

EL PAPEL DEL ABOGADO EN LAS PENAS Y MEDIDAS ALTERNATIVAS

Carmen Martínez Perza, julio 2013

1.- INTRODUCCIÓN

El tema de esta sesión es bastante amplio, vamos a intentar centrarnos en aquellos aspectos de una mayor relevancia, abordando los momentos y cuestiones clave de la intervención de la defensa en aras a la aplicación de penas y medidas alternativas.

Advertencias previas:

- a) No se trata en ningún caso de derechos subjetivos, sino de supuestos de ejercicio de discrecionalidad judicial
- b) Solo se estudia de oficio la suspensión genérica, cuando se dan los requisitos objetivos, y la sustitución del artículo 71.2. Por tanto, es clave para la defensa la petición de parte, el conocimiento de los recursos sociales disponibles para penas y medidas alternativas así como su funcionamiento y contenido de las intervenciones que en los mismos se realizan, para trasladárselas de manera conveniente al órgano judicial competente.

Así, a efectos de penas y medidas alternativas a la prisión distinguimos las siguientes fases y momentos:

1º.- Fase de instrucción

2º.- Fase de enjuiciamiento e impugnación de sentencia

3º.- Fase de ejecución judicial

A estas tres fases haremos referencia a lo largo de este trabajo.

4º.- Fase de ejecución penitenciaria, es decir, aquellas alternativas que pueden usarse una vez la persona penada ha ingresado en prisión y está cumpliendo su pena privativa de libertad. Estas opciones permiten aplicar formas de cumplimiento distintas a la tradicional forma de ejecución de la pena de prisión: tercer grado y sus modalidades, artículo 100.2 y 182 RP así como libertad condicional con sus modalidades. No nos vamos a referir a ellas en esta intervención pues carecemos del tiempo suficiente y preferimos centrarnos en las alternativas que evitan el ingreso en prisión.

2.- FASE DE INSTRUCCIÓN

2.1.- Alternativas a la prisión provisional

En la legislación procesal española existen diversos tipos de medidas cautelares que pueden ser impuestas por los jueces en tanto se sustancia la fase de investigación previa al juicio y a la sentencia y no consisten en prisión provisional, que es una medida que debe aplicarse con carácter excepcional conforme a lo dispuesto en los artículos 502 y 503 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr.). Todas estas medidas están contenidas, asimismo, en la LECr. y la DEFENSA deberá trabajar sobre ellas desde el primer momento, cuidando que la medida cautelar impuesta, en su caso, por el órgano judicial, sea la más adecuada al supuesto concreto y la prisión provisional sólo se use de manera excepcional en la medida en que no exista otra medida cautelar que pueda conseguir el mismo objetivo. Así, las medidas cautelares personales no consistente en la pérdida de libertad son:

1.- Libertad provisional sin fianza, que irá acompañada de la obligación de comparecer ante el órgano judicial o ante la fuerza pública los días señalados por el juzgado competente (normalmente los días 1 y 15 de cada mes) y todas las veces que sea llamado por el mismo. Es lo que se conoce como obligación de comparecencia apud acta. Además, para garantizar su cumplimiento, podrá ir acompañada de la retención del pasaporte, que normalmente sólo se produce en el caso de personas extranjeras o aquellas que presentan serios riesgos de fuga del país. Esta última medida restringe la libertad ambulatoria de la persona a quien afecta pues limita sus movimientos, si bien es preferible a medida más invasivas pues la persona sigue viviendo en su domicilio y tendrá cierto margen para desplazarse.

2.- Libertad provisional con fianza, que podrá consistir en dinero, otros bienes muebles o inmuebles, en propiedad o aportados por un fiador. Esta medida normalmente irá acompañada de la obligación de comparecencia apud acta, pudiendo el juez, como en el caso anterior, retirar el pasaporte.

3.- Privación provisional del permiso de conducción, que procederá en el único caso de que dicha medida se prevea como pena para el delito imputado, debiendo computarse el tiempo de medida cautelar para el caso de que posteriormente se le imponga dicha pena. También podrá ir acompañada de presentación apud acta y de retención del pasaporte.

4.- Para determinados delitos (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia

imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico,) se pueden imponer medidas dirigidas a la protección de la víctima que pueden consistir en:

- La privación del derecho a residir o acudir a determinados lugares.
- La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.
- La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.

5.- Orden de protección, aplicable en los supuestos de delitos o faltas contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad, siendo la víctima respecto al imputado su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, descendiente, ascendiente o hermano por naturaleza, adopción o afinidad, propio o del cónyuge o conviviente, menor o incapaz que con él conviva o que se halle sujeto a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, persona que por su especial vulnerabilidad se encuentre sometida a custodia o guarda en centros públicos o privados. La orden de protección fue introducida por la Ley 27/2003 de 31 de julio reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica.

Podrá recoger las siguientes medidas cautelares:

De orden penal (cualquiera de las referidas con anterioridad).

De orden civil (atribución de vivienda, régimen de custodia, visitas, comunicaciones y estancias con hijos, prestación por alimentos, cualquier otra a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios).

De protección social (con las intervenciones necesarias de las administraciones competentes).

6.- Sustitución de la prisión provisional por el ingreso en un centro de tratamiento de drogodependencias si el imputado se hallara en tratamiento y el ingreso en prisión pudiera frutar el resultado del mismo.

7.- Prisión provisional atenuada para personas enfermas, consistente en su ejecución en el domicilio del imputado con las medidas de seguridad que se estimen oportunas, si el internamiento en prisión entraña grave peligro para su salud.

En estos dos últimos supuestos la defensa habrá de actuar rápido, recabando de los organismos competentes y aportando al Juzgado de Instrucción aquellos datos e informes relevantes a los efectos de cada una de ellas: informe de drogodependencias, con historial

completo, así como compromiso de acogida en programa o centro, informe médico que contenga la indicación facultativa concreta así como la conveniencia de que el imputado permanezca en su domicilio o centro hospitalario.

La efectividad de estas medidas dependerá de cuál sea la finalidad que el juez les otorgue al establecerlas, dentro de las finalidades legítimas previstas en la ley. Desde luego, si asumimos las consecuencias negativas que conlleva la prisión en las personas que la sufren, tanto para la salud física como para la mental y para su incorporación social, cualquier medida utilizada en lugar de la prisión nos parecerá más adecuada, pues estaría libre de las principales desventajas de ésta.

Desconocemos el dato estadístico oficial de cuántas de estas medidas se quebrantan, información que es relevante por cuanto su quebrantamiento está considerado como comisión de un delito según el artículo 468 del Código Penal (CP). También hay que tener en cuenta que la imposición de una fianza económica sólo es aplicable a personas con una situación económica mínima que les permita dedicar una cantidad de dinero a evitar la prisión, posibilidad que no está al alcance de todas las personas imputadas como bien sabemos.

En la fase de instrucción, las resoluciones que impongan medidas cautelares tendrán forma de auto y podrán ser recurridas en reforma ante el mismo órgano judicial que lo dictó y en apelación ante la audiencia provincial.

2.2.- Pruebas relativas a la imputabilidad penal y la atenuación de la responsabilidad criminal

En la fase de instrucción es de la máxima relevancia la intervención del abogado en relación a la preparación del juicio oral. En concreto, tendrá que promoverse una actividad de indagación y aportación de material probatorio que esté disponible para ese futuro momento crucial, donde se producirá el debate procesal, con las garantías de la inmediación, contradicción, oralidad y publicidad inherentes al proceso penal. En orden a facilitar la aplicación de alternativas a la prisión una vez que el sujeto tenga la consideración de penado, la actividad de la defensa en esta fase previa tiene que ir dirigida a:

- Conseguir que la pena individualizada sea la mínima posible, pues ello facilitará el cumplimiento de los requisitos de quantum de pena para la aplicación de alternativas con posterioridad
- Probar los requisitos específicos de las diversas modalidades de alternativas o sustitutivos previstas en el CP

- Probar la ausencia o reducción de imputabilidad penal en orden a la posterior aplicación, en su caso, de medidas de seguridad. En este sentido, téngase en cuenta que es posible aplicar medida de seguridad en caso de atenuante de drogadicción, lo que será de una considerable trascendencia para los supuestos en que la pena supere los 5 años de límite del art. 87 CP
- Huelga señalar que en el seno de los juicios rápidos la defensa tendrá menos tiempo para preparar todo el material probatorio, con lo que deberá estar atenta al desarrollo del proceso para que no se produzca una indefensión del imputado. Por su parte, no olvidemos que el artículo 801 de la LECr., párrafos 2 y 3 contiene unas reglas especiales relativas a la suspensión, tanto genérica como especial para drogodependientes, para el supuesto de sentencia de conformidad:

Art. 801 LECr

2. Dentro del ámbito definido en el apartado anterior, el juzgado de guardia realizará el control de la conformidad prestada en los términos previstos en el artículo 787 y, en su caso, dictará oralmente sentencia de conformidad que se documentará con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal. Si el fiscal y las partes personadas expresasen su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia y, si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución.

3. Para acordar, en su caso, la suspensión de la pena privativa de libertad bastará, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 81.3.ª del Código Penal, con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije. Asimismo, en los casos en que de conformidad con el artículo 87.1.1.ª del Código Penal sea necesaria una certificación suficiente por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado de que el acusado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin, bastará para aceptar la conformidad y acordar la suspensión de la pena privativa de libertad el compromiso del acusado de obtener dicha certificación en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije.

- No vamos a detenernos en el estudio pormenorizado de las circunstancias atenuantes, pues no es un tema que forme parte de este trabajo. Si quiero insistir en tres cuestiones que deben contar con la atención de la defensa:

- Por un lado, la relevancia de la actividad dirigida a probar las eximentes del artículo 20.1, 2 y 3 CP (anomalía o alternación psíquica; intoxicación plena o síndrome de abstinencia y alternaciones en la percepción) pues su apreciación como completa o incompleta puede dar

lugar a la aplicación de una medida de seguridad adaptada a las circunstancias, ya sea en régimen de internamiento o ambulatorio (art. 102 a 106 CP).

Incluso, si la eximente es incompleta¹ según lo dispuesto en el art. 21.1 CP, siguiendo el sistema vicarial, se puede imponer la aplicación conjunta de pena y medida de seguridad, que puede combinarse con un sustitutivo (art. 99 CP).

Me gustaría llamar la atención sobre una cuestión que es muy preocupante: hemos de evitar la presencia de enfermos mentales en prisión. En muchas ocasiones ello es debido a que la defensa no ha planteado la cuestión oportunamente en el procedimiento, lo que es de la máxima trascendencia porque el momento apropiado para probar dicha circunstancia eximente es el juicio oral, no siendo posible su prueba en ejecución de sentencia ni, por tanto, solicitar una medida de seguridad apropiada en dicha fase ejecutoria, salvo el supuesto previsto en el art. 60 CP cuya literalidad se refiere a una situación de trastorno mental que ha sobrevenido después de la sentencia, por tanto no presente en el momento de los hechos.

- Por otro lado, la defensa debe fijar su atención en la prueba de cualquier circunstancia atenuante que pueda rebajar la pena y facilitar el cumplimiento de los requisitos temporales que son *conditio sine qua non* para la concesión de una alternativa, así como otras circunstancias de obligatoria valoración por el juez en el ejercicio de su actividad de discrecionalidad reglada como el esfuerzo de la persona imputada por reparar el daño a la víctima. En este punto son de particular interés las consignaciones de cantidades en el juzgado, la reparación directa del daño a la víctima o el sometimiento a mediación penal ya desde la fase de instrucción.

- Por último, en cuanto a la atenuante de drogadicción del art. 21.2, hay que probar lo siguiente:

- Primero, que el sujeto padece una **grave adicción** a sustancias estupefacientes, haciendo referencia al tiempo de adicción, tipo de sustancias, cantidad de consumo diario, tratamientos intentados, fracasados o no (el fracaso es síntoma de la gravedad de la patología),

1 El Código Penal de 1995 otorga el tratamiento de eximente incompleta en su artículo 21.1 CP a aquellas situaciones que, estando previstas entre las eximentes, no llegan a cumplir todos los requisitos para excluir completamente de responsabilidad a su autor.

La eximente incompleta es la opción adecuada para considerar las intoxicaciones no plenas y los síndromes de abstinencia (art. 20.2 CP) que no mermen completamente las facultades de entendimiento y voluntad del autor de los hechos, siendo la más utilizada por el Tribunal Supremo. La mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia encajan en esta previsión los supuestos de deterioro grave por consumo crónico, aunque como apuntábamos, dicha situación no esté prevista en el artículo 20.2 como circunstancia eximente. Conforme a una lectura conjunta de los art. 99 y 104 CP, a estas personas se les puede imponer y hacer cumplir penas y medidas de seguridad (añadidas) o penas o medidas de seguridad (alternativas).

informes del equipo técnico de la prisión,... así como cualquier otra circunstancia que se considere de interés al respecto.

- Segundo, en cuanto a la necesidad o no de probar la **afectación de la imputabilidad penal del drogodependiente** en este caso, no existen criterios claros ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, aunque son numerosas las resoluciones del TS que exigen que quede constancia de dicha afectación, no bastando la prueba de la existencia de grave adicción. Así, la última doctrina del TS apunta en esta dirección y también la tendencia de los tribunales de instancia, por ello la defensa debe incidir en su prueba y argumentar en este sentido. De todos modos no es extraño encontrar otras resoluciones donde no se exige dicha prueba y se entiende que la grave adicción junto a determinados delitos en el marco de la delincuencia funcional (fundamentalmente robos y hurtos y pequeños delitos contra la salud pública) ofrecen datos y argumentos suficientes para aplicar la atenuante de drogodependencia del art. 21.2 CP.

- Tercero, de lo que no cabe duda es de la necesidad de probar la **relación de causalidad entre la grave adicción del sujeto y la comisión del delito**². En este punto existe unanimidad en doctrina y jurisprudencia.

Si con el material recabado en instrucción podemos probar en el juicio oral esta circunstancia atenuante, será mucho más fácil conseguir la aplicación posterior de la suspensión específica del art. 87 si se cumplen los requisitos exigidos en dicha norma o, en caso contrario, aplicar una medida de seguridad³. En este último supuesto, la defensa tendrá una importante tarea asegurándose de que el tipo de medida, su duración, condiciones de cumplimiento y modificaciones se rigen por el criterio de los expertos, pues el juez carece de los conocimientos científicos específicos.

Excurso sobre el artículo 376.2 CP

El párrafo introducido en el artículo 376 con la LO 15/2003 de 25 de noviembre responde más bien a la necesidad de paliar la tremenda desproporción con que se encuentran penadas las conductas de tráfico de drogas realizadas por personas drogodependientes que necesitan abastecerse para su propio consumo, consistentes sobre todo en la venta de droga a muy

² Ver, por ejemplo, SERRANO BUTRAGUEÑO, I. en VVAA: *Código Penal de 1995.- Comentarios y jurisprudencia...1999*: Págs. 355-357; O la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2000: "En el supuesto de la atenuante del número 2 del art. 21 "actuar el culpable a causa de su grave adicción", lo determinante es la constatación de la grave adicción, presupuesto biopatológico, y la relación de causalidad que predica el tipo de la atenuación."

³ El TS estableció a principios de 2001 la doctrina que considera aplicable la medida de seguridad de tratamiento de drogadicción a personas con responsabilidad atenuada en base al art. 21.2 CP, a pesar de no existir previsión legal expresa al respecto.

pequeña escala (recordemos el concepto de delincuencia funcional)⁴. Sin constituir una circunstancia atenuante, el legislador, de alguna manera, ha entendido que en estos supuestos el reproche penal debe ser menor y por ello permite una rebaja de pena –de uno o dos grados– siempre que se den determinadas condiciones:

- 1.- Ser drogodependiente en el momento de cometer los hechos
- 2.- Acreditar la finalización de tratamiento de deshabituación
- 3.- Que la cantidad de droga no fuere de notoria importancia o de extrema gravedad

Los requisitos señalados pueden desvirtuar en gran medida el sentido profundo de esta “rebaja en el tipo”, pues acreditar la finalización del tratamiento de deshabituación deviene en una tarea realmente complicada; piénsese que si el sujeto ha delinquido a causa de su adicción, y salvo que el procedimiento penal se alargue en demasía, no será fácil que en el tiempo que dure su tramitación haya tenido la oportunidad de conseguir una deshabituación completa. No obstante, ello es posible y habrá que tenerlo presente a la hora de realizar el escrito de defensa y del acto del juicio oral, ya que la reducción penológica puede ser muy considerable.

Por otro lado, aunque en principio, y teniendo en cuenta la letra de la ley, no existe problema de incompatibilidad entre la aplicación de este artículo y la de la circunstancia atenuante del artículo 21.2, podría tratarse de un concurso de normas a resolver por el principio de especialidad del art. 8.1 CP, decantándose dicho concurso a favor del artículo 376, cuya rebaja penológica, además, puede resultar más beneficiosa para el reo.

2.3.- Cuidado con los Juicios Rápidos

La tramitación de un juicio rápido, conforme a cualquiera de las modalidades contempladas en los art. 795 a 803 de la LECr. aporta una gran agilidad a los procedimientos, lo cual es deseable desde el punto de vista del buen funcionamiento de la Justicia Penal y sobre todo, para arrojar una buena imagen de cara a la ciudadanía. Sin embargo, dicha celeridad procesal puede colisionar con el derecho de defensa o, incluso, con el derecho a la tutela judicial efectiva, si el imputado y su defensa no tienen tiempo para probar cuestiones fundamentales, tanto para su posible condena, como para la futura aplicación de una medida alternativa a la prisión. La defensa ha de estar atenta a las posibilidades ofrecidas por el artículo 802 que veremos más adelante pues hacen referencia al juicio oral.

⁴ La excesiva penalidad de estas conductas se vio paliada por la reforma operada por la LO 5/2010 en el art. 368, tipo básico de delito de tráfico de drogas, que ha supuesto una reducción de la pena máxima a imponer para el caso de que nos estemos refiriendo a drogas que causan grave daño a la salud, que ha pasado de 9 a 6 años de prisión.

3.- FASE DE ENJUICIAMIENTO E IMPUGNACIÓN DE SENTENCIA

Con anterioridad hemos hecho referencia en varias ocasiones al Juicio Oral, que recordamos es el momento central del proceso penal. Durante el mismo, se va a desarrollar la actividad probatoria, las partes realizarán una valoración de toda la prueba finalmente practicada y sacarán sus conclusiones de las mismas, fijando las calificaciones definitivas.

De esta manera, la defensa tendrá que intentar probar en el juicio las circunstancias que van a permitir la aplicación de alternativas, que podrá hacerse en sentencia o con posterioridad, en fase de ejecución (para no repetimos analizaremos con detalle estas circunstancias en el próximo punto).

No obstante, es el momento de hacer hincapié en varias cuestiones relativas a este momento procesal trascendental:

1º.- Si ha habido denegación de algún medio de prueba relevante en orden a la individualización de la pena o posibilitar alguna alternativa a la prisión, es necesario reiterar la petición, solicitar la suspensión del juicio y por tanto del desarrollo de prueba hasta tanto pueda ser incorporada la prueba solicitada, y en todo caso, con vistas a posibles recursos, pues se trataría de la infracción de un derecho fundamental invocable en todas las instancias judiciales, incluyendo la demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional.

2º.- Desde mi punto de vista, con independencia de la necesidad de probar determinadas circunstancias relativas a los requisitos establecidos para la aplicación de los sustitutivos penales, estimo que es más adecuado plantear la solicitud de estas alternativas en la fase de ejecución, de una forma más pausada, pues de recogerse la decisión judicial desestimatoria en sentencia, corremos el peligro de que con una prueba insuficiente, se denieguen todas las modalidades de una vez, lo que dificultaría su nuevo planteamiento en ejecución, salvo que hayan cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta en sentencia. Lo dicho anteriormente no es aplicable a medidas de seguridad, que de forma preceptiva han de estar incluidas en el fallo de la sentencia.

3º.- Si hay conformidad, la defensa debe procurar que la sentencia de conformidad incluya la alternativa a la prisión que hayamos solicitado, por lo que, como habíamos señalado al hacer referencia a la fase de instrucción, es fundamental el material probatorio recabado y aportado hasta ese momento.

4º.- Si las partes han participado en un proceso de mediación y se ha logrado alcanzar un dándose la víctima por resarcida, éste ha de estar convenientemente firmado por las mismas y suscrito por el equipo de mediación que haya intervenido y, además, ser introducido en el

juicio, que posiblemente finalice con conformidad. El sometimiento a mediación penal debe ser valorado por el órgano judicial de enjuiciamiento en dos aspectos fundamentales: como posible atenuante de reparación del daño (incluso muy cualificada) y como una de las circunstancias que debe tener en cuenta a la hora de decidir acerca de la concesión o no de una alternativa a la prisión ejercicio la facultad discrecional concedida (lo veremos en el siguiente punto con más detalle). Es justo señalar que en aquellos procedimientos en los que se ha podido alcanzar un acuerdo por las partes tras un proceso de mediación, la ejecución de sentencia es más sencilla, sobre todo en lo relativo a la satisfacción de la víctima y a la responsabilidad civil.

5°.- No podemos olvidar en el juicio oral algunas otras normas del Código Penal que tendrá que tener muy presentes la defensa. Nos referimos al período de seguridad del art. 36.2 y a las sustituciones obligatorias impuestas por los artículos 71.2 y Art. 53.

- Período de seguridad. El art. 36.2 CP establece que *“Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta”*, siendo su imposición imperativa en relación a los siguientes delitos:

- a) *Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.*

- b) *Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.*

- c) *Delitos del artículo 183.*

- d) *Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.*

La defensa deberá vigilar los supuestos que son de aplicación discrecional del período de seguridad, exigiendo la necesaria y específica motivación judicial respecto a la decisión de imponerlo, y procurando aportar argumentos y pruebas dirigidos también a convencer al juez de que no es necesario su imposición. Desde el punto de vista del principio acusatorio que rige todo nuestro sistema penal, entiendo que, para su aplicación, habrá de contarse con petición al efecto por parte del Ministerio Fiscal o las acusaciones, pues la imposición del período de seguridad supone un importante endurecimiento del cumplimiento de la pena y ello, desde nuestro punto de vista, impide que el juez pueda actuar de oficio.

- Sustitución obligatoria de la pena de prisión inferior a 3 meses. Art. 71.2 CP.

Aunque según el tenor literal del art. 36.1, ningún tipo penal contempla una pena de prisión por debajo del indicado límite de 3 meses, en la práctica es posible la existencia de una pena de prisión menor de 3 meses en aplicación de las reglas de determinación de la pena. Por

ello, el art. 71.2 CP impide que en estos la misma sea cumplida. “No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a 3 meses, ésta será sustituida conforme a lo dispuesto en la Sección 2ª del Capítulo III de este Título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda.”

Esta regla sería susceptible de aplicación analógica a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa inferior a 3 meses.

La sustitución, según el art. 88 y de acuerdo con los módulos de conversión que en dicho precepto se contienen, lo será por la pena de multa (1 día de prisión por dos cuotas de multa) o trabajos en beneficio de la comunidad (1 día de prisión por una jornada laboral).

Si bien el art. 88 CP, al que se remite el 71.3, requiere que no se trate de reos habituales para proceder a la sustitución, este requisito no resulta aplicable a la sustitución obligatoria que ahora tratamos pues la letra de la norma es bien clara al respecto, no dejando lugar a dudas: la pena de prisión inferior a 3 meses “será en todo sustituida”, se trate o no de reo habitual la persona penada.

● Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa: Art. 53 CP.

1. Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de faltas, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el artículo 37.1 de este Código (máx. 6 meses).

También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo.

2. En los supuestos de multa proporcional los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad.

3. Esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años.

4. El cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque mejore la situación económica del penado.

5. Podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo

aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma.

En relación a este tema, nos interesa particularmente el párrafo 3, pues cuando la pena de prisión impuesta supere los 5 años de prisión, no podrá en ningún caso imponerse además responsabilidad personal subsidiaria aunque la persona penada no pague la multa.

Por último, si la sentencia ha recogido lo referente a la aplicación o no de alternativas a la prisión, será susceptible de los recursos disponibles para las sentencias en los distintos tipos de procedimientos previstos en el ordenamiento procesal penal español, salvo si la sentencia es de audiencia provincial, pues en principio el Tribunal Supremo tiene declarado que la casación no es terreno apropiado para entrar a debatir sobre la concesión o no de sustitutivos penales por tratarse de una materia donde rige el principio de discrecionalidad judicial, siendo por tanto el órgano de instancia el que tiene que resolver definitivamente el asunto.

4.- FASE DE EJECUCIÓN JUDICIAL

Conviene realizar algunas consideraciones previas:

1ª.- En ejecución de sentencia es posible solicitar y practicar pruebas dirigidas al estudio y valoración de la aplicación de sustitutivos penales.

2ª.- La defensa debe hacer un estudio completo y realista de todas las opciones evitando trámites innecesarios cuando la persona penada no reúne los requisitos para las alternativas a la prisión legalmente previstas.

3ª.- Es necesario evitar determinadas prácticas consistentes en dar consejos erróneos a los/as clientes/defendidos/s, tales como *“apúntate a un programa de drogas, aunque no hayas consumido nunca, o por si acaso, consume durante un tiempo”*. Es mi obligación hacer referencia a este tema porque aunque la mayor parte de letrados y letradas no utilizan dichas estrategias, sí se detectan en algunos casos puntuales que ponen en peligro todo un sistema de alternativas a la prisión y, a la postre, pueden perjudicar a la persona penada, causándole más problemas de los que ya tenía.

4ª.- En fase de ejecución de sentencia las resoluciones judiciales que aborden alguna alternativa a la prisión tendrán forma de auto, y como tales, serán susceptibles de recurso de reforma ante el mismo órgano judicial y apelación ante la Audiencia Provincial, tanto en el procedimiento abreviado como en el de enjuiciamiento rápido (art. 766 LECr.), que serán los más usuales en esta materia por el tipo de pena susceptible de aplicación de sustitutivos penales. Respecto al

procedimiento ordinario, por delitos graves, estos autos de ejecución no serían en principio susceptibles de recurso, salvo el de súplica previsto en el art. 236 LECr. En general las cuestiones procesales en ejecución de sentencia adolecen de una ausencia de regulación expresa, por lo que se hace necesario que este tema se aborde en futuras reformas.

5ª.- A continuación vamos a referirnos con mayor detalle a los distintos tipos de suspensión, a la sustitución prevista en el art. 88 CP y, brevemente, a la suspensión en tanto se resuelve la solicitud de indulto. No vamos a referirnos a la pena de TBC o de localización permanente cuando ésta sea la pena impuesta en sentencia por plantearse en el tipo penal como la consecuencia, única o alternativa, de la infracción penal en cuestión. Tampoco vamos a centrarnos en la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión en caso de extranjeros no regulares pues no la considero una verdadera alternativa a la prisión.

4.1.- SUSPENSIÓN GENÉRICA

4.1.1.- CONCEPTO. Los artículos 80 y siguientes del CP contemplan la posibilidad, desde el punto de vista preventivo especial, de dejar en suspenso durante un plazo de entre dos y cinco años la ejecución de las penas privativas de libertad de hasta dos años impuestas al delincuente primario, a condición de que durante dicho plazo no delinca y cumpla, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el órgano judicial. Esta es la figura básica que llamamos suspensión genérica u ordinaria.

4.1.2.- NATURALEZA

La doctrina española la viene relacionando con distintas figuras o instituciones:

- El derecho de gracia (Mapelli, Serrano), sobre todo antes del CP 1995
- Una causa de extinción de la responsabilidad criminal (Yáñez Román)
- Una modalidad de cumplimiento de la condena (Maqueda)
- Una forma sustitutiva de la ejecución de la PPrL (Mir)
- Una tercera vía de naturaleza intermedia entre penas y medidas (Bernal Valls, Núñez Barbero y doctrina alemana)
- También se dice que comparte la naturaleza del negocio jurídico (Mapelli).

Para nosotros lo fundamental en su naturaleza es que es un sustitutivo de la ejecución de la pena privativa de libertad y que ésta va a pender durante todo el plazo sobre el sujeto. La amenaza constante de la pena junto a las obligaciones impuestas puede considerarse de por sí

una pena, una pena sustitutiva, no privativa de libertad, pero pena por su indudable carácter aflictivo.

4.1.3. REQUISITOS

Son tres: primariedad delictiva, penas no superiores a dos años y satisfacción de la responsabilidad civil.

a) PRIMARIEDAD DELICTIVA

Principales dudas planteadas por la doctrina:

1.- Si las faltas son tenidas en cuenta para este requisito, habiendo sido excluidos los delitos imprudentes. La doctrina mayoritaria, que compartimos, las excluye, destacando entre todos los argumentos los que invocan una interpretación literal del precepto, del verbo “delinquir”, y la aplicación del principio de proporcionalidad, pues no parece proporcionado excluir conductas delictivas, aunque sean imprudentes, e incluir faltas.

2.- Concurso real de delitos. No existe unanimidad doctrinal. Nosotros nos inclinamos por entender que siempre que entre todas las condenas no superen los dos años, es posible conceder la suspensión, por ser la interpretación más favorable al reo y por hablar el CP de “suma de condenas”.

3.- Concurso ideal. No existe problema puesto que se trata de una unidad de acción.

4.- Condena anterior por delito doloso cuando el sujeto era menor. No puede computarse a ningún efecto la condena a un menor y no están inscritas.

Para tener en cuenta una condena anterior a estos efectos, tiene que ser firme en el momento de decidir sobre la suspensión y referirse a hechos anteriores a aquellos que motivan la condena.

Valoración: La opción político-criminal elegida por el legislador para evitar el efecto desocializador de las penas cortas de prisión es una opción muy débil, pues en la práctica se impedirá que este instituto se aplique a personas que, sin tener el delito como forma de vida, hayan realizado más de una pequeña acción en un período de tiempo corto o medio. Lo fundamental no es que el sujeto sea o no primario sino si el delito constituye o no su forma de vida, si la prisión es necesaria.

b) NATURALEZA Y DURACIÓN DE LA PENA A SUSPENDER

NATURALEZA

Ha de ser una pena privativa de libertad (PPrL) por lo que habrá de acudir al art. 35 del CP donde se recogen las mismas: localización permanente, prisión y responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa. Respecto a esta última, aunque parte de la doctrina no está de acuerdo en la aplicación de sustitutivos, la letra de la ley lo permite.

- ¿Qué ocurre con las penas privativas de derechos? La doctrina mayoritaria opta por la respuesta negativa, que ha sido corroborada por el TC en Sentencia de 28 de junio de 1993.

- ¿Y la multa? Claramente no se permite, por no tratarse de una pena privativa de libertad, aunque desde nuestro punto de vista sería conveniente permitirlo si el sujeto es insolvente, por economía procesal.

- Respecto a las penas accesorias, la doctrina se halla dividida. Una corriente optan por afirmar que sí se pueden suspender (ejm. Sánchez Yllera). Otra mantiene la posición contraria por entender que son penas que tienen una fundamentación autónoma y por ello siguen distinta suerte (ejm. Muñoz Conde). Nosotros entendemos que sí es posible porque las penas accesorias no tienen capacidad de existencia por sí mismas, estando siempre vinculadas a la pena privativa de libertad correspondiente, y en todo caso siempre están las reglas de conducta para imponer las medidas que se estimen necesarias.

- En cuanto a las PPrL que sean sustitutivas de otras, en principio son susceptibles de suspensión, puesto que la ley no lo prohíbe expresamente, salvo para el caso de la sustitución.

DURACIÓN

- La pena a suspender no puede ser superior a dos años, sin computar la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, siendo posible su aplicación a las penas indultadas parcialmente si la resultante no supera los dos años.

- El supuesto español es uno de los más estrictos del mundo, según Tamarit Sumalla se circunscribe al ámbito del hurto.

Valoración: Este requisito junto al de primariedad delictual, hacen que esta figura resulte escasamente aplicable como alternativa a la prisión y esté jugando un sinuoso papel junto a la elevación general de la penalidad, de endurecimiento de la respuesta penal a la pequeña delincuencia, por conductas que, en aplicación del principio de proporcionalidad, no tendrían que estar penadas con PPrL. Deja fuera de su ámbito de aplicación aquellos supuestos que precisamente fundamentan las bases teóricas de su propia existencia.

c) RESPONSABILIDAD CIVIL

Se excluye su suspensión en el artículo 80.3, pues carece de sentido penológico y no afecta a la individualización del reproche penal. Además su satisfacción es el tercer requisito para la aplicación de la suspensión.

- Es doctrina prácticamente unánime, amparada en la letra del precepto, que no puede denegarse la suspensión por la no satisfacción de las responsabilidades civiles cuando exista insolvencia total o parcial del sujeto.
- En orden a tener en cuenta al perjudicado, podría haber jugado un papel fundamental la Justicia Restaurativa con figuras como la mediación penal o la simple reparación. En este sentido, mencionamos que el anteproyecto de Código Penal y el de Código Procesal Penal sí introducen la mediación.

4.1.4. CARÁCTER POTESTATIVO DE LA DECISIÓN JUDICIAL

a) DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

El CP 1995 supone un avance hacia modelos más flexibles y con mayor protagonismo del órgano judicial.

- Desaparecen los dos supuestos de concesión por ministerio de la ley, ya no se considera un derecho subjetivo.
- Ya siempre será una decisión discrecional, debiendo el juez a quo realizar una valoración bajo el prisma de la resocialización del sujeto en cuestión.

La discrecionalidad se manifiesta en tres vertientes: para la concesión o no de la suspensión/ para el establecimiento del plazo / y para la fijación o no de las reglas de conducta.

Pero, esto es importante, no se trata de una discrecionalidad total, sino de una **discrecionalidad jurídicamente vinculada**, pues la propia ley indica al órgano judicial los aspectos que debe valorar, a saber:

- La peligrosidad criminal y la existencia de otros procedimientos para decidir sobre la concesión.
- Las circunstancias personales del delincuente, características del hecho y duración de la pena para el establecimiento del plazo.

En este sentido, dado su carácter no automático, la defensa habrá de incidir en la prueba y en la argumentación de sus escritos en estos aspectos, y no sólo en el cumplimiento de los requisitos objetivos.

Tanto el TS como el TC, en sendas Sentencias de 1986, se han manifestado acerca de la compatibilidad entre la discrecionalidad judicial y el principio de igualdad.

b) NECESIDAD DE ESPECIAL MOTIVACIÓN

El art. 80.1 refuerza la obligación de motivar la resolución judicial general, que adquiere una importancia fundamental por cuanto nos remite a conceptos jurídicos indeterminados.

La doctrina exige que la motivación se plasme tanto en supuestos de concesión como de denegación y que verse sobre los requisitos objetivos y sobre los criterios subjetivos.

Suele denunciarse por la doctrina el automatismo en el actuar de los jueces concediendo la suspensión una vez se dan los requisitos objetivos. Ello es contrario al principio de individualización de la pena y su ejecución y pone en peligro el propio fundamento preventivo especial de la suspensión.

Automatismo y motivación se muestran completamente incompatibles pues en la medida en que el órgano judicial estudie en profundidad el supuesto y motive su resolución, evitará el citado automatismo.

La falta de motivación es motivo de amparo (apelación y casación si ha entrado en sentencia) por vulneración de la tutela judicial efectiva.

c) LA PELIGROSIDAD CRIMINAL

Este concepto está íntimamente relacionada con el automatismo y con la ausencia de motivación. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, lo que dificultará al juez su determinación, pues no cuenta con los conocimientos científicos ni con los medios suficientes para ello. Ello puede conducir, según la doctrina, a decisiones basadas en prejuicios y estereotipos. Por esa razón es de vital importancia que la defensa aporte todos los informes que puedan aportar datos que permitan al órgano judicial tomar una decisión razonada.

Ni doctrina, ni jurisprudencia se ponen de acuerdo en qué es lo que hay que valorar exactamente. En la doctrina se habla de atender a las circunstancias señaladas en el art. 80.2 al referirse al plazo, a lo dispuesto en el art. 95 referido a las medidas de seguridad o a la utilización restringida de la "peligrosidad criminal" como criterio, por tratarse de un concepto propio de las medidas de seguridad no de las penas. La jurisprudencia, por su parte, hace referencia a la alarma social, la forma de comisión delictiva, la situación de paradero desconocido, los antecedentes cancelados o cancelables,...

Lo cierto es que esta indefinición y la ausencia de profesionales expertos de apoyo al órgano judicial nos conducen a una situación de inseguridad jurídica.

Por nuestra parte, la posición más razonable es la que entiende que para decidir sobre la suspensión hay que mirar hacia el futuro no hacia el pasado, pues los hechos ocurridos ya se han tenido en cuenta para la imposición de la condena. Ahora, en ejecución de sentencia, de lo

que se trata es de estudiar si existe probabilidad de que el sujeto cometa otro delito de suspendersele la condena o si existen indicios que indiquen que se le puede ofrecer otra oportunidad sin ejecutar la pena.

Por ello es más importante hacer una valoración global de las circunstancias personales del reo que del hecho.

Pero, como apuntábamos, la insuficiencia de conocimientos específicos de los jueces y la ausencia de profesionales que les asesoren suponen otro ataque a la esencia de la discrecionalidad judicial, junto a la indefinición del concepto.

- La única solución es contar con dichos profesionales, también reclamados por la doctrina.
- Deben ser técnicos adscritos a la oficina judicial.
- Ante esta realidad la defensa debe procurar y aportar al juez informes de todas aquellas instituciones sociales, públicas o privadas que puedan ofrecer información útil de cara al ejercicio de la discrecionalidad reglada.

Por último, hay que ser conscientes de que la realización del pronóstico de peligrosidad criminal previo a la decisión sobre la concesión o no de la suspensión, comporta un riesgo (Sierra López), un riesgo que el legislador ha creído conveniente asumir, y por ello el período suspensivo es un período probatorio. Esto tiene que argumentarlo la defensa, incidiendo en la necesidad y la conciencia de que siempre se asume un riesgo.

d) LA EXISTENCIA DE OTROS PROCEDIMIENTOS

Este criterio a tener en cuenta junto al de peligrosidad criminal fue introducido por la Ley15/2003 de 25 de noviembre.

Gran parte de la doctrina considera que choca frontalmente con el principio de presunción de inocencia, por ello, aconsejan, hay que usarlo con muchas cautelas (Prat Westerlind, Mir Puig, Muñoz Conde,...). Además, en la práctica, los órganos judiciales se encuentran con dificultades para obtener esta información.

Como para el requisito de primariedad delictiva, no se pueden considerar ni los procedimientos por falta ni por delitos imprudentes.

La inclusión de esta circunstancia ha limitado aún más la rígida regulación de la suspensión.

e) OTROS CRITERIOS DE VALORACIÓN PARA EL ESTABLECIMIENTO DEL PLAZO

Según el art. 80.2 CP, son tres los criterios a los que hay que atender para el establecimiento del plazo de suspensión, y que la defensa debe argumentar, para ajustarlo al caso concreto en el ejercicio de la discrecionalidad reglada:

- Circunstancias personales del delincuente. Atender a los informes sobre la conducta posterior al hecho punible, más que a la precedente.
- Características del hecho. Inercia a excluir determinados tipos penales que hay que evitar aterrizando y analizando el caso concreto.
- Duración de la condena. A mayor/menor duración mayor/menor plazo.

El órgano judicial habrá de valorarlos motivando la resolución conforme a dichos criterios, estando obligado a explicar por qué ha escogido un plazo y no otro.

f) EL PLAZO DE SUSPENSIÓN

Se prevén dos plazos dependiendo de las penas:

De 3m a 1 año para las penas leves (Localiz. Permanente y RPS por impago de multa de 10 días a 2 meses).

De 2 a 5 años para las PPrL de hasta 2 años y RPS por impago de multa de más de 2 meses y multa proporcional). Según la doctrina este plazo, que será el más usual, no es muy generoso y constituye un elemento más del eventual fracaso de esta institución.

La ley dispone la celebración preceptiva de la audiencia de las partes para el establecimiento del plazo, que algunos entienden también necesaria para la concesión o no de la suspensión.

La doctrina apunta que la finalidad principal de esta audiencia es que el/la penado/a pueda expresar si le conviene o no la suspensión, pues pudiera resultarle más gravosa que la pena.

El término "partes" hace referencia a partes procesales, aunque hay quien entiende que debe incluirse al perjudicado.

Existen algunas especialidades en relación a este tema:

- Sí se prevé la audiencia preceptiva para decidir sobre la concesión o no cuando se dicta sentencia oral en juicio oral y conformidad oral con manifestación de las partes de que no van a recurrir.
- No se prevé audiencia ni para la concesión ni para el plazo en los juicios rápidos con conformidad.

4.1.6.- OTRAS CUESTIONES PROCESALES RELACIONADAS CON LA SUSPENSIÓN

Audiencia previa en delitos perseguibles a instancia de parte: Según la doctrina, aunque la opinión de la víctima no sea vinculante, en los delitos perseguibles a instancia de parte, su opinión a favor de la concesión de la suspensión deberá tener mucho peso.

4.1.7.- LA CONDICIÓN DE NO DELINQUIR

Es la condición principal aplicable en todos los supuestos de suspensión y respecto de todas las penas. Son dos las cuestiones más debatidas por la doctrina: la relativa a la interpretación del verbo “delinquir” y la relativa al momento en el que se debe considerar la conducta delictiva a estos efectos.

1.- Existen cuatro posiciones en relación a la interpretación del verbo “delinquir”:

- Comisión de delitos dolosos.
- Comisión de cualquier delito, doloso o imprudente.
- Comisión de delitos o faltas dolosos.
- Comisión de delitos y faltas, dolosos o imprudentes.

Nosotros optamos por la tesis más restrictiva. En primer lugar, porque el delito imprudente no se ha tenido en cuenta para la primariedad delictiva y no defrauda la confianza entregada al sujeto al no existir intencionalidad en la conducta. En segundo lugar, porque si no se tienen en cuenta los delitos imprudentes no es proporcionado que la comisión de una falta pueda conducir al sujeto a prisión. Además la interpretación estricta del verbo delinquir apoya esta tesis.

2.- Respecto al momento en el que deben considerarse las conductas delictivas, igualmente existen diversas opiniones pero en virtud del principio de presunción de inocencia nos inclinamos por aquella que defiende que tanto el delito (los hechos) como la sentencia firme han de producirse dentro del plazo de suspensión. Si los hechos son anteriores, no se ha incumplido la obligación de no delinquir dentro del plazo acordado, no se da el supuesto de hecho previsto en la norma cuya consecuencia es la revocación de la suspensión concedida; y, por otro lado, hasta el momento en que la nueva sentencia condenatoria referida a hechos realizados dentro del plazo de suspensión no sea firme no se puede afirmar la comisión delictiva, debiendo primar la presunción de inocencia. En este punto debemos prestar la máxima atención al proceso legislativo pues el anteproyecto del CP de 2013 prevé modificaciones que consideramos no del todo respetuosas con este principio y derecho fundamental.

4.1.8.- LAS REGLAS DE CONDUCTA

a) NATURALEZA Y FINALIDAD

- No tienen naturaleza ni de pena ni de medida.

- En la decisión, el juez tendrá que hacer un nuevo ejercicio de discrecionalidad judicial, por ello la resolución deberá contener motivación suficiente al respecto, tal como hemos señalado anteriormente para la concesión o no de la suspensión y para la fijación del plazo.

b) LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 83

1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o tribunal, conforme al artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el juez o tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:

1ª Prohibición de acudir a determinados lugares.

2ª Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos.

3ª Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.

4ª Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.

5ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares. (Introducido por la LO 5/2010).

6ª Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª de este apartado.

2. Los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas.

Gran parte de estas reglas de conducta vienen a coincidir con las medidas contenidas en la libertad vigilada, como medida de seguridad post-pena regulada en el art. 106 CP.

En cuanto a la regla 4ª, la doctrina entiende que debe estar asociada a otra regla (la 5ª o la 6ª) y el juez debe ponderar muy bien la necesidad y alcance de la misma pues podría suponer

una intromisión inadmisible en la vida privada de las personas afectadas. La defensa tendrá que estar atenta a ello.

De todas las reglas previstas, la 5ª (*Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares*) es la que más acerca la figura de la suspensión del CP español a la *probation* anglosajona. Requerirá la realización de un estudio previo de las necesidades del delincuente en orden a la evitación de futuras conductas delictivas y el establecimiento de un plan personalizado, que deberán realizar los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas (SGPMAL) conforme al RD 840/2011, sin desoír los informes de los expertos correspondientes.

Por lo que respecta a la regla 6ª (*Cumplir los demás deberes que el juez estime convenientes*), que plantea una fórmula abierta, se hace aún más patente la necesidad de asesoramiento del órgano judicial, pues con tal indefinición el peligro de arbitrariedad y vulneración del principio de legalidad es innegable.

Según la doctrina, precisamente por constituir una regla abierta se está vulnerando el principio de legalidad. Por ello, las defensas tendrán que asegurarse de que caso de usarse la regla 6ª para imponer deberes no previstos en la norma legal, los mismos cumplan la misma finalidad que los expresados en los cinco puntos anteriores y que presenten cierta analogía, respetando de esta forma el principio de legalidad.

Resta señalar que esta regla permite introducir obligaciones de contenido reparador en el marco de la mediación penal.

c) LA VOLUNTARIEDAD Y LA DIGNIDAD COMO LÍMITES

Estos límites aparecen referidos a la regla 6ª, pero la doctrina entiende que son comunes y, por tanto aplicables, a otras.

La dignidad haría referencia al necesario equilibrio entre los bienes jurídicos seguridad y libertad, y no sólo resulta de obligado respeto a todas las reglas de conducta aquí estudiadas, sino al propio cumplimiento de las penas previstas como consecuencia jurídica de la infracción penal, incluida la PPrL. Ello lo extraemos de la art.... de la CE y de los diversos Tratados y Convenios Internacionales suscritos por España que señalan el derecho a la dignidad como uno de los pilares básicos del sistema penal.

Por su parte, la conformidad resultaría aplicable claramente a la regla 5ª, pues comparten la misma finalidad resocializadora, incluso a la 4ª, por su posible vinculación con las otras dos. Respecto a la exigencia de conformidad al resto de las reglas existen dudas, pero lo cierto es que si no se cuenta con la aquiescencia del/la penado/a el pronóstico de peligrosidad

criminal se va a ver afectado. En este sentido, la voluntariedad es inherente a los sustitutivos penales, pues el fundamento preventivo especial requiere de la colaboración del sujeto. La audiencia de las partes prevista en el art. 80.2 es el momento ideal para prestarla.

e) TRATAMIENTO ESPECIAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

En estos supuestos el CP prevé el condicionamiento obligatorio a las reglas 1, 2 y 5. Cuestiones que nos surgen al respecto y que simplemente planteamos:

- Coincidencia de estas reglas con penas accesorias de obligatoria imposición en delitos de violencia de género y otros (art. 48 y 57 CP) y con el contenido de la medida de seguridad de libertad vigilada.
- Afectación del principio de igualdad al referirse exclusivamente a una tipología delictiva, con independencia de las circunstancias particulares del caso, de la persona penada y de la víctima (derecho penal de autor).
- Pudiera resultar excesivo ese automatismo

4.1.9.- INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES.

a) DE LA CONDICIÓN DE NO DELINQUIR

El incumplimiento de esta obligación conlleva automáticamente la revocación de la suspensión y el cumplimiento de la pena.

Recordamos que para que se dé por incumplida esta obligación, el sujeto tiene que haber cometido durante el plazo de prueba impuesto por el órgano judicial unos hechos que constituyan delito doloso (ni delitos imprudentes, ni faltas) y que exista respecto a los mismos una sentencia condenatoria firme, dictada asimismo dentro del plazo de suspensión.

b) DE LAS REGLAS DE CONDUCTA

El sistema es más flexible que respecto al incumplimiento de la obligación principal de no delinquir, pero no por ello deja de ser mejorable. El órgano judicial puede optar por sustituir la regla incumplida, prorrogar el plazo o revocar la suspensión.

La doctrina plantea que hubiera sido bueno establecer una prelación entre ellos, pero lo cierto es que no existe y que el juez a quo habrá de valorar convenientemente el significado de cada incumplimiento, para lo cual será importante, una vez más, contar con los informes oportunos emitidos por los expertos que ofrezcan datos acerca de su situación social, de salud física y psíquica, laboral, etc. y que, en definitiva, incidan en el pronóstico de peligrosidad criminal y permitan realizar una valoración global, partiendo del pronóstico inicial y de los

objetivos que pretendían conseguirse en un principio. Echamos de menos de nuevo a los equipos técnicos que hemos mencionado diversas ocasiones en este trabajo.

4.1.10.- LA REMISIÓN DE LA PENA

Una vez declarada la remisión de la pena y firme la resolución no podrá revocarse aunque con posterioridad adquiriera firmeza alguna sentencia por hechos realizados durante el plazo de suspensión. Lo contrario nos conduciría a una situación de inseguridad jurídica insostenible y más perjudicial para el reo que el cumplimiento de la pena. De nuevo aquí hemos de hacer un seguimiento a los trabajos legislativos pues el anteproyecto de reforma del CP de 2013 prevé cambios al respecto.

4.1.11.- LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Al excluirse del registro las penas suspendidas, el régimen establecido por el CP 1995, acercaba más la suspensión a la *probation* quedando el sujeto sin antecedentes si no se habían producido incidencias negativas. Lamentamos su desaparición pues no resulta acorde con el principio de resocialización o prevención especial positiva al que responde esta figura. En este punto también la reforma planteada en el anteproyecto del CP de 2013 presenta novedades, pues los plazos de cancelación de antecedentes penales previstos son extraordinariamente elevados (casi imposibles).

4.1.12.- EL SUPUESTO EXCEPCIONAL DEL ART. 80.4

Respecto a su fundamento, la doctrina se refiere a razones de prevención especial (un enfermo es escasamente peligroso) y a razones humanitarias⁵.

Los requisitos específicos de esta figura son la existencia de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables (origen en el art. 60 RP 1981) y no tener otra pena suspendida por el mismo motivo, pues en este caso hay quien entiende que priman la seguridad y el aspecto

⁵ Los servicios sanitarios de las prisiones, si bien pueden resultar muy efectivos para la atención de dolencias comunes que presentan las personas relativamente sanas, no cuentan con médicos especialistas ni están preparados para atender enfermedades o patologías graves. Ello, unido a otras cuestiones en las que no es el momento de profundizar, hacen que vivir con una enfermedad grave en prisión devenga en una especie de pena de muerte, tortura o al menos en una pena mucho más gravosa que la merecida por el delito: la elevada tasa de enfermedades graves entre personas reclusa, el hacinamiento, los problemas de pérdida de citas para consultas con especialistas o pruebas diagnósticas en los servicios sanitarios externos, la ausencia de familiares que asuman el cuidado de la persona enferma, la propia situación de encarcelamiento y sus consecuencias desde el punto de vista físico y psíquico... Aquí es donde se alojan las razones humanitarias que dan sentido a esta modalidad específica de suspensión, que tiene su correlativo en el cumplimiento penitenciario, con normas que suavizan en estos casos los requisitos para el acceso al tercer grado o la libertad condicional.

retributivo sobre la dignidad humana, pues la enfermedad padecida no habría sido obstáculo para cometer una nueva acción delictiva.

Dándose estos presupuestos, no hay sujeción a los requisitos temporales o de primariedad delictiva inherentes a la suspensión, aunque sí resultan aplicables las normas relativas a las condiciones, al plazo de suspensión y a la valoración de la peligrosidad criminal.

Ciertos sectores doctrinales muestran sus dudas respecto a las penas a las que resulta aplicable este tipo de suspensión, pretendiendo que las razones humanitarias y de prevención especial la hacen susceptible de aplicación a toda pena. Ciertamente una persona en esta situación, si es insolvente, no podrá hacer frente al pago de multas, con la consiguiente RPSIM que habría que suspender a su vez. Lo mismo respecto a otras penas privativas de derechos recogidas en el art. 39 CP⁶, como la privación del permiso de conducción, las inhabilitaciones o suspensiones profesionales o las prohibiciones de aproximarse o comunicarse con la víctima.

A finales de los años 80 y principios de los 90 del siglo pasado, no existía una interpretación clara de lo que debía entenderse por enfermedad muy grave con padecimientos incurables, dando lugar a criterios dispares en las distintas prisiones y juzgados de vigilancia penitenciaria. El TC vino a aclarar esta cuestión con su sentencia 48/1996 de 28 de marzo, en el sentido de que se considera enfermedad muy grave con padecimientos incurables a estos efectos cuando la permanencia en prisión incida desfavorablemente en la enfermedad, pudiendo suponer un acortamiento de la vida de la persona penada.

A los efectos de aplicar esta modalidad de suspensión es necesario que la defensa aporte los informes médicos que acrediten la situación de salud de su cliente, que deberán ser lo más completos posibles y recoger el historial de la enfermedad y evolución de la misma, la situación

6 a) La inhabilitación absoluta.

b) Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho.

c) La suspensión de empleo o cargo público.

d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.

g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.

h) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.

i) Los trabajos en beneficio de la comunidad.

j) La privación de la patria potestad.

actual, el pronóstico y las necesidades de atención. Estos informes pueden proceder del Sistema Nacional de Salud (es conveniente que sean emitidos por los servicios especializados que atiendan al/la enfermo/a) o de servicios sanitarios privados. Además, el órgano judicial puede ordenar el examen por el médico forense.

Esta modalidad de suspensión suscita ciertos problemas éticos. El primero que nos surge tiene relación con qué debe hacer la sociedad con aquellas personas que no cuentan con apoyo socio-familiar, son indigentes o no están capacitadas para cuidarse; en algunos casos tendrán un pronóstico desfavorable por no contar con ningún apoyo y en otros casos no se podrá proceder a la excarcelación por no existir otras instituciones adecuadas para el cuidado de personas muy enfermas sin recursos socio-familiares, pasando a cumplir la prisión una función de atención social que no le corresponde.

El segundo problema ético que nos surge es qué hacer con aquellas personas que pese a su terrible estado de salud delinquen pues, por un lado, su no excarcelación puede convertirse en una cadena perpetua y, por otro, las prisiones tradicionales no están preparadas para atender a este tipo de población.

4.2.- SUSPENSIÓN ESPECÍFICA PARA DROGODEPENDIENTES Y ALCOHÓLICOS

4.2.1.- RAZONES DE POLÍTICA CRIMINAL QUE INSPIRAN ESTA FIGURA

Su configuración parte de la lógica preventivo especial de las penas y su ejecución, pero no parece coincidir exactamente en los fundamentos con la figura genérica al no estar dirigida específicamente a delinquentes primarios ni a penas cortas de prisión.

Así, la evitación de la PPrL y de sus efectos desocializadores no la finalidad de esta figura o, al menos, no la única; más bien se pretende evitar la prisión por entenderse que ésta es perjudicial para las necesidades del tratamiento.

4.2.2.- REQUISITOS ESPECÍFICOS Y EXCUSA DE ALGUNOS REQUISITOS DE LA SUSPENSIÓN GENÉRICA

Se excusa de los requisitos de primariedad delictiva y del límite de 2 años de duración de la pena pero, por otro lado, se mantiene el de satisfacción de las responsabilidades civiles.

Como en el caso de personas enfermas, se prevén requisitos específicos: haber delinquirido a causa de la dependencia a las sustancias señaladas en el art. 20.2 CP y que la pena a suspender tenga un máximo de 5 años de duración.

Por otra parte, las normas de la suspensión genérica serán de aplicación supletoria.

4.2.3.- DURACIÓN DE LA PENA

El nuevo límite de 5 años, introducido a finales de 2003, es calificado por la doctrina como realista. Sin embargo, la agravación general y progresiva de la penalidad provoca que en muchos casos la pena impuesta a personas que encajan en el perfil de delincuencia funcional exceda de 5 años. Por ejemplo: Si se aplica la circunstancia agravante de reincidencia cualificada según el artículo 66.1.5ª, el robo con fuerza cualificado del art. 241 o el robo con violencia del artículo 242 tendrán una penalidad de hasta 7 años y medio. En el delito contra la salud pública consistente en tráfico de drogas a pequeña escala (art. 368 CP) el exceso respecto al límite de 5 años será aún más llamativo y ello a pesar de la rebaja en el tipo operada por la LO 5/2010 de reforma del CP.

La dureza y desproporción en el castigo a gran parte de las conductas encuadrables en la delincuencia funcional dificultarán la aplicación de la suspensión específica del artículo 87, neutralizando los efectos positivos de la reforma producida a finales de 2003.

Por otro lado, no está claro si el límite de 5 años ha de referirse a la suma de todas las penas o es aplicable a cada una de ellas por separado. Sería conveniente una aclaración por parte del legislador, para evitar situaciones de desigualdad e inseguridad jurídica, pues ambas soluciones parecen posibles a la luz de la norma.

4.2.4.- COMISIÓN DEL DELITO A CAUSA DE LA DEPENDENCIA

a) ¿ES NECESARIO QUE QUEDE RECOGIDO EN SENTENCIA?

La regulación actual no lo exige pero ni la doctrina, ni la jurisprudencia menor son unánimes. Es justo ofrecer al penado la oportunidad de probar dicha circunstancia con posterioridad porque no constituye en modo alguno cosa juzgada.

En lo que sí existe coincidencia es en excluir la drogodependencia sobrevenida. En este caso podría estudiarse la posibilidad de aplicar el art. 60 CP por presentarse un problema mental sobrevenido.

Finalmente hemos de aplaudir la inclusión del alcohol entre las sustancias de adicción, pues las consecuencias que provoca el consumo continuado de esta droga legal en las capacidades intelectual y volitiva del sujeto, por lo que respecta a una reducción de la imputabilidad del culpable, o incluso a su exención plena, son indudables, y ello debe tener su correspondiente reflejo en el ofrecimiento de tratamientos alternativos que incidan en la evitación de futuras conductas delictivas.

b) ACREDITACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA DE DROGODEPENDENCIA

No existirá mayor problema si en la sentencia se ha recogido la atenuante de grave adicción del art. 21.2 CP, la eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el artículo con la eximente del art. 20.2 CP o la circunstancia analógica del art. 21.7 CP.

En caso contrario, habrá que estudiar esta cuestión en un incidente de ejecución de sentencia en el cual es preceptivo el informe del médico forense al respecto.

De nuevo sería conveniente que el juez contara con el asesoramiento de un equipo multidisciplinar, no exclusivamente el de un médico, pues la drogodependencia no sólo conlleva problemas de tipo físico y médico sino también problemas de tipo psicosocial (de hecho su abordaje se realiza desde el punto de vista biopsicosocial).

El médico forense habrá de reconocer a la persona penada y recabar y valorar otros informes de expertos⁷ que la atiendan o la hayan atendido.

La audiencia de las partes, prevista en el artículo 87 puede ser clave pues en dicho trámite se pueden aportar pruebas, siempre que versen sobre extremos aún no analizados. Además será el momento para expresar si se desea la aplicación del art. 87, prestar la conformidad con el mismo si no lo ha solicitado el/la interesado/a y para que opine sobre el plazo.

4.2.5.- ESTAR SOMETIDO A TRATAMIENTO O ENCONTRARSE DESHABITUADO

•El tratamiento debe realizarse en un *“centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado”*.

El precepto nos está remitiendo a la normativa administrativa, por ejemplo en Andalucía existe un Decreto que lo regula (Decreto 87/1996 de autorización, registro, acreditación e inspección de los Servicios Sociales de Andalucía, modificado por Decreto 102/2000 y por el Decreto 153/2011).

Los problemas los encontraremos, y no será extraño, respecto de aquellos centros privados que no hayan obtenido el correspondiente visado administrativo.

- En este caso lo conveniente será estudiar el caso concreto, qué otras garantías pueda ofrecer el centro respecto a su actividad y solicitar información a la administración competente acerca de la misma, actuaciones que deberá impulsar la defensa.

En cuanto al certificado de deshabituación, si el centro o servicio está debidamente acreditado u homologado, el informe del médico forense que contradiga al del/la profesional

⁷ La Junta de Andalucía ha puesto en marcha un sistema mediante el cual el Instituto Andaluz de Medicina Legal y todos los forenses adscritos pueden conectarse al sistema informático del sistema público de atención a las adicciones y obtener de manera inmediata información sobre si la persona en cuestión está o ha estado en tratamiento, pudiendo solicitar vía telemática un informe más específico y completo.

experto/a de dicho centro tendrá escaso valor. Por el contrario, si la acreditación es dudosa, el informe del médico forense será crucial.

Respecto al sometimiento a tratamiento, el juez no podrá modificar las condiciones del tratamiento ni el tipo de tratamiento indicado terapéuticamente para el sujeto. No tiene por qué consistir en internamiento en comunidad terapéutica y ya no es necesario atravesar por distintas fases de una manera rígida como se venía entendiendo hace varias décadas. Los tratamientos de drogodependencias que se vienen desarrollando parten de una atención individualizada en cumplimiento de un itinerario personalizado previamente elaborado tras el estudio del caso, que puede ir modificándose dependiendo de la evolución de cada persona. Serán los especialistas del centro los que en base a dicho itinerario, vayan conduciendo el proceso de recuperación de la persona.

4.2.6.- CONSECUENCIAS DE LA REINCIDENCIA O LA HABITUALIDAD

Si bien no se exige como requisito que el penado no sea reincidente o reo habitual, el art. 87 establece la necesidad, en caso de reincidencia del mismo, de valorar, en resolución motivada, la conveniencia o no de suspender la ejecución de la pena, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y del autor.

- Para la doctrina, este añadido no aporta nada nuevo puesto que resulta aplicable lo dispuesto para el supuesto genérico en tanto no se contradicen con la regulación específica (recuérdese: discrecionalidad judicial, especial motivación, valoración de la peligrosidad criminal, y criterios para el establecimiento del plazo –circunstancias personales del delincuente, características del hecho y duración de la pena).

4.2.7.- CONDICIONES ESPECÍFICAS DE LA SUSPENSIÓN PREVISTA EN EL ART. 87

Esta modalidad suspensiva de la ejecución de la PPrL añade como segunda condición principal además de no delinquir, la relativa al tratamiento de la adicción o dependencia a sustancias. Su naturaleza es similar a algunas de las reglas del artículo 83 previstas para el supuesto genérico.

Si la persona no se hallaba ya deshabituada al momento de decidir sobre la suspensión, la condición consiste en no abandonar el tratamiento, sin imponer un plazo específico, si bien no se puede sobrepasar el plazo máximo de la suspensión, aunque sí es posible que el tratamiento finalice antes de culminar el período probatorio.

Se plantea la doctrina si se pueden aplicar las obligaciones del 83 en caso de deshabitación del sujeto.

- La doctrina duda al respecto, siendo mayoritaria la que considera que no es posible, pues el régimen de las condiciones tiene una regulación específica para el supuesto de drogodependientes.
- Nosotros somos de la misma opinión, porque:
 - De lo contrario obligaríamos al sujeto a permanecer en los recursos sociales y judiciales, estigmatizándolo e impidiendo que normalice su vida, a pesar de haber logrado su deshabituación y atajar la causa que lo llevó a delinquir.
 - Imponer otras reglas de conducta distintas al tratamiento imprimiría al régimen una dureza excesiva, corriendo el peligro de que consumos aislados o una recaída con posibilidad de recuperación pueda suponer la revocación de la suspensión, si no se aborda judicialmente atendiendo a criterios terapéuticos.
 - Lo mismo sería aplicable si el sujeto finaliza el tratamiento durante el plazo.

De nuevo recordamos que el órgano judicial no debe asumir funciones asignadas a los/as terapeutas en el desarrollo del tratamiento, por ejemplo, respecto de las normas internas del centro, la imposición de un determinado tratamiento en lugar de otro, la limitación de las salidas terapéuticas, ... Las personas expertas son las que deben conducir el tratamiento bajo criterios exclusivamente terapéuticos, evitando la prisionización de los centros de tratamiento.

4.2.8.- LA VOLUNTARIEDAD DEL TRATAMIENTO

- El tratamiento de drogodependencias en el seno de la figura de la suspensión, por su propia naturaleza y finalidad, no puede imponerse coactivamente, pues poco se consigue desde el punto de vista resocializador si el sujeto que tiene que modificar ciertos hábitos no está dispuesto a hacerlo.

- Ello está en consonancia con lo referido respecto a las reglas de conducta respecto a la incompatibilidad de la obligatoriedad con el conjunto de derechos, libertades y garantías del Estado de Derecho y el propio éxito de la medida alternativa

Desde el punto de vista jurídico, existen diversos argumentos que apoyan la necesidad de consentimiento en el tratamiento de deshabituación del art. 87CP, como que es un derecho y no una obligación, que su imposición puede vulnerar el derecho a la intimidad, a la dignidad o a la libertad de conciencia, etc.

Con independencia de ello, desde el punto de vista terapéutico, la voluntariedad se presenta como algo intrínseco al tratamiento, aunque existen distintas posturas acerca de la voluntariedad o no de los tratamientos motivados judicialmente:

- Rechazo de la viabilidad del tratamiento en la suspensión pues implícitamente existe coacción
- Los drogodependientes tienen anulada su capacidad para prestar una voluntad libre y por ello el derecho penal debe servir para forzar dicha voluntad (esto no está nada claro en supuestos de plena responsabilidad, atenuada o no)
- Determinada coacción puede ser válida, pero no indiscriminada sino en el seno de una aplicación personalizada. Esta postura intermedia es más cercana a la realidad y se ajusta a la regulación del art. 87, pues resulta obvio que determinada coacción forma parte de los sustitutivos penales.

4.2.9- OBLIGACIONES DE LOS CENTROS O SERVICIOS RESPONSABLES 87.4

- Los centros o servicios encargados deberán enviar al juez la información concerniente al comienzo, evolución, modificaciones y finalización del tratamiento, en el plazo máximo de un año.

- Esta norma establece el diálogo interinstitucional, necesario para el éxito de este tipo de alternativas, y el principio de intermediación judicial, que abarca el contacto directo del órgano judicial con la persona en tratamiento y con los centros que realizan el tratamiento.

- La lejanía y el desconocimiento entre ambos sistemas, el judicial y el del tratamiento de las drogodependencias, conduce a una desconfianza mutua y malos usos. El acercamiento y conocimiento mutuos de ambos mundos facilitan la tarea de control y pueden aportar al juez unos conocimientos mínimos muy útiles para tomar decisiones alejadas de los tópicos y la moralina. Ello se vería facilitado con la colaboración del equipo multidisciplinar reclamado a lo largo de este trabajo.

- Las funciones de control del juez incluyen, según la doctrina, la de garantizar el respeto de derechos y garantías de la persona sometida a tratamiento, debiendo evitar excesos.

- El RD 840/2011 regula la ejecución de la suspensión y el papel de los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas (SGPMAL), dependientes de la Administración penitenciaria. En la actualidad, la falta de claridad de la normativa puede conducir a confusión: por ejemplo que al centro de tratamiento le soliciten informes doblemente juez y SGPMAL y que al juez le lleguen también doblemente del centro y de los SGPMAL. Habría que mejorar esta regulación y evitar el exceso de burocracia y malgasto de recursos públicos, lo que se conseguiría, desde nuestro punto de vista, con un verdadero y completo reglamento de ejecución de penas y medidas alternativas, similar al penitenciario.

4.2.10.- EL PLAZO DE SUSPENSIÓN

La diferencia del plazo mínimo (3 años) respecto al supuesto genérico (2 años) no tiene justificación. Es una muestra más de lo onerosa que resulta la figura del art. 87 CP, a pesar de que comúnmente se piensa lo contrario.

4.2.11.- CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

Lo que sí debe contener la resolución judicial no ofrece dudas:

- Motivo de la concesión de la suspensión
- Plazo de suspensión y por qué se elige ese y no otro
- Determinación del centro, periodicidad y régimen de seguimiento
- Condiciones establecidas y consecuencias del incumplimiento de las mismas

Ofrece mayores problemas lo que no debe contener: modificaciones, intromisiones y obstáculos a los programas de tratamiento terapéutico.

4.2.12.- INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES Y REMISIÓN DEFINITIVA

En caso del incumplimiento de la condición de no delinquir, el régimen es el mismo que en el supuesto ordinario, es decir, la revocación de la medida. Sin embargo el régimen establecido en este caso para el incumplimiento del tratamiento es diferente, ofreciendo menos opciones y una regulación confusa.

Respecto al incumplimiento de la obligación de permanencia en el tratamiento, existen problemas de interpretación de las expresiones “de lo contrario” y “salvo” o respecto a qué debe entenderse por “abandono del tratamiento”, no existiendo unanimidad en la doctrina.

En nuestra opinión, que compartimos con la doctrina mayoritaria, valorar el significado que tiene un consumo en el proceso terapéutico de una persona es una tarea exclusiva de los especialistas en la materia, no puede corresponder al juez o tribunal. Porque la recaída tiene un significado específico en el contexto del tratamiento, y si desde el punto de vista terapéutico, en un caso concreto, uno o varios consumos no significan el fin del tratamiento, sino que forman parte del desarrollo normal del mismo, tampoco lo pueden significar en orden a revocar la suspensión del artículo 87. Y ello, como es natural, habrá de estudiarse en cada supuesto.

Repasando los supuestos que nos podemos encontrar al finalizar el plazo de suspensión, las respuestas adecuadas serían en cada caso:

- Si la persona penada estaba deshabituada al recibir el beneficio de la suspensión y no ha delinquido, debe procederse a la remisión definitiva de la pena, puesto que ha cumplido con la condición impuesta.

- Si la persona, por no estar deshabitada, ha asumido la obligación de no abandonar el tratamiento, habrá de revocarse la suspensión si ha abandonado definitivamente el tratamiento, salvo que el juez, atendiendo a las circunstancias del caso, considere necesario ofrecerle otra oportunidad, en cuyo caso podrá establecer una prórroga de dos años como máximo.

- Si por el contrario, la persona no ha abandonado el tratamiento, habrá de procederse a la remisión definitiva de la pena aunque no se encuentre deshabitado.

4.3.- SUSTITUCIÓN ART. 88

Para la aplicación de este sustitutivo, el CP dispone la Audiencia obligatoria de las partes. La sustitución podrá establecerse en sentencia o en un momento posterior, siempre **antes de la ejecución de la pena**.

El artículo 88 regula dos supuestos diversos, en ambos se pueden imponer las reglas de conducta del art. 83:

- a) Penas de prisión que no excedan de un año, que podrán sustituirse por multa o TBC. Si la pena no supera los 6 meses, se podrá sustituir por localización permanente.

Por otro lado, como para la suspensión, existen determinadas cuestiones a valorar en el ejercicio de la discrecionalidad judicial y en las que la defensa habrá de incidir:

- Circunstancias personales del reo
 - Naturaleza del hecho
 - Conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño
- b) Excepcionalmente, podrán sustituirse las penas de prisión que no excedan de 2 años y el sujeto no sea reo habitual conforme al art. 94 CP. La sustitución de la PPrL lo será por multa o por multa y TBC.

Además de los criterios a valorar en el supuesto anterior, es necesario que el juez infiera que de las circunstancias del hecho y del culpable, el cumplimiento de la pena pueda frustrar los fines de prevención y reinserción social, cuestión que deberá tener muy presente la defensa.
- UN SUPUESTO ESPECIAL, VIOLENCIA DE GÉNERO. Especialidades:
 - a) La primera especialidad estriba en que sólo se podrá sustituir por TBC o LOCALIZACIÓN PERMANENTE en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima.

- b) Obligatoriamente se sujetará al cumplimiento de determinadas reglas de conducta: prohibición de acudir a determinados lugares y prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares que el juez estime. Esta obligación responde al objetivo de protección de la víctima, además de evitar el efecto dañino de las penas cortas de prisión y favorecer la reinserción social.
- c) También en estos casos se impone la obligación añadida de someterse a programas de reeducación y tratamiento.

El/la abogado/a habrá de centrarse en el cumplimiento de los requisitos objetivos y en las circunstancias mencionadas en el primer caso: Circunstancias personales del reo; Naturaleza del hecho; Conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño, así como el resto de circunstancias mencionadas.

4.4.- SOLICITUD DE INDULTO

Para resolver sobre la procedencia de suspender la ejecución de penas en el caso de solicitud de indulto (art. 4.4 CP), se ha de atender básicamente a la duración de las mismas, y valorar también el resto de las circunstancias que concurren, entre otras las personales y familiares del penado y la probabilidad de que la solicitud prospere. El informe sobre la petición de indulto ha de emitirlo el órgano judicial sentenciador, por lo que es conveniente mantenerlo informado de la evolución de la persona penada. En los casos en los que es el propio Tribunal el que propone en sentencia un indulto parcial con vistas a otorgar en su caso la suspensión de condena, si la pena resultante lo permitiera, lo adecuado sería suspender, incluso de oficio, el cumplimiento de la pena y esperar a que se resuelva la solicitud por parte del Gobierno.