo procedente en derecho (...), caso de que esta cuestión no haya sido objeto de debate y prueba en el plenario.

²³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., cit., p. 748.

vigencia a la norma, lo que supone su desautorización factual, se encuentra en condiciones de seguir conviviendo socialmente sin infringir la ley penal, sin acudir, para la consecución de tal objetivo público, a un remedio tan aflictivo como el ingreso en prisión. A estos efectos, no se tienen en cuenta las condenas anteriores por delitos imprudentes (dado que no existe una voluntad encaminada a privar de vigencia a la norma penal), por delitos leves (dada su liviandad), por delitos graves o menos graves cuyos antecedentes penales estén cancelados o deban ser cancelados (forman parte del universo del olvido jurídico), o por delitos graves o menos graves cuyos antecedentes penales estén vigentes pero que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. En estos casos, por lo tanto, si se trata de condenas pretéritas que, en atención a su disímil naturaleza o al contexto en el que se produjeron, no reflejan una tendencia criminógena específica²⁴, puede concluirse que el modelo de inejecución condicionada simple puede ser un marco hábil para la contención del riesgo de reincidencia. En definitiva: para entender que este requisito impide la suspensión, debe existir, por lo tanto, una vinculación funcional entre el antecedente pretérito y el generado por el nuevo delito que refleje una tendencia criminógena específica que no sea posible neutralizar con el modelo de inejecución condicionada simple, con o sin reglas de conducta o de prestaciones.

- Que la pena o la suma de las penas impuestas no sean superiores a dos años, sin incluir en el cómputo la derivada del impago de la multa. Responde al criterio de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho cometido. La ley penal considera que la reafirmación de la vigencia de la norma y la disuasión de delinquir —criterios de prevención general— exigen que, cuando las penas de prisión impuestas excedan de dos años, se prive de libertad al condenado²⁵. Además, se considera que el tiempo de privación impuesto permite

²⁴ Se ha mencionado en la doctrina a los delitos de escasa importancia o a las infracciones menos graves absolutamente heterogéneas respecto al delito cuya pena se trata de suspender. Así, CERVELLO DONDERIS, V. «Suspensión de la pena y valoración de la peligrosidad criminal», en ORTS BERENGUER, E. (dir.), *Derecho penal de la seguridad y prevención de la delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 477, o GARCÍA ALBERO, R. «La suspensión de la ejecución de las penas», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 149.

²⁵ GRACIA MARTIN, L./ALASTUEY DOBÓN, C., en GRACIA MARTIN, L., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 327.

la implementación de programas públicos en el marco del tratamiento penitenciario encaminados a la reinserción social del penado —criterio de prevención especial—.

- Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en la sentencia. El criterio de reinserción social del penado exige que haya hecho todo lo que esté en sus manos para reparar el daño injusto causado a la víctima y restablecer la situación antijurídica creada con el delito. De ahí que se precise que posibilite el decomiso y, consecuentemente, se vea privado de los efectos, instrumentos y ganancias obtenidos con el delito. También, con un criterio de clara orientación victimológica²⁶, se precisa que el penado haya desplegado un inequívoco esfuerzo encaminado a restaurar el daño causado a la víctima. Lo fundamental es que despliegue el esfuerzo necesario conforme a su propia capacidad. De ahí que se contemple que este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica²⁷ y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine (artículo 80.2.3.º *in fine* del CP). Cuando el penado haya aportado un compromiso de satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto* el Juez o Tribunal podrá solicitar las garantías que estime convenientes para asegurar su cumplimiento, atendiendo al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social. Este último criterio responde a razones de prevención general y, como tal, carece de sentido en un momento jurídico en el que son determinantes las razones de prevención especial. La excepción a esta regla general de la admisión del compromiso de cumplimiento de la responsabilidad civil viene contenida en el artículo 308 bis CP: la suspensión de la ejecución de las penas impuestas por estos delitos precisa, además del cumplimiento de los requisitos del

²⁶ GARCIA ALBERO, R., *cit.*, p. 151.

²⁷ El ATC 3/2018, de 23 de enero señala que se condiciona el otorgamiento de la suspensión a la asunción por el penado de una actitud favorable hacia la víctima, que implique el compromiso de realizar un mínimo esfuerzo tendente a resarcirla del daño. Si la situación económica del penado es realmente precaria nada se opone, en el nuevo esquema normativo diseñado por el legislador, a que ese esfuerzo consista en el compromiso de pagar la indemnización si esa capacidad económica mejora durante el plazo total de suspensión que haya sido concedido.

artículo 80 CP, el abono de la deuda tributaria o con la Seguridad Social o el reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas.

b. PROGRAMA CONDUCTUAL: PROHIBICIONES, DEBERES Y PRESTACIONES

Cumplidas las condiciones legales, en diversidad de ocasiones la neutralización del riesgo de reincidencia precisa que el Juez o Tribunal imponga específicas prohibiciones y concretos deberes al penado²⁸. En estos supuestos, este marco prestacional de obligado cumplimiento es necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos y siempre será preferible, desde la perspectiva de la necesidad punitiva, a la especial aflicción que presenta la ejecución penitenciaria de la pena. Por lo tanto, el principio de necesidad punitiva precisa que: i) el cumplimiento de las prohibiciones y deberes que integran el programa conductual de obligado cumplimiento sea necesario para neutralizar el riesgo de reincidencia (el Juez o Tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos, dice el artículo 83.1 CP) y ii) que los deberes y prohibiciones que se impongan sean los precisos para la satisfacción de tal finalidad, sin contenidos punitivos adicionales (sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados, menta el referido artículo 82.2 CP).

Estas prohibiciones y deberes cabe sistematizarlos de la siguiente manera:

- Reglas que tratan de crear un espacio de reducción de las oportunidades de delinquir: prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que se determine por el Juez o Tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio (1.^a); prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo

²⁸ Se ha denunciado la infrutilización de las reglas de conducta como pautas de actuación complementarias del penado que recuerdan al sistema de prueba de origen anglosajón. Así, SOUTO, M.A. *La suspensión de la ejecución de la pena tras la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 29.

- (2.^a); mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del Juez o Tribunal (3.^a); prohibición de residir en un lugar determinado o acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos (4.^a); prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos (9.^a).
- Reglas que persiguen garantizar un contacto con las instituciones: obligación de comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el Juez o Tribunal, dependencias policiales, o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas (5.^a).
 - Reglas que tratan de permitir la realización de hábitos o actitudes de cooperación con el derecho y de elaboración de valores sociales constructivos: participar en programas formativos, laborales o culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares (6.^a); cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona (9.^a).
 - Reglas que pretenden neutralizar el factor criminógeno vinculado a déficits de motivación normativa: participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos (7.^a).

En materia de delitos de violencia de género, el legislador sigue manteniendo el sistema actuarial, conforme al cual la comisión de delitos de esta naturaleza lleva implícito un riesgo de reincidencia cuya neutralización precisa, por una parte, de la imposición de una prohibición de todo tipo de interacción del penado con las víctimas así como, por otra, del seguimiento de una actividad formativa específica en materia de igualdad de trato y no discriminación (artículo 83.2 CP).

El control del cumplimiento de las prohibiciones y deberes se realizará, atendiendo a su contenido específico, por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o los servicios de gestión de penas y medidas

alternativas de la Administración Penitenciaria, quienes pondrán en conocimiento del Juez o Tribunal de ejecución cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante para valorar la posibilidad de comisión de nuevos delitos (artículos 83.3 y 4 CP).

Junto a las prohibiciones y deberes, el Juez o Tribunal, y es una de las novedades de la reforma, puede condicionar la suspensión de la ejecución al cumplimiento de las siguientes prestaciones o medidas:

- El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación. Esta medida es una de las plasmaciones del modelo de justicia restaurativa²⁹ —modelo que, sucintamente, trata de crear un espacio de comunicación entre el imputado y la afirmada víctima para, entre otros objetivos, reparar el daño causado— cuyo reconocimiento legal se produce en el artículo 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.
- El pago de una multa cuya extensión no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.
- La realización de trabajos en beneficio de la comunidad cuya extensión no podrá ser superior a la que resultase de aplicar una jornada de trabajo por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

La vigencia de las prohibiciones, deberes y prestaciones que, en su caso, integren el modelo de inexecución condicionada simple de la pena de prisión está vinculada, también, al cumplimiento del principio de necesidad punitiva, que tiene un carácter, por lo tanto, dinámico. Así el artículo 85 CP, permite al Juez o Tribunal, atendiendo a la modificación de las circunstancias valoradas para su implementación, acordar el alzamiento de todas o algunas de las prohibiciones, deberes o prestaciones acordadas o, en su caso, su modificación o sustitución por otras que, en todo caso, resulten menos gravosas. No se trata de una facultad libérrima del Juez o Tribunal (como puede sugerir el término podrá). Es una regla que debe ser interpretada a la luz del principio de necesidad punitiva, razón por la cual deberán ser alzadas, modificadas o sustituidas aquellas prohibiciones, deberes o prestaciones que han dejado de ser útiles para neutralizar el riesgo de reincidencia.

²⁹ SUBIJANA, I.J. «El modelo de justicia restaurativa tras la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito», *Cuadernos penales José María Lidón*, 13, Universidad de Deusto, Bilbao, 2017, pp. 146 y ss.

C. LA REVOCACIÓN Y LA REMISIÓN

La revocación de la inexecución condicionada simple (que conlleva la ejecución de la pena de prisión), puede obedecer a un conjunto de causas que, conforme a lo dispuesto en el artículo 86 CP, pueden integrarse en dos grupos:

- El primer elenco de causas obedecen a la existencia de una materialización del riesgo de reincidencia (aquél que se pretendía neutralizar con el modelo de inexecución) o la presencia de una significativa elevación del mentado riesgo. Así: cuando el penado sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida; o cuando incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones, deberes o prestaciones establecidas. En el caso de comisión de un delito el precepto introduce un elemento axiológico que antes no existía: la necesidad de que, constatada la comisión de un delito durante el plazo de suspensión, el juez o tribunal delimite si tal comisión pone de manifiesto «que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida». Es decir: que la revocación únicamente está justificada cuando al dato de la comisión del delito durante el plazo de suspensión ejecutiva (presupuesto necesario, incluida la condena por delito leve) se la añade la inferencia de que el modelo de inexecución condicionado ya no es un marco jurídico idóneo para neutralizar el riesgo de reincidencia que se pretendía contener con el mismo (presupuesto suficiente). En principio, se pueden producir dos situaciones:
- Que entre el delito que motivó la inexecución condicionada y el delito cometido durante el plazo de suspensión no exista una homogeneidad por responder a injustos de naturaleza distinta. En este caso, no puede afirmarse que se ha materializado el concreto riesgo de reincidencia que pretendía neutralizarse con el modelo de inexecución condicionada. Más bien, se ha añadido un riesgo de reincidencia distinto al detectado inicialmente. Procederá examinar, por lo tanto, si el modelo de inexecución condicionada inicialmente impuesto por sí mismo o complementado con las prohibiciones, deberes o prestaciones adicionales y/o con la prórroga del plazo de suspensión puede neutralizar ambos riesgos criminógenos (el derivado del pretérito delito, que hasta este momento lo ha contenido, y el generado por el nuevo delito). Si es así, no procederá la revocación.

- Que entre el delito que motivó la inejecución condicionada y el delito cometido durante el plazo de suspensión exista homogeneidad por responder a injustos de la misma naturaleza. En tal caso, se constata que el riesgo criminógeno que se pretendía neutralizar con el modelo de inejecución condicionada implementado no ha permitido tal contención, dado que el riesgo se ha materializado en el delito, lo que denota una tendencia criminógena específica. En este caso únicamente podrá evitarse la revocación en contextos excepcionales como los siguientes: i) cuando concurren circunstancias que reflejen que el modelo de inejecución condicionada inicialmente impuesto no contempló un riesgo criminógeno que ha sido detectado tras la comisión del nuevo delito y, además, el mentado riesgo puede neutralizarse complementado el modelo de inejecución con prohibiciones, deberes o prestaciones adicionales y/o con la prórroga del plazo de suspensión; ii) cuando, tras la implantación del modelo de inejecución condicionada se hayan cumplido, tras la comisión del delito que motiva la petición de revocación, programas prestacionales específicos dirigidos a neutralizar el riesgos criminógeno (tales como programas formativos o terapéutico) y, tras ellos, no se haya cometido un delito, y se estime que el modelo de inejecución, con los complementos precisos en términos de contenido y/o plazo, puede neutralizar el riesgo de reincidencia y iii) finalmente, cuando, existiendo el mismo riesgo criminógeno, el tiempo de inejecución transcurrido sin cometer un nuevo delito y/o la comisión de un delito leve refleje, en términos de proporcionalidad en la respuesta, que es factible acudir a remedios jurídicos menos afflictivos que la revocación para obtener el objetivo de neutralización del riesgo de reincidencia.
- El segundo grupo de causas denotan que no se han cumplido las condiciones establecidas para la implantación del modelo (el penado facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado, o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio o no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello) o se han evitado controles específicos (se sustraiga al control de los servicios de gestiones de penas y medidas alternativas de la Administración Penitenciaria).

Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o prestaciones no es grave o reiterado, el Juez o Tribunal puede imponer nuevas pro-

hibiciones, deberes o prestaciones, o modificar las ya impuestas, o, finalmente, prorrogar el plazo de suspensión hasta el límite de la mitad de la duración inicialmente fijada³⁰ (artículo 86. 2 CP).

La falta de comisión de un delito durante el plazo de suspensión que ponga de manifiesto que la expectativa en que se fundó la suspensión no puede ser mantenida y el cumplimiento suficiente de las prohibiciones, deberes y prestaciones impuestos justificará la remisión de la pena (artículo 87.1 CP)

3. *La inejecución condicionada con componente sustitutivo de la pena de prisión*

Es una modalidad de ejecución que el artículo 80.3 CP prevé para el penado que:

- No sea habitual (se mantiene el concepto normativo de habitualidad previsto en el artículo 94 CP, sin, a mi juicio, integrar los delitos leves dado que los mismos no se computan para calificar al penado como delincuente primario lo que justifica que tampoco se tengan en cuenta para colmar un elemento que impide, *ex lege*, el acudir a un modelo de inejecución condicionada de la pena de prisión más aflictivo, al provocar la imposición de penas de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad).
- Esté condenado a penas que individualmente no excedan de dos años (lo que permite la sustitución de varias penas de prisión impuestas en la misma sentencia aunque la suma de las mismas exceda de dos años); y
- Cuyas circunstancias personales, la naturaleza del hecho su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño así lo aconsejen.

El factor atinente al carácter habitual del penado se vincula a la existencia de una trayectoria delictiva —número de delitos— que refleja una tendencia criminógena específica —dado que los injustos cometidos afectan a bienes jurídicos de la misma naturaleza— que justifica que, a pesar de que la duración de la pena de prisión impuesta permita, desde la perspectiva de la significación antijurídica del hecho, diferentes modelos de ejecución, únicamente se contemple como facti-

³⁰ El plazo de suspensión puede alcanzar, por lo tanto, los siete años y medio, tiempo que se ha tildado de excesivo. GARCIA ALBERO, R., *cit.*, p. 168.

ble, desde la prevención especial, el penitenciario, entendiendo de una forma precipitada que el habitual no tiene alternativa distinta a la prisión. Lo más razonable, desde la perspectiva del principio de necesidad punitiva, es que la habitualidad delictiva fuera un criterio a ponderar en el momento de decidir cuál es el modelo de ejecución de la pena de prisión procedente, sin la rigidez que introduce su previsión legal como causa que excluye el modelo sustitutivo³¹.

La exigencia de que las penas de prisión impuestas no excedan individualmente de dos años de duración responde al criterio de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho. Se produce una expansión respecto al modelo de inejecución condicionada simple —que impone la suma de las penas impuestas para calcular el límite de los dos años— que, quizás, obedezca al carácter más aflictivo del modelo sustitutivo dado que, de forma imperativa, viene acompañado de la imposición de una multa o de unos trabajos en beneficio de la comunidad.

Si la duración de la pena de prisión y el perfil criminógeno del penado lo permite, el Juez o Tribunal deberá analizar si procede el modelo de inejecución condicionada sustitutiva, atendiendo a las circunstancias personales del penado, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado. Procederá, por lo tanto, valorar, fundamentalmente, si el penado ha desplegado conductas destinadas al restablecimiento voluntario de la norma infringida con el hecho delictivo a través de comportamientos restaurativos del daño causado, lo que refleja una menor necesidad de contenido punitivo en la pena. De ahí que la inejecución se supedita a que se produzca una reparación efectiva del daño o una indemnización del perjuicio causado conforme a las posibilidades físicas y económicas del penado o al cumplimiento del acuerdo alcanzado en mediación, en el que pueden fijarse contenidos prestacionales vinculados a obligaciones de dar, hacer o no hacer (artículo 80.3 párrafo segundo en relación con los artículos 84.1.1.^a y 112 del Código Penal).

En estos casos (de ahí la mención a que se trata de una inejecución con componente sustitutivo) la suspensión de la pena de prisión conlleva el pago de una multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad cuya extensión, en ambos casos, no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión (un día de privación equivale a dos días multa o a una jornada de trabajo) sobre un quinto

³¹ MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4.^a ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 126.

de la pena impuesta (artículo 80.3 párrafo segundo en relación con el artículo 84.1.2.^a y 3.^a del Código Penal).

El régimen de revisión, revocación y remisión es idéntico que el previsto para el modelo de inejecución simple.

4. *La inejecución terapéutica*

Este modelo de inejecución responde a los parámetros de la justicia terapéutica. De ahí que su premisa sea que el penado haya cometido los hechos delictivos a causa de su dependencia al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas y sustancias estupefacientes o psicotrópicas, siempre que las penas privativas de libertad impuestas no excedan de cinco años de duración (artículo 80.5 CP). En estos casos, que no es preciso se declaren en la sentencia tal y como se indica en la STS 716/2014, es obvio que la adicción etílica o tóxica es el factor criminógeno a tratar, dado que la mentada adicción, en los supuestos de delincuencia funcional, influye de forma determinante en la capacidad volitiva del sujeto para ser motivado por la ley penal. De ahí que lo determinante no es la biografía delictiva del penado —por ello se prevé para delincuentes primarios, reincidentes e incluso habituales—. Lo vertebral es que haya existido o exista un contexto terapéutico del tratamiento de la adicción que sea idóneo para neutralizar el riesgo de reincidencia. Por ello el precepto regulador exige que se acredite suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el penado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin. A estos efectos el Juez o Tribunal podrá acordar la práctica de las diligencias oportunas para su comprobación sin que sea preceptivo, como en la regulación pretérita, que se solicite de la Clínica Médico Forense un informe de la idoneidad del tratamiento.

De modo coherente con un modelo de justicia terapéutica, la inejecución, que tendrá un plazo mínimo de tres años y máximo de cinco, se condiciona al seguimiento del tratamiento de deshabituación hasta su finalización o, en su caso, la verificación de la deshabituación producida.

La revocación o la remisión de la pena va a depender de la presencia o ausencia de dos elementos: la materialización del riesgo de reincidencia en términos que impiden mantener la expectativa de no delinquir o la existencia de elementos de agravación del riesgo de reincidencia. Si el penado comete un delito durante el plazo de suspensión, y de esta manera materializa el riesgo de reincidencia que se pretendía contener, el Juez o Tribunal —sí, conforme a lo anteriormente indicado

estima que la expectativa de no delinquir en la que se fundada la decisión de suspensión no puede ser mantenida— revocará la inejecución y acordará el cumplimiento de la pena. Si el penado no comete un delito que impide mantener la expectativa en que se funda la suspensión pero abandona el tratamiento (sin que en tal concepto se integren las recaídas en el tratamiento que no evidencien un cese definitivo del mismo), el significativo riesgo de reincidencia que genera la ausencia de un contexto terapéutico que neutralice el riesgo de reincidencia vinculado a la adicción, justifica la revocación y el cumplimiento de la pena. Sin embargo, si no se comete un delito de las características anteriormente referidas y se sigue el tratamiento de una forma irregular (sin abandonos pero con recaídas), el incremento del riesgo de reincidencia provocado por la debilidad, que no inexistencia, del contexto terapéutico justifica que el Juez o Tribunal pueda acordar la prórroga del plazo de suspensión por un plazo no superior a dos años (artículo 87.2 CP). Obviamente si no se delinque durante el plazo de suspensión y además se logra el objetivo perseguido con el tratamiento, se produce la remisión de la pena (artículo 87.2 CP).

Fundamentación y aplicación práctica de la suspensión de la pena de prisión¹

Daniel Varona Gómez

Universidad de Girona

Sumario: I. Introducción. II. Suspensión de la pena y justificación del castigo. 1. Suspensión de la pena y Prevención General Negativa. 2. Suspensión de la pena y Prevención General Positiva. 3. Suspensión de la pena y Prevención Especial Positiva (Rehabilitación). 4. Suspensión de la pena y Prevención Especial Negativa (Incapacitación). 5. Suspensión de la pena y Retribución (modelo proporcionalista del castigo). 6. Suspensión de la pena y Reparación / Protección de la Víctima. 7. Conclusiones sobre la fundamentación de la suspensión de la pena de prisión. III. La aplicación práctica de la suspensión de la pena. 1. La problemática de los datos. 2. Investigaciones con datos primarios. IV. Conclusiones: sobre el papel de la suspensión de la pena en el sistema punitivo español. V. Bibliografía.

Resumen: La suspensión de la pena de prisión es una institución problemática que no presenta una fundamentación unánime ni en la doctrina ni en la jurisprudencia de nuestro país. Ello se explica en atención a la diferente fundamentación que esta institución puede presentar en función, a su vez, de la justificación del castigo que se estime prevalente. En el presente trabajo se aborda esta problemática realizando un recorrido por los diversos modelos punitivos que justifican el castigo, analizando las claves que en cada uno de ellos explicaría el contenido de esta institución. Adicionalmente se pretende aportar conocimiento sobre la aplicación práctica de la suspensión de la pena de prisión en nuestro sistema de

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «La ejecución de la pena en la era de expansión del Derecho Penal» (DER2014-59743-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Correspondencia a daniel.varona@udg.edu.

justicia penal, ya que existe una alarmante escasez de datos en este sentido y ello impide valorar con justicia el papel que esta institución tiene (o no) como verdadera pena alternativa a la prisión.

Palabras clave: Suspensión de la pena, justificación del castigo, penas alternativas a la prisión, punitivismo.

I. Introducción

Existe en nuestro país una literatura ingente sobre la institución de la suspensión de la pena de prisión². Al margen de que, ciertamente, la abundancia de estudios teóricos es normal en el estado actual de la academia española (concurrida y sometida a permanente escrutinio evaluador), uno podría justificar el interés por la suspensión de la pena de prisión aludiendo a la gran relevancia que esta institución presenta en un país que, hasta hace unos años, mostraba un imparable ascenso de la población penitenciaria, pues la suspensión de la pena de prisión siempre ha tenido la vocación de ser un poderoso freno de la tasa de reclusión. Sin embargo, como también es usual en nuestro país, la saturación teórica viene acompañada de una carencia de estudios y datos fiables sobre la realidad práctica, en nuestro caso, de la suspensión de la pena de prisión.

Nos encontramos así con la paradoja de que nuestra doctrina ha abordado casi todos los problemas teóricos concebibles de la institución, pero apenas sabemos nada sobre el grado de aplicación real de tal institución, con la agravante de que, en nuestro caso, los datos sobre la aplicación de la suspensión de la pena de prisión son clave para valorarla, pues se trata de una institución que tiene una función práctica fundamental (servir como pena alternativa a la prisión). Función que, sin datos fiables, sólo podemos adivinar o intuir.

Ante ello, el propósito fundamental del presente trabajo es precisamente aportar luz en este particular punto (la aplicación práctica de la suspensión de la pena), analizando las fuentes disponibles y presentando los datos de una investigación en curso en los juzgados de lo penal de mi ciudad (Girona). Estos datos, como se podrá ver, muestran

² Vid. por todos, debido a su reciente publicación, las monografías de TRAPERO BARRALES, M. A. *El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*, Dykinson, Madrid, 2017; y ABEL SOUTO, M. *La suspensión de la ejecución de la pena tras la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; ambas con abundante bibliografía.

cómo la suspensión de la pena de prisión es una institución muy aplicada por nuestros jueces y tribunales, por lo que, en mi opinión, puede hablarse de que su historia es una historia de éxito.

No obstante, antes de analizar la aplicación práctica en nuestros tribunales de la suspensión de la pena, es necesario estudiar la propia justificación de esta institución a la luz de los diferentes modelos punitivos (o teorías del castigo), pues como a continuación veremos, la suspensión de la pena de prisión no tiene una justificación unánime o pacífica en la doctrina penal y criminológica así como en la jurisprudencia, y sin embargo, su contenido puede variar de forma relevante en función de la doctrina del castigo que uno escoja para fundamentar la suspensión de la pena de prisión.

II. Suspensión de la pena y Justificación del castigo

1. *Suspensión de la pena y Prevención General Negativa*

Para los partidarios de concebir el castigo como una amenaza dirigida a la ciudadanía con el fin de que todo potencial delincuente se abstenga de cometer el delito por temor a que se le aplique el castigo previsto por la ley³, la suspensión de la pena de prisión presenta una clara problemática: si la ley amenaza la comisión de un determinado delito con la pena de prisión y esta pena finalmente no es aplicada, sino que es suspendida, ¿no supone tal inejecución del castigo una clara disminución del efecto disuasorio de la pena?; ¿no estamos dinamitando la eficacia preventiva (intimidadora) de la pena de prisión cuando finalmente el condenado cumple una pena bien distinta?

En este sentido, uno de los penalistas más reconocidos en nuestro país, José CERESO, ya señalaba que:

La posibilidad de concesión, con carácter general, de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad de duración no superior a dos años (arts. 80.1 y 81.2.^a) implica, a mi juicio, un grave

³ En este sentido se habla de «Prevención General Negativa», (1) *prevención* porque la finalidad del castigo es evitar delitos futuros; (2) *general*, porque se trata de evitar delitos cometidos por cualquier ciudadano (que para esta teoría es un potencial delincuente) y por ello la amenaza es una amenaza dirigida a la generalidad de personas; y (3) *negativa*, porque se pretende evitar delitos no apelando a la buena conciencia de los ciudadanos o a la inmoralidad del comportamiento, sino en primera línea a una pura cuestión instrumental como es el temor o la aversión al daño (castigo), esto es, la evitación de algo negativo. *Vid.* sobre el concepto y la evidencia empírica relativa a la teoría de la prevención general negativa, por todos, VON HIRSCH, A. / BOTTOMS, A. E. / BURNEY, E. / WIKSTRÖM, P. O. *Criminal Deterrence and Sentence Severity*, Hart Publishing, Oxford, 1999.

menoscabo de las exigencias de la prevención general y de la reafirmación del ordenamiento jurídico en aras de la prevención especial⁴.

Sin embargo, lo cierto es que los partidarios de la prevención general negativa no han querido renunciar a la suspensión de la pena de prisión y defienden su adecuación al modelo con diferentes argumentos. La defensa más usual de la suspensión de la pena de prisión, pasa por subrayar el límite penológico que preside la institución: no cualquier pena de prisión puede ser suspendida, sino sólo aquella, en nuestra legislación vigente, que no supere los dos años de prisión⁵. Es decir, sólo son suspendibles penas de prisión por delitos que en principio no son graves y por tanto ello no debería afectar a la capacidad disuasoria del castigo.

Ciertamente, a este argumento se podría replicar que hay muchos delitos castigados con pena de prisión no superior a dos años (y más si tenemos en cuenta que el límite de la pena de prisión se aplica a la pena impuesta en sentencia, no a la pena abstracta prevista en el código penal por el delito)⁶, por lo que sigue en el aire la cuestión relativa a si la suspensión de la pena de prisión no pondría en entredicho el mensaje disuasorio de la ley penal⁷.

⁴ CERESO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, vol. I, *Introducción*, Tecnos, sexta edición, 2004, p. 37.

⁵ La alusión a que las necesidades de prevención general han sido contempladas por nuestro legislador en la institución de la suspensión a la hora de situar el límite máximo de penas susceptibles de ser suspendidas (en la modalidad general 2 años) es usual en nuestra doctrina penal (clásico en este sentido en nuestro país es el trabajo de LUZÓN PEÑA, D. M. *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Universidad Complutense, Madrid. Modernamente *vid.* las amplias referencias contenidas en TRAPERO BARREALES, *op. cit.*, p. 68). No obstante, como puede apreciarse en la cita del profesor CERESO MIR se discute hasta qué punto las necesidades de prevención general negativa aconsejarían reducir o ampliar el límite penológico establecido en la ley penal; esto es, dónde está el punto en que las necesidades de prevención general se ven demasiado sacrificadas en aras de consideraciones de prevención especial.

⁶ De hecho, según los datos accesibles en el INE la gran mayoría de penas de prisión impuestas por nuestros jueces y tribunales penales son penas que no superan los dos años de prisión (los datos oscilan sobre el 90% de las penas impuestas).

⁷ Por esta razón, en nuestra doctrina y tribunales se discute si consideraciones de prevención-general podrían también filtrarse en la decisión concreta del juez relativa a la concesión o no de la suspensión de una pena en principio (por no superar el límite legal de pena) suspendible. Sobre esta discusión, *vid.* ampliamente, en sentido negativo, al partir de la primacía de otro modelo punitivo (el rehabilitador) en la decisión sobre la suspensión de la pena de prisión CID MOLINÉ, J. *La elección del castigo*, Bosch, Barcelona, 2009 pp. 90 y ss.; *vid.* también TRAPERO BARREALES, *op. cit.*, pp. 60 y ss. (en particular p. 99). Y en sentido positivo, esto es, defendiendo la relevancia de consideraciones preventivo-generales más allá de los límites legales de la suspensión, *vid.* por todos, CARDENAL MONTRAVETA, S. «Función de la pena y suspensión de su ejecución», *InDret*, 4/2015, pp. 1-33; también «¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias

Por ello, al argumento relativo a la poca gravedad de la pena de prisión suspendible, se suelen añadir argumentos adicionales desde la lógica de la prevención general. Así, se señala que cuando se suspende la pena de prisión la amenaza del castigo no queda en realidad cancelada, sino que sólo se encuentra en suspenso a resultas del comportamiento futuro del penado⁸. En otras palabras, no es que la suspensión de la pena de prisión anule la amenaza del castigo, únicamente la congela momentáneamente. Adicionalmente se señala que, en realidad, el efecto intimidatorio se consigue mediante la previsión de la pena de prisión en la ley penal (esto es, el delito está castigado con prisión), ya que es ilusorio pensar que la futura e incierta aplicación por parte del juez o tribunal de la suspensión de la pena va a formar parte del cálculo que el potencial delincuente realizará a la hora de decidir si comete el delito o no. Por último, también se alude a que multitud de investigaciones criminológicas han documentado que el efecto disuasorio del castigo no radica en la severidad del mismo, sino más bien en su certeza, lo cual atenuaría el temor de una disminución del efecto preventivo del castigo por el hecho de no castigar tan severamente la conducta como la ley en principio prevé.

Sea como fuere, como puede apreciarse, desde el punto de vista de la prevención general la aceptación de la suspensión de la pena de prisión es problemática pues no puede desconocerse que tal institución, a primera vista, parece claramente una dilución del castigo. Prueba de ello es que no es difícil encontrar sentencias de nuestros tribunales que han aludido a esta cuestión para discutir (y denegar) la aplicación en un caso concreto de la suspensión de la pena de prisión, en especial modernamente en toda una serie de casos de delincuencia económica y delitos de corrupción política especialmente notorios y mediáticos⁹.

para la decisión sobre la suspensión de su ejecución», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 17-18, 2015, pp. 1-44; y «Corrupción pública y suspensión de la ejecución de la pena», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 37, 2017, pp. 179-247.

⁸ Así, por ejemplo, GARCÍA ALBERO, R. «La suspensión de la ejecución de las penas», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 143-171: «Desde el punto de vista preventivo general negativo, el efecto intimidatorio se consigue igualmente con la misma condena y la amenaza de ejecución en caso de reiteración delictiva». En el mismo sentido, DE PAÚL VELASCO, J. M. «Comentario de urgencia sobre las modificaciones introducidas por la L.O. 1/2015 en el régimen de la suspensión de condena y de la libertad condicional», *Revista General de Derecho Penal*, vol. 24, 2015: «Las exigencias de prevención general (...) quedan satisfechas con la confirmación de la seriedad de la amenaza penal a través de la sentencia condenatoria y de la posibilidad de ejecución de la pena», p. 2.

⁹ *Vid.* un resumen de estos casos y una defensa de los argumentos de los tribunales contrarios a la suspensión de la pena en esta clase de delitos apelando a consideraciones de prevención general negativa y positiva en CARDENAL MONTRAVETA, S. *op. cit.*, 2017.

2. Suspensión de la pena y Prevención General Positiva

Aún a riesgo de simplificar suele entenderse por Prevención General Positiva aquel modelo punitivo o teoría del castigo que asigna al derecho penal una función de prevención de delitos que pudiera cometer cualquier ciudadano (en este sentido es prevención general), pero no a través de la intimidación o el temor, sino a través de un mecanismo más «positivo» como sería la reafirmación del ordenamiento jurídico: cuando castigamos a un individuo por la comisión de un delito concreto mandamos un mensaje a la colectividad relativo a que la norma vulnerada no ha perdido por ello vigencia, y ha de seguir siendo considerada como la expectativa de comportamiento válida. Es en este sentido que el castigo sirve para reafirmar el ordenamiento jurídico.

Pues bien, desde esta comprensión del castigo nos encontramos básicamente con el problema antes analizado respecto de la suspensión de la pena de prisión: ¿no impide esta suspensión la reafirmación del ordenamiento jurídico al poder ser interpretada por la colectividad como una patente de corso? En otras palabras, si a través del castigo reafirmamos las normas jurídicas, ¿no supone la suspensión de la pena de prisión una especie de convalidación del delito y con ello no pone en serios problemas la vigencia de las normas penales?

La mejor prueba de que estamos ante una problemática real es que nuestro propio legislador, en el *Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*¹⁰, incluyó una expresa mención a esta cuestión:

Art. 80.4 PRCP. No se suspenderá la ejecución de las penas privativas de libertad superiores a un año cuando aquélla resulte necesaria para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito.

Esta expresa limitación de la suspensión de la pena de prisión fue objeto de multitud de críticas en la doctrina penal y quizás por ello desapareció finalmente del redactado final de la nueva regulación de la suspensión de la pena de prisión llevada a cabo por la LO 1/2015, lo cual es interpretado mayoritariamente como una clara muestra de que las consideraciones relativas a la prevención general positiva no

¹⁰ Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, 4-10-2013 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF).

pueden tener ningún papel en la configuración e interpretación de esta institución¹¹.

Sin embargo, de nuevo la aplicación de la suspensión de la pena de prisión en los tribunales enseña que esta problemática sigue latente¹². Quizás por ello, algunos autores prefieren afrontar el problema y señalar que en realidad la suspensión de la pena de prisión no pone en cuestión la reafirmación del ordenamiento jurídico porque, primero, el umbral penológico de los dos años de condena limita ya la potencial aplicación de la institución a delitos no graves y, segundo, la reafirmación del ordenamiento jurídico tiene lugar fundamentalmente en el momento de dictar sentencia, esto es, cuando se condena a la persona por la comisión de un determinado delito¹³. En el momento posterior, el de la ejecución de dicha condena, las necesidades de reafirmación del ordenamiento jurídico serían menores porque según se argumenta ya ha tenido lugar una condena¹⁴.

¹¹ Claramente en este sentido, por ejemplo, GARCÍA ALBERO, R. *op. cit.* y DE PAÚL VELASCO, J. M. *op. cit.* No obstante, otros autores señalan que dicha previsión pudo finalmente desaparecer por considerarse reiterativa o estar ya implícita en la alusión del nuevo art. 80.1 párrafo 2.º que obliga a considerar toda una serie de circunstancias a la hora de conceder (o no) la suspensión y entre ellas «las circunstancias del delito cometido» (*vid.* esta discusión en TRAPERO BARREALES, *op. cit.*, pp. 100 y ss.).

¹² *Vid.* con detalle CARDENAL MONTRAVETA, S. *op. cit.*, 2017. Al margen de los casos citados por este autor, puede apreciarse la misma polémica en las sentencias del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Mallorca de 13-10-2015 y 21-9-2015 (esta última revocada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Mallorca de 4-12-2015) referidas en ambos casos a delitos de maltrato animal, denegando la suspensión al interpretar que en la concesión de esta institución no sólo debe ponderarse la reinserción del delincuente, «sino los otros fines de la pena», aludiendo específicamente a la prevención general negativa y la prevención general positiva.

¹³ Muy claro en este sentido, en nuestro país, SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, «¿Política criminal del legislador, del Juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código Penal», en su obra *Estudios de Derecho Penal*, Grijley, Perú, pp. 247 y ss.: «Conocida por la opinión pública la condena y estabilizada de este modo la norma (así como ratificada la confianza general en el Derecho), su inejecución en muchos casos no tendría por qué pugnar contra las exigencias de la prevención den integraci3n». En el mismo sentido GARCÍA ALBERO, *op. cit.* se refiere a que «el juicio de valor ético social contenido en la sentencia penal, mediante la condena» permite considerar que «la suspensión no compromete la confianza en la validez de la norma penal por parte de los ciudadanos (prevención general positiva). La condena, cuya pena privativa de libertad se suspende, restituye pues también de manera contrafáctica el orden jurídico violado por el infractor».

¹⁴ Con ello se plantean aquí en realidad cuestiones complejas que un partidario de la prevención general positiva debería abordar: ¿qué tiene mayor contenido reafirmador de las normas: la condena o su ejecución?; ¿cómo evaluamos esta cuesti3n? (¿en un nivel teórico, puramente de principios?, ¿o es necesario saber cómo interpretan los ciudadanos la suspensi3n de una pena de prisi3n?); ¿consiguió la condena por

3. *Suspensión de la pena y Prevención Especial Positiva (Rehabilitación)*

Mucho más fácil es justificar la suspensión de la pena de prisión cuando abandonamos los planteamientos de prevención general para descender a modelos de prevención especial, esto es, a la evitación de delitos por parte de personas ya identificadas por el sistema como delincuentes (al haber cometido un delito). Como es bien sabido, los partidarios de la prevención especial positiva defienden el castigo como un medio para evitar la delincuencia futura del penado a través de su rehabilitación o reinserción¹⁵.

Pues bien, desde el planteamiento de la rehabilitación es sencillo justificar una institución como la suspensión de la pena de prisión porque esta institución pretende en últimas evitar los tradicionales problemas de las penas cortas de prisión: son demasiado cortas para poder incidir en las necesidades criminógenas del penado (esto es, rehabilitarlo), pero hábiles para situarlo en una peor situación que la que estaba antes de entrar en la prisión al insertarlo en el medio carcelario, lo cual podría de hecho empeorar sus expectativas de convertirse en un ciudadano respetuoso de la ley (al poder perder su trabajo, sus vínculos sociales, tener contacto con delincuentes peligrosos, etc.).

Como puede observarse, en realidad, cuando se hace referencia a la relación entre la rehabilitación y la suspensión de la pena de prisión, se entremezclan dos cuestiones diversas: (1) las necesidades rehabilitadoras que pueda tener el penado y (2) la conveniencia de evitar los efectos criminógenos de la prisión. ¿Qué es lo primordial: rehabilitar o descarcerar?

Esta dualidad inherente a la problemática de las penas cortas de prisión es lo que explica, de hecho, la diferencia clásica entre el modelo continental de la suspensión de la pena de prisión y en modelo anglosajón de *probation*. Como es bien conocido, el modelo continental de suspensión de la pena de prisión nace, ante todo, producto de la crítica a las penas cortas de prisión por los efectos nocivos y criminógenos de la prisión, y por ello, porque la finalidad principal es evitar el ingreso en

defraudación tributaria del famoso jugador *Leonel Messi* reafirmar las normas referidas a dichos delitos sin hacer falta que entrara en prisión?, ¿era necesario que *Isabel Pantoja* ingresara en prisión para reafirmar las normas relativas a los delitos de corrupción y blanqueo de capitales?).

¹⁵ En nuestro país el autor que más claramente ha insertado la suspensión de la pena en el ámbito de un modelo rehabilitador del castigo, extrayendo de ahí toda una serie de consecuencias para su aplicación en interpretación, es CID MOLINÉ, J. en su obra citada *La elección del castigo*.

prisión, es por lo que la suspensión de la pena de prisión no presenta por lo general más contenido que la mera condición de no volver a delinquir. Sin embargo, el modelo anglosajón de la *probation* nace desde el convencimiento de que las necesidades criminógenas de un penado pueden abordarse más convenientemente en libertad que en prisión y por tanto ha de llenarse de contenido rehabilitador a esta institución, lo cual se plasma claramente en la figura del agente de *probation*, como una especie de ángel de la guardia que ha de velar por la efectiva rehabilitación del penado¹⁶.

Nuestra legislación es un claro producto del modelo continental en el que la suspensión de la pena de prisión se concibe claramente como un mecanismo, antes que rehabilitador, descargador, pues la modalidad genérica de suspensión no lleva aparejada obligatoriamente otra condición más que la mera advertencia de no delinquir. No obstante, ciertamente, y cada vez más a raíz de últimas reformas penales, se aprecia que caminamos hacia la asunción de mayores elementos del modelo de *probation*, en el sentido de prever mecanismos que, más allá de la mera advertencia de no delinquir, ayuden positivamente a la rehabilitación del delincuente¹⁷.

¹⁶ Véase sobre el origen histórico de ambas instituciones CID MOLINE, J. *op. cit.* En este sentido, se quejaba amargamente el célebre penalista DORADO MONTERO ya en los primeros años de vigencia de la suspensión de la pena en nuestro país (llamada entonces «condena condicional») que en nuestro país hubiera triunfado el modelo belga de la simple suspensión de la ejecución y no el modelo británico de *probation*: «Dejar en situación de abandono, para que se regeneren y recobren por su propio esfuerzo y labor, a los que ya alguna vez han caído, sin tenderles el menor cable que les ayude a levantarse, no parece muy acertado. El canijo o torpe no puede tonarse en vigoroso o avisado por arte de ensalmo o encantamiento, que es en suma lo que presupone la condena condicional en su tipo europeo clásico, bajo el cual la hemos adoptado nosotros. Si se le quiere transformar, es preciso poner los medios, es preciso encargarse de ofrecerle los más adecuados para que teniéndolos a mano los tome y se los asimile. Es preciso, pues, no sólo renunciar a la ejecución de las penas, en cuanto tales, sino sustituirlas por una verdadera tutela correccional» (DORADO MONTERO, P. *El derecho protector de los criminales*, Madrid, 1915, citado en ROLDÁN BARBERO, H. *Historia de la Prisión en España*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988, p. 173).

¹⁷ Clave en este sentido es el art. 83 CP que prevé un numeroso catálogo (ampliado con la reforma de 2015) de medidas encaminadas a afrontar las necesidades criminógenas del penado. Donde más claramente parece instaurado el modelo de *probation* es en los delitos de violencia de género, pues el art. 83.2 CP prevé que en estos delitos es de obligada imposición la medida relativa a la participación del penado «en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares». Por otra parte, la reforma penal de 2015 supone un avance en la línea de posibilitar una suspensión de la pena con mayor con-

4. Suspensión de la pena y Prevención Especial Negativa (incapacitación)

Desde planteamientos incapacitadores (prevención especial negativa) del castigo es igualmente sencillo justificar la suspensión de la pena de prisión, aludiendo a que esta institución está diseñada precisamente para los «delincuentes ocasionales», esto es, para aquellas personas que han cometido un primer delito y que por tanto no tiene tras de sí (y ante sí) una carrera criminal que nos lleve a defender un castigo incapacitador como única manera de evitar delitos futuros del penado.

De hecho, la regulación histórica de esta institución apuntaba claramente en la línea de prevención especial negativa cuando el anterior art. 80.1 se refería a que en la resolución judicial sobre la suspensión «se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto». Y en la actualidad, cuando el art. 80.1 se refiere a que los jueces o tribunales «podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesario para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos», ello es interpretado mayoritariamente en nuestra doctrina penal como una clara alusión a que la decisión fundamental que debe tomar el juez o tribunal a la hora de suspender o no la pena de prisión impuesta se sitúa en la óptica de la prevención especial negativa: si estamos frente a una persona con pronóstico criminal futuro no cabe suspender la pena de prisión, si estamos frente a un «delincuente ocasional» que no va a volver a delinquir, debe suspenderse la pena¹⁸.

Adicionalmente, la lógica incapacitadora parece estar bien presente en el catálogo de medidas establecidas en el art. 83 CP que pueden acompañar a la suspensión de la pena, pues muchas de ellas van dirigidas a evitar que el condenado tenga la oportunidad (fáctica) de cometer nuevos delitos (vid. reglas 1.^a, 2.^a, 3.^a, 4.^a y 8.^a).

tenido rehabilitador y reparador al prever el art. 84.1 CP la posibilidad de que la suspensión de la pena se condicione al «cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación» (art. 84.1 CP).

¹⁸ Muy claro en este sentido por ejemplo GARCÍA ALBERO, R. *op. cit.* quien considera que «... la suspensión se explica entera y exclusivamente en clave preventivo-especial negativa (...) los elementos que deben conformar el juicio pronóstico han de conectarse funcionalmente con el riesgo de reincidencia, o como mínimo de reiteración delictiva». En el mismo sentido, DE PAÚL VELASCO, *op. cit.*, se refiere enfáticamente a la «erradicación de la prevención general como fundamento de la decisión sobre la suspensión» (p.4), *Vid.* también TRAPERO BARREALES, *op. cit.*, pp. 60 y ss. En sentido contrario, *vid.* por todos CARDENAL MONTRAVETA, S. *op. cit.*

Merece la pena destacar en este apartado que en nuestro país existe ya investigación criminológica que apoya la fundamentación de la suspensión de la pena de prisión en clave de prevención especial negativa. En concreto, la pionera investigación llevada a cabo por J. CID MOLINÉ sobre tasa de reincidencia de penados a los que se concedió la suspensión de la pena de prisión demuestra que tras un periodo de seguimiento de 8 años, tan sólo un 13,8% de ellos ingresó en prisión por la comisión de un nuevo delito, apoyando así la tesis relativa a que las personas a las que se concede la suspensión no son delincuentes peligrosos sino mayoritariamente ocasionales¹⁹.

5. *Suspensión de la pena y Retribución (modelo proporcionalista del castigo)*

Los partidarios de un modelo proporcionalista del castigo²⁰ siempre han insistido en que la prisión, por su innegable gravedad como sanción penal, debería reservarse sólo para los delitos de máxima gravedad en la escala de delitos, debiendo ser castigados el resto de ofensas con penas alternativas a la prisión, que a su vez deberían ser graduadas en función de su severidad para poder ser aplicadas siguiendo el criterio del castigo proporcional al delito.

La cuestión sería entonces si, dentro del catálogo de penas alternativas a la prisión, tiene cabida en un modelo proporcionalista del castigo la institución de la suspensión de la pena de prisión. El tema no es pacífico pues se podría alegar en contra de incluir a la suspensión de la pena en el catálogo de penas alternativas a la prisión que está ausente en ella el elemento de «sufrimiento» (*hard treatment*) que toda sanción penal debe contener para poder ser considerada un vehículo apto para comunicar la censura o reproche por el comportamiento realizado. En otras palabras, si tal y como defienden los partidarios del modelo pro-

¹⁹ Véase CID MOLINÉ, J. «La suspensión de la pena en España: descarceración y reincidencia», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 15, 2005, pp. 223-239; y «¿Es la prisión criminógena? (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 19, 2007, pp. 427-456.

²⁰ Entendemos por modelo proporcionalista del castigo aquel que basa el castigo no en consideraciones de prevención (sea general o especial) sino en el principio relativo a que «la severidad de la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito» (v. HIRSCH, *Censurar y Castigar*, Trotta, Madrid, 1998, p. 23.). En este sentido se acostumbra a considerar que el modelo proporcionalista del castigo formaría parte de las doctrinas del merecimiento (*Just Desert*) o retributivas, aunque la cuestión no es pacífica.

porcionalista el castigo es un medio para censurar el delito, la censura debería acompañarse (o tener) de un contenido punitivo, esto es, causar sufrimiento o privación al ofensor, pues si al reproche siguiera una respuesta puramente simbólica, no sería interpretado como tal y entonces el castigo perdería su capacidad de servir de vehículo de censura. Trasladado este razonamiento al ámbito de la suspensión la cuestión sería así si cuando suspendemos la pena estamos abandonando el necesario elemento del «sufrimiento» que todo castigo debe tener para ser considerado como tal²¹.

La discusión estriba entonces en cuál es el contenido punitivo («sufrimiento») de la suspensión de la pena. Esta es una cuestión no del todo resuelta por los defensores del modelo proporcionalista y buena prueba de ello son las reservas que los propios fundadores del modelo han expresado a la hora de aceptar la suspensión de la pena como una pena alternativa a la prisión²². Y es que, como vimos a la hora de reflexionar sobre la adecuación de la suspensión de la pena según las doctrinas de la prevención general, se podría alegar que una condena seguida de la inejecución de la pena no tendría contenido punitivo alguno, pudiendo ser interpretada así como una ausencia de castigo en el caso concreto (un castigo puramente simbólico). A ello se podría replicar que la suspensión de la pena sí presenta un auténtico contenido punitivo, expresado en ocasiones aludiendo a la «Espada de Damocles» que pende sobre el condenado, como una amenaza latente que restringe así su libertad de acción²³. Adicional-

²¹ En nuestra jurisprudencia resulta interesante sobre esta cuestión la SAP Málaga de 26-6-2017, que analiza el caso de un piloto de avión condenado por pilotar bajo los efectos de las bebidas alcohólicas al que se le impone la pena de privación definitiva del título profesional o aeronáutico y recurre en apelación solicitando que se le imponga en su lugar, por ser menos gravosa, la pena de 21 meses de prisión (ya que ésta puede ser suspendida y aquélla no).

²² Así, en el clásico trabajo de VON HIRSCH, A. / WASIK, M. / GREENE, J. «Punishments in the community and the principles of desert», *Rutgers Law Journal*, vol. 20 (3), pp. 595-618; estos autores sitúan la suspensión de la pena dentro del grupo de penas alternativas a la prisión que «sólo parcialmente encajan en el modelo proporcionalista» (p.613), porque «En términos de molestia presente, la suspensión de la pena a lo que se parece más es a una admonición judicial: no existe apenas privación, con lo que esta sanción sería apropiada para los delitos más bajos en la escala de gravedad. Pero si situamos aquí la suspensión, la sanción de refuerzo —posibilidad de prisión si se comete cualquier otro delito— deviene claramente inapropiada. Ello porque supone un salto demasiado grande en severidad, y así la prisión no podría, según nuestra teoría, ser la pena merecida por un nuevo delito a no ser que ese delito sea uno de relevante gravedad.»

²³ Ciertamente se podría replicar que la restricción de libertad (no cometer otro delito) que pesa sobre el condenado al que se le suspende la pena es la misma que debe

mente debe recordarse que en nuestro sistema la suspensión de la pena genera antecedentes penales, lo cual sin duda contribuye a dotarla de verdadero contenido punitivo²⁴.

6. *Suspensión de la pena y Reparación / Protección de la Víctima*

La suspensión de la pena de prisión es una institución que también puede dotarse de contenido reparador y de protección de la víctima. Buena prueba de ella es la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, que prevé un nuevo art. 84 CP en el que expresamente se autoriza al juez o tribunal a que condicione la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento «*del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación*».

Como puede observarse, el legislador presupone que las partes han llegado primero a un acuerdo en un proceso de mediación y para reforzar su cumplimiento se permite condicionar la suspensión a tal fin. Por otra parte, dentro de las reglas del art. 83 CP que pueden acompañar a la suspensión existe alguna que va claramente dirigida a la protección de la víctima particular del delito cometido (regla 1.^a).

7. *Conclusiones sobre la fundamentación de la suspensión de la pena de prisión*

El recorrido que hemos realizado por la fundamentación de la suspensión de la pena nos enseña que estamos ante una institución que no presenta una justificación pacífica en la doctrina penal y criminológica, pues arrastra en su seno la dialéctica irresoluble sobre los fines de la pena.

Por otra parte, como hemos visto, nuestra jurisprudencia es también testigo de esta dialéctica, visible de hecho en nuestro más alto tribunal, pues cuando el Tribunal Constitucional ha tenido que enfren-

pechar todo ciudadano, que también ve restringida su libertad en el sentido de no cometer delitos. Pero esta réplica pierde de vista que en el caso del condenado al que se le ha suspendido la pena esa restricción de libertad está, por así decirlo, reforzada o duplicada, pues si se comete un nuevo delito el penado deberá afrontar la responsabilidad por dos delitos (el nuevo y aquel por el que se le concedió la suspensión).

²⁴ En nuestra doctrina penal GARCÍA ALBERO, R. *op. cit.* es un ejemplo de cómo se ha interpretado la suspensión de la pena también desde un modelo retributivo, pues este autor considera que «En clave de retribución, la institución permite anudar el juicio de valor ético social contenido en la sentencia penal, mediante la condena, con la apelación a la propia voluntad del infractor para reintegrarse en la sociedad. Una apelación reforzada por la amenaza de ejecutar en el futuro la pena en caso de volver a delinquir».

tarse a cuestiones relativas a la aplicación de la suspensión de la pena, al margen de imponer sin duda alguna una exigencia reforzada de motivación (sobre su concesión o denegación en el caso concreto) ha dado libertad al juez o tribunal aplicador para valorar cómo las diversas finalidades del castigo cristalizan en el supuesto de hecho:

...por lo que se refiere a la motivación de la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (...) se ha especificado que el deber de fundamentación de estas resoluciones judiciales requiere la ponderación de las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad... (STC 75/2007)²⁵

En este sentido, creo que se podría interpretar la configuración de la suspensión de la pena en el código penal español como un intento por ofrecer una síntesis armonizadora de esta institución de acuerdo a los diferentes modelos o justificaciones del castigo; pues como hemos visto pueden vislumbrarse elementos de todos los modelos del castigo en su contenido.

Adicionalmente, en mi opinión, siendo el legislador consciente de esta problemática, no ha pretendido petrificar la institución en la ley estableciendo de forma automática su concesión y contenido. Al contrario, el modelo legislativo de la suspensión de la pena en nuestro código penal otorga la potestad última sobre su concesión y contenido concreto al aplicador, pues es quien puede gozar de más elementos para resolver la dialéctica entre fines del castigo que plantea la suspensión en el caso concreto.

La síntesis de todo ello es, en mi opinión, el novedoso párrafo segundo del art. 80.1 CP que obliga al juez o tribunal a ponderar diversos elementos a la hora de conceder o no la suspensión de la pena:

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

²⁵ Vid. también recientemente ATC 3/2018, que tras reiterar ya la clásica referencia del TC relativa a que no puede considerarse contraria a la Constitución «la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad» [sc. de reeducación y reinserción social], se refiere a que el principio resocializador «opera como parámetro de ponderación del completo sistema de ejecución de las penas y de las instituciones que lo integran».

ciales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

Llegados a este punto la cuestión es, ¿cómo han utilizados nuestros tribunales esta libertad?: ¿han hecho un uso muy restrictivo de esta potestad o por el contrario han aplicado generosamente la suspensión de la pena de prisión? Responder a esta crucial pregunta nos obliga a bucear en el delicado mundo de los datos empíricos.

III. La aplicación práctica de la suspensión de la pena

1. *La problemática de los datos*

En la doctrina penal y criminológica son bien conocidos los problemas que existen a la hora de recabar datos fiables sobre la imposición de penas en nuestro país. En esencia el problema estriba en que la única institución que proporciona datos longitudinales de cierta fiabilidad (el INE) sólo nos informa de las penas impuestas en sentencia por los jueces y tribunales españoles, cuando sabemos que la pena impuesta en sentencia y la pena finalmente ejecutada pueden ser bien diferentes. De hecho, éste es el caso de la suspensión de la pena: la pena impuesta en sentencia será normalmente la prisión (excepto en el caso de que la suspensión sea de una pena de localización permanente o de la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de una multa), y sin embargo obviamente ésta no será la pena finalmente ejecutada.

Por esta razón, en el INE no encontramos datos sobre la concesión de suspensiones de pena en nuestro país, lo cual ha llevado a algunos autores a afirmar con razón que «[L]a suspensión de la pena de prisión es la medida alternativa a la prisión de la que existen menos datos en España» (p. 217)²⁶.

De hecho, esta falta de datos ha provocado algunos malentendidos en la doctrina penal española, llegando algunos autores a manifestar, erróneamente según veremos, que la suspensión de la pena es una institución poco aplicada en la práctica. El problema que origina tales malentendidos es que ante la carencia de datos del INE sobre suspensiones de pena, algunos autores han recurrido a las estadísticas que pu-

²⁶ MORILLAS CUEVA, L. / BARQUÍN SANZ, J. (dirs.), *La aplicación de las alternativas a la pena de prisión en España*, Defensor del Pueblo, Universidad de Granada, Madrid, 2013 (accesible en <http://www.senado.es/web/expedientappendixblobservelet?legis=10&id1=58897&id2=1>).

blica anualmente la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias²⁷, en donde, aparentemente, se informa de los mandamientos de suspensiones recibidos por los *Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas*²⁸ de todas las CCAA (excepto Cataluña que tiene su propio servicio). Sin embargo, con ello se olvida algo esencial: estas unidades administrativas no gestionan todas las suspensiones de pena concedidas por jueces y tribunales, sino tan solo aquéllas (que sabemos que son las menos) que van acompañadas de alguna regla de conducta²⁹. Por ello, si tomamos esos datos como el «todo» cometeremos el error de creer que los jueces y tribunales conceden pocas suspensiones de pena³⁰ y que cuando lo hacen es mayoritariamente en delitos de violencia de género³¹.

Una aproximación mucho más fiable a la realidad que los datos proporcionados por IIPP podemos encontrarla en el informe elaborado por varios autores para el Defensor del Pueblo sobre *La aplicación de las alternativas a la pena de prisión en España* (vid. *supra* nota 25). En este informe, tras subrayar según hemos visto la carencia de datos de acceso abierto sobre la aplicación de la suspensión en nuestro país, se menciona que ante ello

²⁷ Vid. <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos>

²⁸ Los *Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas* (SGPMA) son las unidades administrativas dependientes de la Administración Penitenciaria, que tienen encomendada la gestión y seguimiento de las penas y medidas alternativas, competencia de Administración Penitenciaria, tal y como se regula en el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, y están configuradas como equipos multidisciplinares.

²⁹ De hecho, si se consulta el «Cuaderno Metodológico» que está disponible en la página web (http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/estadpm/Cuaderno_Metodolxgico.pdf) podrá apreciarse (vid. p. 6) cómo en él se da cuenta sólo de las suspensiones acompañadas de obligaciones o deberes.

³⁰ Vid. GIL, A. / LACRUZ, J. M. / MELENDO, M. / NUÑEZ, J., *Consecuencias Jurídicas del Delito*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 279 y ss. y 547 y ss., donde llegan a afirmar que la suspensión de la pena se concede sólo en un 6,7 % de las penas de prisión impuestas en sentencia en el año 2016. También caen en el mismo error respecto a la utilización de los datos de Instituciones Penitenciarias NIETO, A. / MUÑOZ DE MORALES, M. / RODRÍGUEZ, C., «Alternativas a la prisión: una evaluación sobre su impacto en la población penitenciaria española», *Revista General del Derecho Penal*, vol. 28, 2017, pp. 1-100; aun mostrando a las claras la gran disparidad de datos existentes sobre la cuestión en función de la fuente empleada.

³¹ Es completamente lógico que en los datos de Instituciones Penitenciarias (IIPP) el delito básico por el que se gestionan suspensiones de pena sea el relacionado con la violencia de género porque es el único caso en nuestro CP en el que son de obligada imposición en la suspensión de la pena ciertos deberes u obligaciones (vid. art. 83.2 CP), por lo que esas suspensiones sí están (en teoría) todas reflejadas en los datos de IIPP.

...se ha acudido a la que, pensamos, podía ser la fuente más indicada para que se nos suministrara información sobre la suspensión de la pena de prisión. Desde el Registro Central de Penados (RCP), con fecha 15/11/2012, se nos remitió, a petición del Defensor del Pueblo, unas tablas sobre la suspensión de la pena de prisión que son las que analizaremos aquí... (p.218)

Estos datos son los siguientes:

Datos proporcionados por el RCP 15/11/2012 sobre la suspensión de la pena de prisión

TABLA 1

	2008	2009	2010	2011
Penas de prisión suspendidas	63.114	59.185	55.447	49.854
Penas prisión INE	129.890	139.663	141.849	135.713
% penas prisión suspendidas	48,59	42,38	39,09	36,73
% prisión	20,59	22,25	22,71	24,71
% penas prisión cumplidas	10,59	12,82	13,83	15,63

Fuentes: Datos suministrados por el RCP, 15/11/12.

INE. <<http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t18/p466/a2011/10/&file=03001.px&type=pcaxis&L=0>> y elaboración propia.

Como puede observarse, los porcentajes de penas de prisión suspendidas son lógicamente muy superiores a los que se pueden obtener cuando tenemos en cuenta sólo las suspensiones de pena de las que informa IIPP (vid. *supra* nota 29).

Sin embargo, los autores del informe citado ya advierten de que el propio Registro Central de Penados envió las tablas

...advirtiéndose previamente y de manera muy patente de la serie de reservas con las que debían ser considerados los datos que se nos enviaban.

(...) las reservas de los gestores del RCP con respecto a la suspensión de la pena de prisión son dobles: de un lado, que pueda existir un subregistro porque la suspensión de la pena de prisión se dicte en auto posterior a la sentencia y eso no quede recogido en el RCP; y, de otro, que en el RCP no tienen información en todos los casos (realmente aducen que tienen información en muy pocos) de si tal suspensión se ha cumplido o no. En el RCP se cree, con razón, que las suspensiones de la pena de prisión que allí aparecen registradas son aquellas que se hacen en el mismo instante de la sentencia o en un

tiempo muy cercano a ella, pero no se sabe si esas suspensiones se cumplieron efectivamente.

Por tanto, los datos recibidos están afectados por el problema procesal importante de la determinación del momento en que se decreta la suspensión de la pena de prisión. (p.218)

Efectivamente, los datos proporcionados por el INE, aun siendo según decimos mucho más fiables obviamente que los proporcionados por IIPP, presentan el importante problema relativo a que adolecen de una cifra negra («subregistro»), representada por todas aquellas suspensiones de pena que no se acordaron en sentencia o en un momento muy cercano a ella³², sino posteriormente en Auto en la fase de ejecución de sentencia.

Por tanto, en el mejor de los casos, estamos ante una aproximación a la realidad de la aplicación práctica de la suspensión de la pena de prisión en nuestro país³³.

2. *Investigaciones con datos primarios*

La única manera, por tanto, de tener datos fiables sobre la suspensión de la pena en nuestro país es acceder a los datos primarios, esto es, a las ejecutorias penales en las que se tome la decisión sobre ejecutar la pena de prisión impuesta en sentencia o por el contrario conceder la suspensión de la pena.

La cuestión, sin embargo, es particularmente compleja, lo cual explica los escasísimos estudios fiables en nuestro país con datos primarios sobre ejecución de la pena. La complejidad viene dada, fundamentalmente, por dos elementos. El primero es logístico: tiene que ver con el propio acceso a los datos. Una investigación con datos primarios requiere tener acceso directo a las ejecutorias penales, esto es, a expe-

³² Estas suspensiones, por lógica, han de ser aquellas acordadas en sentencia de conformidad, pues estos son los únicos casos en los que el juez o tribunal en sentencia podía acordarla ya. Aunque sabemos que los juicios que finalizan en sentencia de conformidad son mayoría con ello obviamente estamos dejando de contabilizar todas las suspensiones de pena derivadas de sentencia en la que al no haber conformidad de las partes no pudo suspenderse la pena en el mismo acto.

³³ También CID MOLINÉ, J. *op. cit.* «La suspensión...», p. 230 presenta unos datos sobre aplicación práctica de la suspensión de la pena sobre la base de la información suministrada al autor por el Registro Central de Penados y Rebeldes (como se llamaba en su día). En dichos datos, que abarcan desde 1996 a 2003 se observa un progresivo y relevante aumento de las penas privativas de libertad suspendidas, que va de un 10,2% en 1996 a un 44,1% en 2003. Sin embargo, creemos que estos datos vienen también lastrados por el mismo problema que señalan MORILLAS CUEVAS / BARQUÍN SANZ, *op. cit.* sobre «subregistro» de suspensiones no acordadas en sentencia.

dientes judiciales con todo tipo de información sobre el penado o penados. En este sentido, es comprensible el celo que en ocasiones existe entre los operadores judiciales³⁴ a la hora de permitir el acceso a las ejecutorias por parte de investigadores³⁵. No es fácil, en definitiva, tener acceso a los datos necesarios para evaluar la aplicación práctica de la suspensión de la pena.

El segundo problema es puramente metodológico. Es virtualmente imposible tener acceso y analizar todas las ejecutorias penales que se gestionan en un juzgado penal. Por ello, el investigador, debe en primer lugar diseñar una muestra representativa del total de unidades (o «población») a estudiar, en función de sus posibilidades materiales, y explicitar la calidad estadística de dicha muestra, en el sentido de la potencia probabilística que posee para obtener inferencias respecto al universo total.

En nuestro país (s.e.u.o) tan sólo existen tres investigaciones que han superado estos problemas y que por ello puede considerarse que nos proporcionan datos fiables sobre la aplicación práctica de la suspensión de la pena en nuestro país. La primera investigación es la coordinada en su día por J. CID y E. LARRAURI³⁶, que sobre la base de una muestra representativa de las ejecutorias de los Juzgados de lo Penal de Barcelona derivadas de sentencias impuestas en el año 1998, nos proporcionan los siguientes datos sobre penas definitivas impuestas a los infractores:

TIPO DE PENA	N.º Infractores-as	% Infractores-as
Prisión	241	17%
Arresto fin semana	33	2.4%
Arresto domiciliario	2	0.1%
Trabajo beneficio comunidad	0	0%
Suspensión pena privativa de libertad	333	23.5%
Multa	809	57%
TOTAL	1418	100%

³⁴ En particular los Letrados y Letradas de la Administración de Justicia, como garantes de la Oficina Judicial.

³⁵ De hecho, en la investigación que nosotros realizamos en los Juzgados de Penal de Girona, fue necesario requerir el amparo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para que se nos facilitara el acceso a las ejecutorias penales, incluso habiendo manifestado el compromiso de confidencialidad y trato anonimizado de los datos.

³⁶ CID, J. / LARRAURI, E. (coords.), *Jueces Penales y Penas en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Como puede apreciarse, la supuesta poca aplicación por parte de los jueces penales de la suspensión de la pena queda absolutamente desmentida, pues después de la pena de multa, la pena más aplicada es la propia suspensión de la pena de prisión.

De hecho, uno de los hallazgos fundamentales de esta investigación pionera fue que, aunque en puridad el cumplimiento de los requisitos previstos en el 81 CP (primariedad delictiva, pena de prisión no superior a dos años y cumplimiento de la responsabilidad civil), no obligaba a los jueces a conceder la suspensión de la pena (ya que el art. 80.1 CP dice claramente que los jueces o tribunales «podrán dejar en suspenso»), en la práctica se constataba una tendencia de la judicatura hacia la aplicación generosa de este mecanismo. Generosa en el sentido de que constatados los requisitos del art. 81 CP no solía indagarse, tal y como exigía el antiguo art. 80 CP, la «peligrosidad criminal del sujeto», y se concedía automáticamente la suspensión de la pena de prisión.

Ello puede apreciarse en la siguiente tabla proporcionada en la misma investigación que relaciona las anotaciones en la Hoja Histórico-Penal (HHP) del penado y la concesión o no de la suspensión de la pena de prisión:

Antecedentes Penales	Suspensión	Prisión
Historial Limpio	98,5%	1,5%
Antecedentes Cancelados O Cancelables	55,5%	44,5%
Antecedentes Posteriores	44,0%	56,0%
Total Infractores	84,2%	15,8%

La segunda investigación que maneja datos primarios representativos es un estudio más moderno centrado en el delito de violencia de género ocasional (art. 153 CP)³⁷. En este estudio, sobre la base de condenas judiciales por este delito (dictadas por los juzgados de Barcelona desde octubre 2003 a diciembre 2006), y tras el análisis de las correspondientes ejecutorias, se pudo determinar lo siguiente:

³⁷ ANTÓN, L. / LARRAURI, E., «Violencia de género ocasional: un análisis de las penas ejecutadas», *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 7 (2), 2009, pp. 1-26. *Vid.* p. 6 para detalles sobre la metodología utilizada para la recolección y análisis de los datos.

Pena «inicial» (impuesta en sentencia)	LO 11/2003	Ley Integral (LO 1/2004)
Prisión	82,6%	60,8%
Trabajos en Beneficio de la Comunidad	17,4%	39,2%

Nota: los datos se dividen en función de la ley vigente en el momento de dictar la sentencia

Como puede apreciarse, en principio parece que la pena de prisión es la opción favorita de los jueces. Pero si analizamos la decisión sobre la pena de prisión inicialmente impuesta podemos observar lo siguiente:

	LO 11/2003	Ley Integral (LO 1/2004)
Prisión ejecutada	14,8%	18,5%
Suspensión de la pena de prisión	56,5%	70,7%
— Con reglas de conducta (% sobre suspensiones)	29,9%	86,5%
— Ordinaria (% sobre suspensiones)	70,1%	13,5%
Sustitución de la pena de prisión	28,7%	10,8%

Esta investigación ratifica la extraordinaria importancia práctica de la suspensión de la pena de prisión, pues de un porcentaje inicial del 82 y del 60% respectivamente de condenas a penas de prisión, estas quedan reducidas al final del proceso de ejecución al 12 y 10% (para comprender este dato final hay que tener en cuenta que hablamos aquí de porcentaje de pena efectiva de prisión sobre el total de penas imponibles —primera tabla— no sobre el número de penas de prisión impuestas —segunda tabla—), siendo la suspensión de la pena con mucho la opción mayoritaria a la hora de ejecutar la pena de prisión impuesta inicialmente en sentencia.

Por último, en este trabajo quisiera presentar los datos de una investigación propia en curso que junto con E. BLAY estamos desarrollando en los Juzgados de lo Penal de Girona, ya que se trata de una investigación que presenta datos modernos sobre la cuestión.

NOTA METODOLÓGICA: La investigación se diseñó para analizar el proceso de ejecución de las sentencias penales, tratando así, entre otros objetivos, de obtener información fiable sobre las penas definitivas impuestas por nuestros tribunales penales. Para ello se procedió al análisis de los expedientes de Ejecutorias de los Juzgados de lo Penal por ser (1)

los que procesan el gran volumen de la delincuencia detectada por el sistema de justicia penal³⁸; (2) los que gozan de mayor margen de discrecionalidad a la hora de ejecutar la pena impuesta en sentencia, ya que en la mayoría de supuestos imponen penas que pueden ser sustituidas o suspendidas. Se escogió Girona por ser el lugar de residencia del autor de este trabajo y tener así fácil acceso, en principio³⁹, a los expedientes. Al margen de ello Girona es una capital de provincia, de aproximadamente 100.000 habitantes, que puede considerarse una ciudad tipo de nuestro país. Nuestro objetivo era analizar una muestra representativa de las Ejecutorias correspondientes a los años 2015 y 2016 (escogimos estos dos años para poder valorar así los posibles efectos de la reforma de 2015 en la ejecución de las penas). Para ello decidimos seleccionar como universo de la muestra todas las Ejecutorias ingresadas en los 6 Juzgados de lo Penal de Girona el primer semestre de 2015 y el primer semestre de 2016. El total de Ejecutorias tramitadas el primer semestre de 2015 fue de 1419 habiendo analizado el grupo investigador⁴⁰ un total de 549 (que a su vez se plasmaron en 582 expedientes recogidos pues elaborábamos una plantilla por penado). Estas 549 Ejecutorias suponen una muestra estadísticamente representativa del total de Ejecutorias para un nivel de confianza del 95%, con un margen de error del 3,5%.

³⁸ Nuestras leyes procesales (art. 89 bis LOPJ y 14.3 LECrim) atribuyen a los Juzgados de lo Penal el enjuiciamiento y fallo de las causas por delitos a los que la ley señale una pena privativa de libertad igual o inferior a 5 años, aunque, si en un único juicio, por razones de conexidad o continuidad delictiva, se enjuician simultáneamente varios delitos con penas individuales inferiores a 5 años pero superiores a los 5 años en su acumulación material, la competencia seguirá correspondiendo a los Juzgados de lo penal. Por otra parte, los Juzgados de lo Penal ejecutan todas las sentencias dictadas por ellos mismos y por los Juzgados de Instrucción de su demarcación en los juicios que finalizan con sentencia de conformidad «premiada» (en el Juzgado de Instrucción que realiza funciones de Juzgado de Guardia, *vid.* art. 801.1. LECrim).

³⁹ Aunque según hemos comentado hubo cierta resistencia al principio por parte de algunos operadores de los Juzgados de lo Penal a permitirnos el acceso a las ejecutorias. No obstante, vencidas las iniciales reticencias lo cierto es que no podemos sino expresar nuestro agradecimiento a todos los Jueces y Juezas de lo Penal, Letradas de la Administración de Justicia y personal de los diversos Juzgados por su ayuda y colaboración. La investigación que aquí se presenta se desarrolló también paralelamente en los Juzgados de Ejecución de Penas de Barcelona, pero al no tener todavía plenamente explotados estadísticamente los datos de Barcelona, nos limitamos a los datos de Girona.

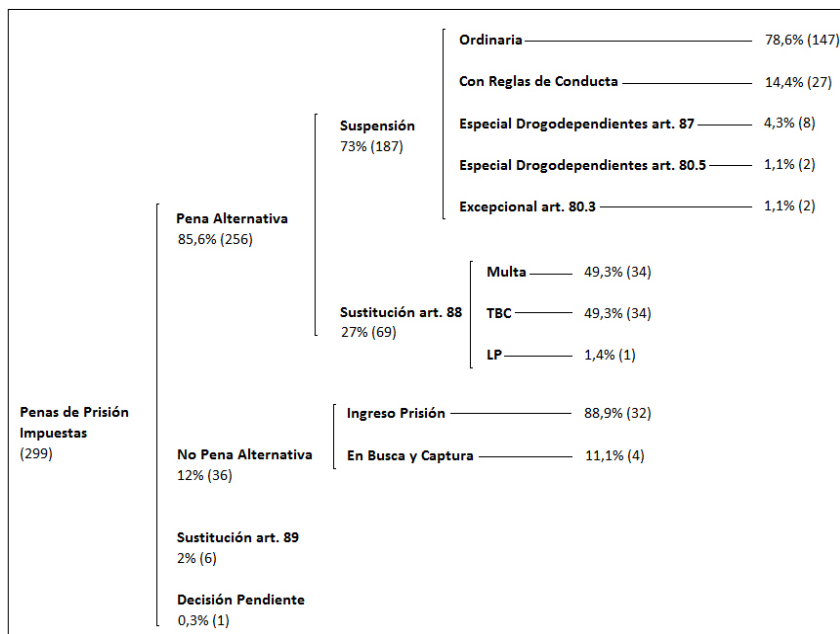
⁴⁰ El grupo investigador en Girona estuvo formado, a parte de por el firmante de este trabajo, por Cristina VASILESCU, Marc HERNÁNDEZ, Raluca BALAN, Marcos DEL RÍO, Bernat PLADEVALL, Alba VIÑAS y Judit LÓPEZ. Mención especial merece Marc JUANOLA, que se encargó de transcribir la información de los expedientes (que recogíamos en una plantilla de papel) a la base de datos creada ex profeso para la investigación en el programa estadístico SPSS. A todos ellos les quisiera expresar mi más sincero agradecimiento pues sin su colaboración la presente investigación habría sido imposible.

Por su parte, el total de Ejecutorias ingresadas en los Juzgados de lo Penal el primer semestre de 2016 fue de 1635, constituyendo la muestra analizada 573 Ejecutorias (que arrojaron, a su vez, 624 expedientes) una muestra estadísticamente representativa para un nivel de confianza del 95%, con un margen de error del 3,5%. Las Ejecutorias concretamente analizadas se escogieron de forma aleatoria en cada Juzgado. El trabajo de campo comenzó en octubre de 2016 prolongándose en diversas fases hasta abril de 2018.

En concreto, en esta investigación analizamos un total de 549 ejecutorias que ingresaron en el primer semestre del año 2015 en los Juzgados de lo Penal de Girona, y un total de 573 ejecutorias para primer semestre del año 2016⁴¹.

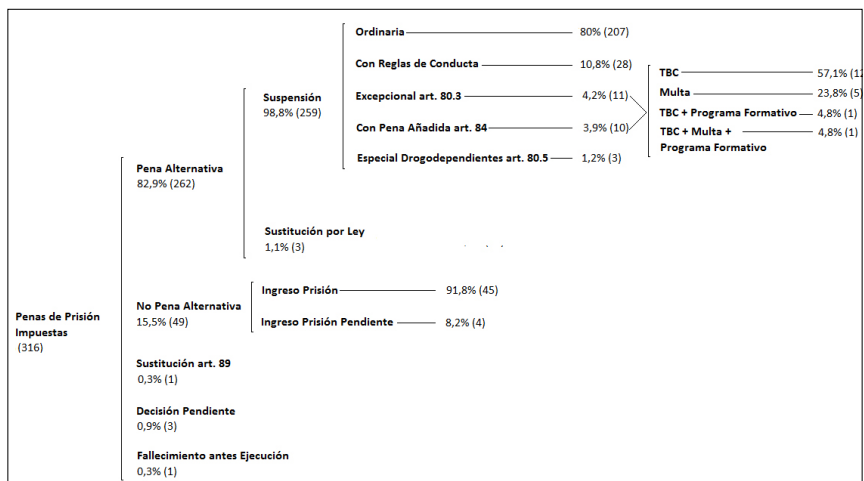
Los datos sobre aplicación de la suspensión de la pena se muestran en los siguientes dos esquemas que dan cuenta de la ejecución de las penas de prisión impuestas en sentencia (entre paréntesis figura el número):

Ejecutorias 2015



⁴¹ En Girona capital existen 6 Juzgados de lo Penal. El Juzgado Penal núm. 6 es exclusivo de delitos de Violencia de Género.

Ejecutorias 2015



Como puede observarse, los datos fiables más modernos que tenemos nos indican también que, lejos de ser una institución poco aplicada, la suspensión de la pena de prisión es la respuesta claramente mayoritaria de los jueces a la hora de ejecutar una pena de prisión inicialmente impuesta en sentencia. Debe destacarse que estos datos son aún más llamativos si tenemos en cuenta que en ellos se recogen las penas de prisión suspendidas con independencia de la HHP del penado, esto es, no se trata sólo de penas suspendibles sino del total de penas de prisión impuestas en sentencia por los Juzgados de lo Penal.

Por tanto, la realidad práctica que ya apuntaba la investigación de ANTÓN/LARRAURI, en el sentido de que del total de penas de prisión impuestas en sentencia por comisión de un delito de violencia de género, un 70% se suspendían, no pueden interpretarse como una especie de actitud benevolente de los jueces penales respecto a este sector de la delincuencia, pues nuestros datos de Girona muestran que en el total de delitos, de hecho, el porcentaje de penas de prisión suspendidas es aún mayor.

Por otra parte, estos datos muestran también la clara preferencia de nuestros jueces penales por la suspensión genérica, esto es, aquella no acompañada de reglas de conducta o deberes.

Los datos que acaban de corroborar la «generosa» actitud de nuestros tribunales a la hora de conceder la suspensión de la pena se obtienen cuando relacionamos la concesión (o no) de la suspensión de la pena y hoja histórico penal del penado (HHP):

Relación entre HHP y concesión suspensión Ejecutorias 2016

		¿Se ha concedido la Suspensión?		
		Sí	No	Total
HHP	Sin anotaciones	141 100%	0 0%	141 100%
	Con anotaciones	93 71%	38 29%	13 100%
Antecedentes Vivos	Sí	57 63,3%	33 36,7%	90 100%
	No	177 97,2%	5 2,7%	182 100%
Reincidencia	Sí	18 48,6%	19 51,3%	37 100%
	No	216 91,9%	19 8,1%	235 100%
Habitualidad	Sí	3 17,6%	14 82,3%	17 100%
	No	231 90,6%	24 9,4%	255 100%
Antecedentes Cancelados/Cancelables	Sí	40 65,6%	21 34,4%	61 100%
	No	193 92,3%	16 7,7%	209 100%
Antecedentes Posteriores	Sí	16 55,2%	13 44,8%	29 100%
	No	218 89,7%	25 10,3%	243 100%

Fuente: Investigación Juzgados de lo Penal Girona

Como puede observarse, con una HHP «limpia» (sin anotaciones) se concede la suspensión de la pena en el 100% de los casos. Pero incluso cuando en la HHP constan anotaciones de condena sólo en caso de penados reincidentes o habituales (en el sentido del art. 94 CP), es mayoritaria entre los jueces penales la decisión relativa a no suspender la pena. Particularmente destacable es además que a los penados a los que les constan antecedentes vivos en su HHP se les concede aún así

de forma mayoritaria la suspensión de la pena (63,3% vs. un 36,7% de casos en los que se deniega la suspensión)⁴².

Por tanto, según decíamos, parece que nuestros tribunales penales aplican de forma masiva la suspensión de la pena de prisión.

IV. Conclusiones: sobre el papel de la suspensión de la pena en el sistema punitivo español

El recorrido que hemos realizado en la primera parte de este trabajo sobre la fundamentación de la suspensión de la pena nos ha permitido comprobar que esta institución permite un diverso entendimiento y justificación en atención a la justificación del castigo que se estime prevalente. También señalábamos que quizás consciente de la labilidad de esta institución nuestro legislador, lejos de petrificarla en el texto legal, la ha dotado de mucha flexibilidad y ha otorgado la última palabra a la hora de decidir sobre su concesión y contenido concreto al juez o tribunal que deba ejecutar la pena de prisión impuesta en sentencia.

La cuestión que entonces surge es cómo han utilizado nuestros tribunales esa libertad o potestad: ¿aplicando generosamente la suspensión de la pena o interpretándola de forma restrictiva? Los datos que arrojan las (pocas) investigaciones fiables que se han realizado en nuestro país no dejan margen a la duda: nuestros tribunales aplican de forma masiva la suspensión de la pena de prisión, convertida así en una de las penas protagonistas de nuestro sistema punitivo. A pesar de que ciertamente algunos casos mediáticos hayan podido dar la impresión de que la suspensión de la pena ya no era aplicada tan generosamente por nuestros jueces penales, lo cierto es que nuestra investigación atestigua que en el gran grueso de la delincuencia que queda fuera de los focos de atención mediática, la pena de prisión es normalmente suspendida.

⁴² Cabe aclarar que para no sobrecargar el texto sólo se presentan los datos de las ejecutorias de 2016 (esto es, posteriores a la reforma de 2015), pero lo que señalamos al respecto de la concesión mayoritaria de la suspensión de la pena incluso en penados con antecedentes en su HHP no debe interpretarse como un efecto de dicha reforma, pues los datos de 2015 apuntan en la misma línea (es más nuestros análisis si acaso muestran que a pesar de que uno de los aspectos fundamentales de la reforma de 2015 fue precisamente dar menos relevancia a la existencia de antecedentes a la hora de conceder la suspensión, éstos tienen más peso en las ejecutorias de 2016 que en las de 2015). Por otra parte, como puede observarse en la tabla, en este sentido para los Jueces Penales «pesan» más los antecedentes posteriores que los anteriores, pues cuando hay anotados en la HHP antecedentes posteriores sigue siendo mayoritaria la decisión de conceder la suspensión de la pena, pero en menor medida (55,2%).

Sin duda para un defensor de las penas alternativas a la prisión y de la reducción del papel de la prisión en el sistema punitivo, la magnífica salud (podríamos decir) de la que goza la suspensión de la pena de prisión en nuestro país es una muy buena noticia. Y es que a pesar de que ciertamente en los últimos años estamos asistiendo a una reducción de la tasa de reclusos por habitante en nuestro país, parece claro que sin el papel de freno a la prisión que sin duda ha parecido tener la suspensión de la prisión nuestra población reclusa se habría disparado hasta límites inasumibles.

No obstante, antes de caer en fáciles proclamas triunfalistas sobre el papel que ha jugado la suspensión de la pena de prisión en nuestro sistema punitivo deberían analizarse con detenimiento toda una serie de cuestiones.

La primera de ellas tiene que ver con un clásico problema de las penas alternativas a la prisión: ¿la suspensión de la pena de prisión está funcionando como una verdadera alternativa a la prisión o por el contrario está supliendo a otras penas alternativas? Esta cuestión ha sido objeto de estudio detallado en Inglaterra, a raíz de la tardía incorporación en su legislación (por una ley de 1967) de la suspensión de la pena (frente a la clásica *probation*) y ya en su día se advirtió que podía estar siendo aplicada no sólo en lugar de la prisión sino también en casos donde sin ella se habría impuesto una multa o *probation*⁴³.

En nuestro país parece más fácil afirmar el auténtico papel de pena alternativa a la prisión de la suspensión de la pena porque ha sido el propio legislador el que le ha conferido claramente esta función al decantarse muy mayoritariamente en los tipos penales por castigar el delito con pena única de prisión, con el efecto de que sólo su suspensión puede evitar el efectivo ingreso en prisión⁴⁴. Si el legislador permitiera en más tipos penales que el juez o tribunal penal pudiese optar entre pena de prisión y una pena alternativa (multa o trabajos en beneficio

⁴³ Vid. BOTTOMS, A.E. «The Suspended Sentence in England, 1967-1978», *The British Journal of Criminology*, vol.21 (1), 1981, pp. 1-26. Modernamente, advirtiendo sobre el mismo problema vid. ASHWORTH, A. *Sentencing and Criminal Justice*, 6.ª ed., CUP, 2015, pp. 321-322.

⁴⁴ Vid. en este sentido, aun antes de la Reforma Penal de 2015, señalando que «La sanción penal por excelencia sigue siendo la prisión. Sólo deja de presentarse en el 26,61% de las disposiciones punitivas, lo que obviamente implica que sí se presenta, de diferentes maneras, en el 73,39% de los preceptos. Aparece como pena única en el 34,13% y en un 31,98% figura como acumulativa», BARQUÍN SANZ, J. / LUNA DEL CASTILLO, J. de D., «En los dominios de la prisión. Distribución numérica de las penas en el código y en la justicia penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 14-16, 2012, p.51.

de la comunidad), podríamos tener más dudas del verdadero papel de pena alternativa a la prisión de la suspensión de la pena.

La segunda cuestión que debería analizarse es si la opción tan claramente decidida de nuestros tribunales a favor de la suspensión de la pena de prisión, y en particular, de la suspensión genérica (sin reglas de conducta), no puede resultar contraproducente en el sentido de tener efectos criminógenos por suponer tan solo retrasar el ingreso en prisión de delinquentes peligrosos. Para ello necesitaríamos más estudios sobre el nivel de cumplimiento de la suspensión de la pena, aunque los únicos que tenemos disponibles (vid. J.CID, *supra* nota 18) indican que la gran mayoría de penados que ven su pena suspendida son delinquentes ocasionales que no vuelven a reincidir. Ello es particularmente meritorio en un sistema como el nuestro en el que, en mi opinión, los jueces penales deciden casi a ciegas si un penado merece o no ver su pena suspendida⁴⁵.

Una tercera y última cuestión digna de estudio sería la relativa al porqué del éxito de la aplicación de la suspensión de la pena de prisión en nuestros tribunales: ¿se debe a una consciente y decidida apuesta de los tribunales por esta institución debido al rechazo de la prisión como castigo?, ¿o más bien encuentra su explicación en una serie de factores instrumentales que tienen que ver con la propia supervivencia

⁴⁵ Digo que nuestros tribunales deciden casi a ciegas porque (1) a pesar del loable esfuerzo del legislador, plasmado formalmente en el art. 80.1 párrafo segundo, en el sentido de que el juez a la hora de tomar la decisión sobre conceder o no la suspensión de la pena valore toda una serie de elementos de todo tipo, cualquiera que se haya acercado a la práctica de nuestros tribunales penales habrá comprobado que dicha información brilla por su ausencia. Esto puede parecer sorprendente si uno repara en la dicción del precepto, pero los jueces penales han interpretado esta apelación a la información en el discutible sentido de que debe ser la parte que pretenda la suspensión la que alegue y demuestre aquellos elementos que justifican tal alegación. (2) En defecto de tal información, el «oráculo» que guía a nuestros tribunales a la hora de decidir sobre la concesión de la suspensión de la pena es la HHP. La HHP de una persona no puede, sin embargo, considerarse un elemento infalible de pronóstico criminal futuro (pues bien pudiera ser que el juez se encontrara ante el primer delito de una futura prolífica carrera criminal o ante el último delito de una carrera ya en declive), máxime en un país como el nuestro en el que adolece de importantísimos defectos, en particular porque apenas proporciona información sobre los delitos y el cumplimiento de las penas por las que el penado fue anteriormente condenado. En este sentido es urgente (1) poner en práctica la necesidad de un informe criminológico antes de decidir sobre la ejecución de las penas (sobre el informe criminológico y su necesidad *vid.* por todos LARRAURI, E. / ZORRILLA, N. «Informe social y supervisión efectiva en la comunidad: especial referencia a delitos de violencia de género ocasional», *Indret*, 3/2014); y (2) reformar el contenido y relevancia de la HHP en la práctica penal.

del sistema de justicia penal y penitenciaria? En futuros trabajos espero poder responder a estos interrogantes.

V. Bibliografía

- ABEL SOUTO, M. *La suspensión de la ejecución de la pena tras la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- ANTÓN, L. / LARRAURI, E., «Violencia de género ocasional: un análisis de las penas ejecutadas», *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 7 (2), 2009.
- ASHWORTH, A. *Sentencing and Criminal Justice*, 6.^a ed., CUP, 2015.
- BARQUÍN SANZ, J. / LUNA DEL CASTILLO, J. de D., «En los dominios de la prisión. Distribución numérica de las penas en el código y en la justicia penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 14-16, 2012.
- BOTTOMS, A. E. «The Suspended Sentence in England, 1967-1978», *The British Journal of Criminology*, vol. 21 (1), 1981.
- CARDENAL MONTRAVETA, S. «¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 17-18, 2015.
- CARDENAL MONTRAVETA, S. «Corrupción pública y suspensión de la ejecución de la pena», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 37, 2017.
- CARDENAL MONTRAVETA, S. «Función de la pena y suspensión de su ejecución», *InDret*, 4/2015.
- CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, vol. I, Introducción, Tecnos, sexta edición, 2004.
- CID MOLINÉ, J. «¿Es la prisión criminógena? (un análisis comparativo de reincidencia entre la pena de prisión y la suspensión de la pena)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 19, 2007.
- CID MOLINÉ, J. «La suspensión de la pena en España: descarceración y reincidencia», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 15, 2005.
- CID MOLINÉ, J. *La elección del castigo*, Bosch, Barcelona, 2009.
- CID, J. / LARRAURI, E. (coords.), *Jueces Penales y Penas en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- DE PAÚL VELASCO, J. M. «Comentario de urgencia sobre las modificaciones introducidas por la L.O. 1/2015 en el régimen de la suspensión de condena y de la libertad condicional», *Revista General de Derecho Penal*, vol. 24, 2015.
- GARCÍA ALBERO, R. «La suspensión de la ejecución de las penas», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.
- GIL, A. / LACRUZ, J. M. / MELENDO, M. / NUÑEZ, J. *Consecuencias Jurídicas del Delito*, Dykinson, Madrid, 2018.

- LARRAURI, E. / ZORRILLA, N. «Informe social y supervisión efectiva en la comunidad: especial referencia a delitos de violencia de género ocasional», *Indret*, 3/2014.
- LUZÓN PEÑA, D. M. *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Universidad Complutense, Madrid.
- MORILLAS CUEVA, L. / BARQUÍN SANZ, J. (dirs.), *La aplicación de las alternativas a la pena de prisión en España*, Defensor del Pueblo, Universidad de Granada, Madrid, 2013.
- NIETO, A. / MUÑOZ DE MORALES, M. / RODRÍGUEZ, C. «Alternativas a la prisión: una evaluación sobre su impacto en la población penitenciaria española», *Revista General del Derecho Penal*, vol. 28, 2017.
- ROLDÁN BARBERO, H. *Historia de la Prisión en España*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a. *Estudios de Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2000.
- TRAPERO BARREALES, M. A. *El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*, Dykinson, Madrid, 2017.
- VON HIRSCH, A. / BOTTOMS, A. E. / BURNEY, E. / WIKSTRÖM, P. O. *Criminal Deterrence and Sentence Severity*, Hart Publishing, Oxford, 1999.
- VON HIRSCH, A. / WASIK, M. / GREENE, J. «Punishments in the community and the principles of desert», *Rutgers Law Journal*, vol. 20 (3).
- VON HIRSCH, *Censurar y Castigar*, Trotta, Madrid, 1998.

Cuadernos penales

José María Lidón

Los *Cuadernos penales José María Lidón* tienen un doble objetivo. Pretenden mantener viva la memoria del profesor y magistrado José María Lidón, asesinado por ETA, ya que relegarlo al olvido sería tanto como permitir que la insostenible injusticia de su muerte viniera a menos y, en cierta forma, hacerse cómplice de ella. Asimismo pretenden que su memoria sea un punto de encuentro para quienes desde cualquier profesión relacionada con el Derecho penal compartan, como compartimos con él, el anhelo por un Derecho penal que contribuya a crear cada vez más amplios espacios de libertad e igualdad y a que éstos sean reales y efectivos para todos. De este modo su memoria será doblemente enriquecedora.



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL
AGINTE JUDIZIALAREN
KONTSEILU NAGUSIA



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

HERRI ADMINISTRAZIO
ETA JUSTIZIA SAILA
DEPARTAMENTO DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y JUSTICIA



Deusto

Publicaciones