

Universidad Miguel Hernández

TRABAJO DE FIN DE GRADO



Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO TRAS LA L.O 1/2015

Grado en Derecho

Curso Académico 2014/2015

Autora:

Alicia Viguera García

Tutor:

Raphaël Simons Vallejo

Elche, septiembre de 2015

RESUMEN

Entre el elenco de reformas previstas por la L.O 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal de 1995, en lo que al régimen de penas se refiere, destacan: la creación de un régimen único de suspensión en el que se incluye la sustitución como modalidad del mismo, la conversión de la libertad condicional en una modalidad de suspensión, así como la supresión del libro III cuya consecuencia principal ha sido la creación de los delitos leves, además resalta el nuevo trato penológico dado al concurso medial, sin embargo, el culmen de esta reforma en cuanto a severidad lo constituiría la introducción a nuestro acervo penológico de la prisión permanente revisable. Tal como se divisa se produce un cambio abismal respecto al sistema precedente, modificándose aspectos hasta entonces inalterados, así como instaurándose nuevos tipos aflictivos.

Palabras clave: concurso medial, delitos leves, expulsión extranjero, libertad condicional, reforma código penal, prisión permanente revisable, suspensión, sustitución.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	4
II.	EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE PENAS Y DE LA CODIFICACIÓN PENAL EN ESPAÑA	
	1. Evolución del sistema de penas.....	6
	2. La codificación penal española.....	8
III.	SISTEMA DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL ACTUAL	
	1. Cuestiones previas: concepto, función y fines de la pena.....	13
	A) Concepto.....	13
	B) Función y fines de la pena.....	14
	2. Clasificación de las penas en el actual código penal.....	15
	A) Clasificación de las penas.....	15
	B) Excurso: Los delitos leves.....	17
IV.	LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	
	1. Evolución histórica de la pena de prisión.....	23
	2. Crisis de la pena de prisión.....	24
	3. La pena privativa de libertad.....	25
	A) Concepto.....	25
	B) Límites.....	27
V.	LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.	
	1. La prisión permanente revisable.....	29
	A) Cuestiones previas.....	29
	B) Ámbito de aplicación.....	30
	C) Sistema de revisión y acceso a beneficios penitenciarios.....	30
	2. PPR en el derecho comparado.....	34
	A) Regulación de la PPR en el derecho comparado.....	34
	B) Posición del tribunal europeo de derechos humanos.....	36
	3. Posiciones doctrinales.....	38
	A) Argumentos a favor y críticas.....	38
	B) Constitucionalidad de la PPR.....	42
VI.	MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	
	1. La suspensión.....	47

A) Cuestiones previas.....	47
B) Concepto.....	47
C) Nueva regulación legal.....	48
D) Pros y contras.....	59
2. Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio español.....	61
VII. LA LIBERTAD CONDICIONAL	
1. Cuestiones previas.....	66
2. Modalidades de libertad condicional.....	67
3. Procedimiento.....	71
VIII. CONCURSOS DE DELITOS	
1. Cuestiones previas.....	75
2. Relación entre el concurso ideal y medial.....	76
3. Reforma operada por L.O1/2015.....	77
IX. CONCLUSIONES.....	80
X. BIBLIOGRAFÍA.....	83



I. INTRODUCCIÓN

Desde la promulgación del Código Penal de 1995 se han ido produciendo multitud de reformas en las que se ha ido dando una tendencia hacia la expansión y endurecimiento del sistema penal. Esta evolución legislativa rigorista culmina con la última reforma operada por la L.O 1/2015 de 30 de marzo. Con toda seguridad esta reforma se enarbola como la más importante y austera de las producidas hasta ahora, por un lado, porque con ella se modifica gran parte del articulado del Código Penal, y por otro, por su acentuada severidad.

Como decíamos, esta ley orgánica introduce una amplísima reforma en la que de forma general se revisa el régimen de penas y su aplicación, se adoptan mejoras técnicas, se introducen nuevas figuras delictivas o se adecuan los tipos penales ya existentes, y del mismo modo se suprimen aquellas otras infracciones que, por su escasa gravedad, no merecen reproche penal.¹

Destaca especialmente, la introducción de una nueva medida aflictiva en la que se materializa esa tendencia rigorista, cual es la mediatizada prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad. Asimismo, se reforma la regulación de la suspensión y la sustitución dando lugar a la creación de un único régimen de suspensión en el que la sustitución deja de ser una figura autónoma y pasa a ser una modalidad de ese régimen único. En este mismo sentido, se revisan los delitos de homicidio, asesinato y detención ilegal o secuestro con desaparición, y se amplían los marcos penales dentro de los cuales los tribunales podrán fijar la pena de manera más ajustada a las circunstancias del caso concreto. También destaca la supresión de libro III de las faltas. Se acomete una revisión técnica de la regulación del decomiso y de algunos aspectos de la parte especial del Código Penal. Se tipifican nuevos delitos de matrimonio forzado, hostigamiento o acecho, divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas obtenidas con la anuencia de la persona afectada, y manipulación del funcionamiento de los dispositivos de control utilizados para vigilar el cumplimiento de penas y medidas cautelares o de seguridad. Asimismo, se refuerza la punición de los llamados delitos de corrupción en el ámbito de la Administración pública.

¹Cfr. Preámbulo I de la 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, ref. BOE-A-2015-3439

Dada la profundidad y entidad de la reforma este trabajo se va a centrar en las modificaciones que inciden sobre las consecuencias jurídicas del delito, concretamente, en lo que al sistema de penas se refiere. El instituto jurídico de la pena con frecuencia suele ser el blanco de la política-criminal oportunista. Por ello dada su importancia y las consecuencias que pueden derivarse del abuso reformador conviene analizar las modificaciones efectivamente realizadas por esta última reforma pues los efectos coercitivos de las penas inciden en los más básicos derechos individuales.

Por ello, con el objeto de contextualizar en los primeros capítulos se va a analizar, con el fin de conocer el rumbo que está tomando la política criminal, de forma sucinta la evolución que ha tenido el sistema punitivo a lo largo de los siglos, así como el proceso de codificación penal estatal. En este sentido, se va a describir posteriormente de forma breve el significado que del instituto jurídico de la pena se adopta en la actualidad y al cual afecta de forma imperativa esta reforma. Una vez establecidas las bases se va a proceder a analizar propiamente las consecuencias directas que ha producido la reforma en lo que al sistema de penas se refiere. De esta manera, en conexión con la clasificación de las penas, se van a examinar los efectos inherentes a la supresión del libro III de las faltas. Así, subsiguientemente se va a indagar de forma poco exhaustiva sobre los orígenes y la crisis de las penas privativas de libertad con razón a la introducción de la nueva figura delictiva de la prisión permanente revisable y a las modificaciones realizadas en lo que a la regulación de los métodos alternativos a estas penas se refieren. Sucesivamente, se examinará de forma pormenorizada el régimen jurídico de la prisión permanente revisable, así como su encaje en el derecho comparado y con nuestra constitución además de analizarse los argumentos a favor y en contra que oscilan en torno a la misma. En el siguiente capítulo, se va a desarrollar la nueva regulación del régimen único de suspensión, por otra parte se analizará también la nueva regulación de la expulsión del extranjero, así como también la de la libertad condicional en la que se produce un cambio trascendental. Finalmente, se ha considerado necesario también incluir un breve capítulo dedicado al nuevo tratamiento penológico dado al concurso medial.

Con este trabajo se aspira caracterizar a la política legislativa penal de los últimos años desde la particular dimensión de las penas, así como también se pretende plasmar las consecuencias inherentes a la reforma en lo que a esta particular dimensión se refiere.

II. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE PENAS Y DE LA CODIFICACIÓN PENAL EN ESPAÑA

1. Evolución del sistema de penas

En este capítulo se va a describir de forma sucinta la evolución del sistema punitivo así como la de la codificación penal que ha tenido lugar en nuestro país, y es que el sistema de penas no se sistematizará y racionalizará hasta épocas relativamente recientes. El castigo a través del tiempo va a ser contemplado de un modo diverso, tanto en su tipología como en su misma finalidad. Se evidencia pues, que el sentido que orientará la pena en cada momento se encontrará de forma general ligada con el modelo sociopolítico imperante en cada contexto histórico.

Inicialmente, la base punitiva imperante en las sociedades primitivas hasta la Ilustración giraba en torno a la pena capital y a los castigos corporales –entre otros-.

En estos primeros siglos, la pena tenía un carácter primordialmente retribucionista, el castigo se constituía como un instrumento vindicativo. Sin embargo, este extremo es matizable, dado que también desde orígenes remotos ha quedado constatado el uso de la pena con fines preventivos, lo que ocurrirá será que en determinados periodos prevalecerá un uso retributivo frente al preventivo y viceversa. Por ello a lo largo del tiempo podemos ver ejemplos de ambos aspectos.

En la Edad Media la religión adquirirá un papel fundamental, que influirá en todos los ámbitos de la sociedad. Con la llegada de las sociedades teocráticas, la pena se configurará además como un método de expiación del delincuente por el pecado que el delito representaba.

El Antiguo Régimen se distinguirá especialmente por ser un sistema punitivo arbitrario y de una crueldad inmensurable, en el cual destacaba el ingente número de delitos castigados con la pena de muerte, así como el uso de penas inhumanas como las penas corporales, el uso del tormento y los trabajos forzados en las galeras.

Será en el s. XVIII con la llegada del pensamiento Ilustrado cuando se produzca un cambio radical en la concepción del Derecho Penal. Las ideas sobre las que se asentaba esta corriente filosófica tenían como base al ser humano y el pensamiento racional. En esta época se producirá una secularización del derecho penal en la que se romperá el binomio delito-pecado y se colocará al hombre y sus necesidades como el fundamento del Derecho Penal.

Y es que frente al atroz sistema punitivo del Antiguo Régimen, el movimiento ilustrado se caracterizará por una humanización de la pena. Con el pensamiento Ilustrado se produce un cambio en la concepción de la pena, esta pasa a configurarse como una herramienta de utilidad social, deja de tener una base expiatoria y vindicativa. De este modo, en palabras de PRIETO SANCHÍS: “(...) *para la literatura ilustrada las penas han de perseguir tres finalidades: la prevención general, entendida como intimidación frente al conjunto de los ciudadanos; y la prevención especial en su doble versión de incapacitación o inocuización del delincuente para la comisión de futuros crímenes, y de reforma o enmienda del mismo; y aún cabría añadir un cuarto sentido de utilidad de naturaleza abiertamente economicista o reparadora (...)*”².

A este respecto se ha de tener en cuenta que si bien las penas en el Antiguo Régimen tenían una base retributiva-expiatoria, también en menor medida pretendían hacer un uso preventivo general de las mismas. De esta forma, la monarquía trataba de combatir la delincuencia a través de la prevención general intimidatoria, es decir, infundiendo el terror a través de las mismas a la colectividad.³ La diferencia entre estas dos corrientes de pensamiento, estriba en la metodología que emplean para conseguir dichos objetivos, pues mientras unos conjugan un aumento en el número de los tipos delictivos con una acentuación de la severidad de en las penas, los ilustrados optan por aplicar la pena que fuera estrictamente necesaria anteponiendo el uso de penas más suaves frente a las más gravosas.⁴

Destaca a este respecto la obra de Beccaria, que se considera el punto de partida del Derecho penal actual. Para la doctrina penal española Manuel de Lardizábal –más moderado- será el principal representante de este movimiento. La humanización de la pena trajo consigo la imposición de penas más leves y será en este contexto donde aparecerá e irá ganando terreno la pena privativa de libertad a otras penas inhumanas como las penas corporales y la pena capital. El proceso de humanización prosiguió durante los siglos XIX y XX. A pesar de ello, una vez instaurada la pena de prisión como base punitiva en la segunda mitad del siglo XX comenzaron a conocerse los efectos negativos que la pena privativa de libertad tenía sobre los reos. Lo que trajo consigo un movimiento tendente a la búsqueda de medidas alternativas a la pena de

² vid. PIETRO SANCHÍS, L., “La filosofía penal de la Ilustración española”, *Homenaje a Marino Barbero Santos in memoriam*, Ed. Universidad de Castilla la Mancha, Universidad de Salamanca, 2001, pág. 492

³ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el Derecho Penal español*, Barcelona: Ed. Bosch S.L.,2007, pág.76

⁴ Cfr. PIETRO SANCHÍS, L., “La filosofía...”, óp. cit. pág. 492

prisión; entre estas destacarán las penas pecuniarias, las penas de trabajo en beneficio de la comunidad, la suspensión y su régimen de prueba, y la libertad vigilada.⁵

2. La codificación penal española

En España se materializarán los principios Ilustrados con la creación del primer Código Penal en 1822, durante la vigencia del Trienio Liberal, inspirado en los postulados promulgados por las Cortes de Cádiz. El filósofo inglés Bentham tuvo una enorme influencia en la elaboración de este código, por lo que el mismo en consonancia con éste, otorgaba a las penas un papel ejemplarizante. La función de la pena se centraba en la prevención general.⁶

Así las cosas, las pugnas entre defensores del Antiguo Régimen y liberales culminaron en la derogación del Código por Fernando VII, lo que conllevó la prolongación de la legislación penal vigente en el Antiguo Régimen.

Sin embargo décadas más tarde, en 1848, se promulgará un nuevo Código Penal de corte liberal moderado. En éste, si bien aún se aplicaba la pena de muerte, las penas privativas de libertad adquirieron un papel protagonista. A diferencia de la visión utilitarista de la pena de autores como Beccaria o Bentham, este Código se hallaba fuertemente influenciado por la concepción del Italiano Rossi, el cual abogaba por un sistema mixto con un claro predominio de la justicia sobre la utilidad. Estas ideas fueron adoptadas e introducidas en nuestro país por Pacheco, el distinguido penalista español que, al igual que Rossi, defendió el fundamento moral de las penas frente al utilitarismo⁷. Las penas se concebían como castigo proporcionado a la gravedad y peligrosidad del delito, y sólo secundariamente atendía a la personalidad del delincuente⁸. Por ende, este texto legal de carácter exclusivamente retribucionista, “contemplaba la pena como resarcimiento de la deuda contraída por el infractor con la

⁵ Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal parte general*, Barcelona: Ed. Reppertor, 7º Ed., 2005, pág. 657; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La nueva política criminal española.” En *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 1, Las reciente reformas penales: algunas cuestiones, Bilbao: Universidad Deusto, pág. 23

⁶Cfr. ANTÓN ONECA, J., “Historia del Código Penal de 1822” en *A.D.P.C.P.*, tomo XVIII, 1965, pág.271; ARROYO ZAPATERO, L., “Lección novena Derecho Penal” en *Introducción al derecho*, coordinador PIETRO SANCHÍS, L., Ed. Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, págs. 175-176

⁷ Cfr. ANTÓN ONECA, J., “Historia del Código Penal 1848” en *A.D.P.C.P.*, tomo XVIII, 1965 págs. 477,480,481; Blanco Lozano, C., *Tratado de Derecho Penal español Tomo 1: el sistema de la parte general*, Barcelona, ed. J.M.Bosch Edition, 2005, pag.111

⁸ Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, pág. 660

sociedad, estando el elemento subjetivo presente en el momento de la sentencia a efectos de aquilatar su dimensión, pero no como un dato que pudiera orientar algún tipo de actuación futura”.⁹

Posteriormente se promulgó el Código Penal de 1850; éste no era más que una reforma del Código de 1848, que supuso un endurecimiento de las penas como resultado de las agitaciones revolucionarias de 1848.

A raíz de la constitución de 1869 se promulgó con carácter provisional un nuevo Código Penal en 1870. La esencia y estructura de este Código permanecerán hasta el Código Penal de 1995. En esta época apareció la *Escuela correccionalista española*, cuyos principales representantes eran Concepción Arenal y Luis Silvela. Esta línea de pensamiento jurídico perseguía la corrección o enmienda del delincuente. Es decir, consideraba que el fin de la pena no ha de ser la mera represión, sino que por contra, los objetivos de la misma se han de concentrar principalmente en la redención moral del delincuente, sobre la cual se superpondrá su reeducación y readaptación social.¹⁰

Tras el golpe de Estado del General Primo de Rivera se crea un nuevo Código Penal en 1928, influido por la doctrina penal de Dorado Montero. Según Antón Oneca, se trataba de un Código ecléctico; su base era clásica pero al mismo tiempo se podían apreciar algunas concesiones de las modernas teorías que otorgaban como fin de la pena la *defensa social*¹¹ contra el delito. Entre las aportaciones que trajo este nuevo texto legal podemos destacar: la introducción de las medidas de seguridad y la supresión en las multas de la prisión subsidiaria. En su contra: más autoritario que los Códigos predecesores, trajo consigo un endurecimiento de las penas que comportaba una ampliación del uso de la pena capital.¹²

⁹ vid, BURILLO ALBACETE, F. J., *La cuestión penitenciaria del Sexenio a la restauración (1868-1913)*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2011, en *Historia Contemporánea*, número 45, 2012, pág. 52

¹⁰ Vid. BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho Penal...* op.cit, pág.116

¹¹ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., HORMAZÁBAL MALLARÉ, H. (1980) “Pena y Estado” *Papers: Revista de Sociología*, núm. 13, 1980, pág.106 y ss. : La *Defensa social* incide directamente sobre los individuos. El delito no es la contravención del orden jurídico, sino primero y antes de nada es daño social, por ello la defensa social. El delincuente es un peligro social (un anormal) que pone en peligro el nuevo orden. El disidente es intrínsecamente perverso, su patología es biológica o social. Por ello se prefiere hablar de medidas y no de penas.

¹² http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/capitulos/CODIGO%201928.pdf

La llegada de la II República trajo de vuelta el Código Penal de 1870, hasta que se reformó, dando lugar al Código de 1932. La ciencia penal en este periodo se ve influenciada por la doctrina de Von Liszt; destacan en España Saldaña, Jiménez de Asúa y Cuello Calón. Se tendió a la humanización del Código con medidas tales como la supresión de la pena de muerte y una atemperación de las penas. A diferencia del Código anterior no se incluyeron las medidas de seguridad, situación compensada con la aprobación de la Ley de Vagos y Maleantes.

Tras la Guerra Civil que tuvo lugar entre 1936 y 1939 – período en el que rigió el Código republicano de 1932-se estableció el régimen dictatorial del General Franco, que condujo a otro nuevo Código en 1944 producto de la reforma del viejo Código Penal de 1848. Se produjo una acentuación de la prevención general; a este respecto cabe subrayar que se continuó con la imposición de la pena de muerte y se distinguió fundamentalmente por la severidad de su sistema punitivo. Por otro lado también se producen avances respecto a la prevención especial: se aumentaron las posibilidades de suspensión condicional, se añadió la generalización de la figura de redención de penas por el trabajo y se añadió también la posibilidad de una sentencia indeterminada para jóvenes. Este Código soportó diversas modificaciones entre las que destacan el texto revisado de 1963 y el texto refundido de 1973. Tras la promulgación de la Constitución de 1978 se llevaron a cabo importantes cambios acordes a sus postulados sociales y democráticos de derecho, como la abolición de la pena de muerte en tiempos de paz, la penalización de la tortura y la despenalización del adulterio y la huelga.

Por otro lado cabe destacar las reformas de 1983 y de 1989. En la reforma de 1983 se amplió la condena condicional, así como también se amplió el arbitrio judicial en la determinación de la pena siempre y cuando se produjese a favor del reo, restringiéndose en caso contrario. La L.O 3/1989 adaptó el Código al principio de intervención mínima.

Con la L.O 10/1995 se aprobará el “Código Penal de la democracia”. Este Código tendrá una base retributiva pero se orientará a fines preventivo-especiales prosiguiendo el mandato constitucional establecido en el artículo 25.2 en el que el fin de las penas se orientan a la reeducación y reinserción. El sistema de penas de este Código se caracterizará por la simplificación del conjunto punitivo y la limitación de la pena privativa de libertad. Destaca la supresión de penas privativas de libertad cortas; la potenciación de la sustitución de las penas privativas de libertad por otras menos

dañinas; establecimiento de sustitutivos de penas cortas como el arresto de fin de semana o la multa; amplió la condena condicional y la libertad condicional. La L.O 11/1995 deroga la pena de muerte en tiempos de guerra vigente hasta entonces.¹³ Este texto punitivo ha sido objeto de innumerables modificaciones – concretamente alrededor de treinta-, en las cuales no nos vamos detener de forma pormenorizada. No obstante, hemos de destacar las reformas producidas entre el 2002 y 2003 ya que acarrearón un endurecimiento de las penas. Así las cosas, en primer lugar nos encontramos con la LO 7/2003 de *medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las pena* que elevó a cuarenta años el límite máximo de cumplimiento de las penas en casos de concursos reales aparte de dificultar el acceso a beneficios penitenciarios por otro lado; con la LO 15/2003 por la que se *modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal* que suprimió el arresto de fin de semana y reintrodujo la pena de prisión a partir de los tres meses; y asimismo, también hemos de mencionar la LO 11/2003 *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* que transforma algunas faltas en delitos; L.O del 15 del 2007 en la que destaca la creación de la nueva pena accesoria de libertad vigilada. Distinguida fue también, la reforma de la LO 5/2010 la cual castiga con más dureza los delitos de terrorismo, corrupción y pederastia y tipifica nuevos delitos como la piratería, el acoso laboral e inmobiliario, el tráfico de personas y la compraventa de órganos humanos.¹⁴

Finalmente, en cuanto a reformas que debemos mencionar cabe resaltar la mediatizada LO 1/2015 de 30 de Marzo por la que se modifica la LO 10/1995. Reforma amplísima del Código penal hondamente criticada por algunos sectores de la doctrina. Entre el amplio abanico de novedades que incorpora esta reforma podemos citar a modo de ejemplo algunos de los cambios más sonados como la instauración de la prisión permanente revisable, la supresión de las faltas, la creación de un único régimen de suspensión, el agravamiento de las penas de algunos tipos delictivos y la creación de nuevos tipos penales.

¹³ Vid MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, op.cit., pág. 670

¹⁴ SAEZ RODRIGUEZ, C., “Evolución del Código Penal de 1995 hasta la reforma de Ruiz Gallardón. El Derecho Penal en la democracia. Balance” 2013 [En línea] <http://www.otroderechopenal.com/pdf/EvolucionCP.pdf>; “Las claves del nuevo Código Pena” *El País*, 23 de diciembre de 2010 [En línea] http://elpais.com/elpais/2010/12/23/actualidad/1293095823_850215.html.

En definitiva, la realidad es que los caracteres comunes que contemplan las reformas penales de los últimos años son que las mismas se han orientado a crear nuevos tipos penales –destaca el aumento de los delitos de riesgo-, a agravar la respuesta punitiva y a restablecer penas infamantes. Al mismo tiempo, en lo que a prevención especial se refiere se está dando prioridad a fórmulas inocuizadoras frente a las resocializadoras y rehabilitadoras, si bien respecto a la pena privativa de libertad se clamaba una aplicación menor y menos severa, se ha procedido en las últimas reformas a aumentar su duración y dificultar el acceso a beneficios penitenciarios.¹⁵ Uno de los factores determinantes que propician el cambio de rumbo de nuestra política criminal a un sistema punitivo más duro, es el sentimiento generalizado en la sociedad de inseguridad ciudadana, amparada y favorecida por los colectivos de víctimas y los medios de comunicación. Lo cual tiene también como consecuencia lógica, la demanda por parte de la sociedad de penas ejemplarizantes y el rechazo de medidas en las que el delincuente pueda verse “favorecido” a ojos de la víctima. Precisamente a este respecto se pronuncia DÍEZ RIPOLLÉS “(...)la relación entre delincuente y víctima ha entrado en un juego de suma-cero: Cualquier ganancia por parte el delincuente,(...) supone una pérdida para la víctimas, que lo ven como un agravio o una forma de eludir las consecuencias de la condena; y, en menor medida, lo mismo vale a la inversa, todo avance en la mejora de la atención a las víctimas del delito es bueno que repercuta en un empeoramiento de las condiciones existenciales del delincuente.”¹⁶ Es preocupante que los cambios legislativos no estén inspirados en la razón o en estudios empíricos, sino que atiendan a fines puramente emocionales y oportunistas.

¹⁵ DEL ROSAL BLASCO, B., “¿Hacia el Derecho Penal de la postmodernidad?”Revista *Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 11 08, 2009, págs.1-19

¹⁶ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J., “La nueva política...”op.cit., pág. 17

III. SISTEMA DE PENAS EN EL CÓDIGO PENAL ACTUAL.

1. Cuestiones previas: concepto, función y fines de la pena.

La última reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, como enuncia en su preámbulo I produce una sustancial modificación en lo que al régimen de penas se refiere. Con el fin de proceder a realizar una breve contextualización, se van a exponer una serie precisiones sobre los conceptos claves que ayudan a entender la entidad y la relevancia que la institución jurídica de la pena representa en el ámbito del Derecho Penal y sobre la cual incide en gran medida la señalada reforma.

A) Concepto

La pena, junto con las medidas de seguridad, la responsabilidad civil y las consecuencias accesorias, forma parte de las consecuencias jurídicas del delito. Entre éstas, la pena se erige como el principal instrumento del que se sirve el Derecho penal para neutralizar aquellas conductas que considera especialmente dañinas o peligrosas. Es la sanción tradicional por antonomasia, pues las medidas de seguridad aparecen más tarde con la llegada del Estado Social en el s.XIX.

Nuestra legislación penal no contiene una definición del concepto de pena. Por consiguiente, existen diferentes aportaciones acerca de este concepto por parte de la doctrina. Así, según MAPELLI CAFFARENA: *“Se entiende comúnmente por pena una institución de derecho público que limita un derecho a una persona física (o jurídica) e imputable como consecuencia de una infracción criminal impuesto en una sentencia firme por un órgano judicial.”*¹⁷ En primer lugar, destaca su naturaleza pública. Según este autor, esta cuestión es importante porque supone una garantía para el condenado frente a reacciones vindicatorias desproporcionadas. Como recordaremos, la pena es de monopolio estatal, el *ius puniendi* corresponde al Estado, pues éste se configura como representante de la sociedad y no de los particulares; se evita con ello que el conflicto quede en manos de estos últimos. En segundo lugar, destaca su carácter afflictivo. La pena es sustancialmente un mal, por ello, sus efectos coercitivos inciden en los más

¹⁷ Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*. Navarra, Editorial Aranzadi S.A, 2005, pág.19.

básicos derechos individuales, bien restringiéndolos o bien privando a las personas de los mismos.

La pena se halla regulada en nuestro ordenamiento jurídico en el Código Penal y en la legislación penal especial. La pena es una sanción exclusiva del ámbito del Derecho Penal, si bien existen otro tipo de sanciones, como en el ámbito administrativo, laboral, mercantil o civil. La particularidad de ésta reside en que ha de ser imputable, y ha de imponerse por los Jueces y Tribunales de lo penal a través de un proceso judicial de este mismo orden jurisdiccional. Por ende, la comisión de un hecho delictivo no siempre traerá consigo la imposición de una pena, pues quedará supeditado al cumplimiento de tales presupuestos. Además, consecuencia del carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, queda subordinada su utilización a la insuficiencia de los otros medios menos gravosos de que dispone el Estado, aplicándose sólo frente aquellas infracciones del ordenamiento jurídico más perjudiciales.¹⁸

B) Función y fines de la pena

- Función de la pena en un Estado Social y democrático de Derecho.

La pena se instituye como una herramienta trascendental de la que se sirve el Derecho Penal para llevar a cabo sus funciones, enarbolándose el castigo penal como el medio más contundente de los que dispone el Estado para regular y organizar las relaciones sociales.

A lo largo de la historia se ha manifestado que la función de la pena se ve profundamente afectada con la función que se le asigne al Estado. España, según lo preceptuado en el artículo 1.1 de nuestra Carta Magna, se consolida como un Estado Social y democrático de Derecho. Esta afirmación va a ser la base sobre la que ha de asentarse el Derecho Penal.

Según COBO DEL ROSAL, *“La función primordial de la pena es la tutela jurídica, esto es la protección de bienes e intereses cuyo pacífico disfrute ha de garantizar el Derecho en virtud de su propia naturaleza de orden de la*

¹⁸ Cfr. BLANCO LOZANO, C., *Tratado...*, op.cit. págs. 347-350; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias...*, op.cit. págs. 19-21; MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, op.cit. págs. 50-53; ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el Derecho Penal Español*. España: J.M. BOSCH EDITOR, 2007, págs.60-68

coexistencias”.¹⁹ Mediante este instituto jurídico, se pretende prevenir la comisión delictiva en pos de la protección de la sociedad.

Y es que la tipificación de delitos es insuficiente para evitar la puesta en peligro o la lesión de aquellos bienes jurídicos dignos de protección; por ello es necesaria la concurrencia de la amenaza que supone la pena precisamente para prevenir este tipo de conductas.

Consecuentemente, hemos de considerar que si bien en el apartado anterior se concebía la definición de la pena como retribución del mal causado, ello no condiciona que la función de la pena deba tener esa misma orientación. La función de la pena se orienta, por lo tanto, a un fin preventivo como medio de evitación de comisión de nuevos delitos.

2. Clasificación de las penas en el actual código penal

A) Clasificación de las penas

Nuestro Código Penal prevé en su Título III, Capítulo I, Sección 1ª, la clasificación de las penas. Existen diferentes criterios para clasificar los distintos tipos de penas. Así, en atención a su contenido las penas previstas por el Código en su artículo 32 son las privativas de libertad, las privativas de otros derechos y la multa.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 35 del CP: *son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.*

La pena de prisión es toda aquella “*que implique privación de libertad continuada, con independencia de su duración, y que consiste en la reclusión en un establecimiento penal en el que permanece privado de su libertad y sometido a un específico régimen de vida*”.²⁰

Cuando hablamos de localización permanente, estamos refiriéndonos a una sanción que afecta a la libertad ambulatoria. La pena consiste en obligar al condenado a permanecer en su domicilio o en un lugar determinado fijado por el juez, con una duración máxima de seis meses (37 CP).

¹⁹ Vid. COBO DEL ROSAL, M. & VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General.*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, págs. 800-801

²⁰ Vid. ROCA, AGAPITO, L., *El sistema de sanciones...*, op.cit., pág. 104

La responsabilidad subsidiaria por impago de multa pese a regularse como una modalidad de pena privativa de libertad no tiene porqué consistir necesariamente en una privación de libertad sino que también puede modularse como trabajo en beneficio de la comunidad.²¹

Son penas privativas de derechos (39 CP): a) *La inhabilitación absoluta.*; b) *Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, tenencia de animales, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho.*; c) *La suspensión de empleo o cargo público.*; d) *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.*; e) *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.*; f) *La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.*; g) *La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o el tribunal.*; h) *La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.*; i) *Los trabajos en beneficio de la comunidad.*; j) *La privación de la patria potestad.* Éstas pueden imponerse bien con carácter principal o como accesorias de otras penas.

En último lugar encontramos regulada la pena de multa en los artículos 50 al 53 del CP, consiste en la imposición de una sanción pecuniaria que se impondrá por el sistema de días-multa o bien como multa proporcional en los casos legalmente establecidos. En caso de que el condenado no satisfaga, 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 insatisfechas o localización permanente en caso de delitos leves.

Atendiendo a su posición funcional se clasifican como principales, si se aplican directamente en razón del delito, y accesorias si se imponen junto a la prevista por el delito.²²

Por otro lado atendiendo a su gravedad, el artículo 33 las clasifica en tres categorías: graves (más de 5 años derechos más importantes, otros derechos más de 8 años)²³, menos graves (hasta 5 años y otros derechos hasta 8 años) y leves (hasta 1 año).

²¹ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias...*, op.cit., págs.88 y 93

²² Cfr. COBO DEL ROSAL, M. & VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho penal...*, op.cit, págs. 825-827

²³ Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, op.cit., págs. 664

En este punto cabe mencionar que recientemente este artículo ha sido modificado en sus apartados 2, 3, 4, y 6. En concreto, cabe mencionar la modificación del apartado 4, relativo a las penas menos graves, como consecuencia de la supresión del Libro III del Código Penal.

B) Excurso: Los delitos leves

Una de las novedades introducidas por el legislador a través de la L.O 1/2015 es aquella mediante la cual procede a derogar de nuestro Código Penal el Libro III de “Las Faltas y sus penas”. Las faltas son aquellos ilícitos que no alcanzan la categoría de delito por su escasa entidad e incluso de bagatela, pero que merecen cierto reproche penal porque representan pequeñas lesiones a bienes jurídicos que han de protegerse especialmente. Con la derogación del Libro III desaparece definitivamente la infracción penal constitutiva de falta. Se rompe así con la tradicional clasificación bipartita de las infracciones penales en delitos y faltas establecida por primera vez con el Código Penal de 1848 y vigente en los restantes hasta la mencionada reforma.

Según viene establecido en el preámbulo XXXI de la citada ley, esta modificación viene justificada a fin de racionalizar el uso del servicio público de Justicia, así como para reservar al ámbito penal el tratamiento de las conductas más graves, es decir, se orienta, según el legislador, por el principio de intervención mínima, desechando aquellas conductas no susceptibles de reproche penal.

La supresión de las infracciones constitutivas de falta se ha llevado a cabo principalmente mediante dos vías, procediendo por un lado a la creación de una nueva categoría de delitos calificados como “leves”, y por otro lado, eliminando algunos tipos de infracciones constitutivas de faltas con escasa aplicación práctica y reconduciendo algunos tipos de faltas hacia la vía administrativa o civil.

En primer lugar cabe decir que la reconversión de falta a delito se ha llevado a cabo trasladando éstas al libro II del CP, en la mayoría de los casos se ha procedido a introducir nuevos apartados dentro de sus delitos homólogos.²⁴

-Efectos

²⁴ JIMÉNEZ SEGADO, C., “Eliminar las faltas tiene delito (leve)” *Diario La Ley*, Nº 8223, Sección Tribuna, 7 Ene. 2014, pág.1-10

La reconsideración de las faltas como delitos leves ha traído consigo la modificación de la clasificación de las penas establecidas en el artículo 33 (apartado 4): junto a los delitos graves y menos graves se incorporan los delitos leves como nueva categoría. Por tanto, serán calificados como tales aquellos delitos a los que se le imponga una de las penas establecidas en el artículo 33 en su apartado 4. Colateralmente se ha producido el efecto automático no buscado por el legislador, de la degradación de delitos menos graves, cuyo límite mínimo parte del ámbito leve aunque su extensión se dilate a su modalidad menos grave en el art. 33.3 CP.²⁵ Ello es consecuencia de la introducción de un nuevo párrafo al artículo 13.4 del CP que asegura que “cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”.

El legislador recurre en general a la imposición de penas de multa –la cual ha sido elevada de dos a tres meses-, pero también prevé la imposición de penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de la localización permanente cuando se trate de delitos de violencia de género y doméstica²⁶.

Se han de tener en cuenta las principales características que concernían a esta extinta figura delictiva. En primer lugar, se castigaban sólo las faltas consumadas, si bien cabía la tentativa en las faltas contra las personas y el patrimonio. Tampoco eran punibles los actos preparatorios -la conspiración, proposición y provocación-. Y por último, la comisión de una infracción constitutiva de falta no generaba antecedentes penales. Respeto a la extinción de la responsabilidad criminal el perdón del ofendido o su representante legal extinguían la acción penal o la pena impuesta (art. 639 CP), por otro lado la prescripción de las faltas tenía lugar tras el transcurso de un plazo de seis meses.

A *sensu contrario*, al elevarse éstas a la categoría de delito leve pasan a castigarse las tentativas de cualquier tipo de falta-ahora delito leve- (art.15 CP), pasan a ser punibles los actos preparatorios en los casos penalmente previstos, y pasan a generar antecedentes penales.

²⁵ Vid. Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la L.O 1/2015, pág.6

²⁶ Vid. Preámbulo XXXI L.O 1/2015

Sin embargo, respecto a las reglas de aplicación de las penas el legislador prevé un amplio margen de apreciación para que el juez o tribunal pueda valorar la gravedad de la conducta, cuestión similar a la prevista en el derogado artículo 638 del CP.

En cuanto a la extinción de la responsabilidad criminal, se mantiene la eficacia extintiva del perdón del ofendido ampliándose a los casos de delitos leves perseguibles a instancia del ofendido y en los demás casos previstos por la ley (130.1.5° CP). En cuanto a la prescripción, los delitos leves prescribirán en el transcurso de un año (131.1 CP), y las penas leves lo harán también en el plazo de un año tras la sentencia firme (133.1 CP).

Respecto a los antecedentes penales, en idénticas condiciones que el resto de delitos –graves y menos graves- los delitos leves se inscribirán en el Registro de Central de Penados y Rebeldes, sin embargo, los mismos no se tendrán en cuenta a efectos de reincidencia ni condicionarán la suspensión de la condena. No obstante, sí podrán ser tenidos en cuenta para revocar la suspensión de la condena (86.1a)); por otra parte también podrán ser causa de revocación de la libertad condicional concedida mediante la suspensión de la ejecución del resto de condena (90.5 CP). Por último, la cancelación de los antecedentes penales derivadas de la comisión de delitos leves queda supeditada al transcurso de seis meses sin haber delinuido, según lo preceptuado en el reformado artículo 136 1. a).

Otrosí cabe señalar que a la comisión de delitos leves se le podrán imponer medidas de seguridad. Este extremo viene previsto en el artículo 95 del CP que establece como presupuestos para la imposición de dicha medida que se trate de hechos constitutivos de delito y que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos. Si bien, cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 96.3 del CP²⁷.

No menos importante, es el punto relativo a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa establecida en el artículo 33.5 del CP. El reformado precepto establece que en caso de ser delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente, así como también podrá el juzgador, previa conformidad del

²⁷ BOLDOVA PASAMAR, M.A., “La desaparición de las faltas en el proyecto de reforma del código penal de 2013”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm.16-12, 2014, pág. 8

penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad (53.1CP). Con esta nueva regulación por tanto se posibilita el cumplimiento de la pena en prisión.

-Regulación actual

Como se ha señalado, las faltas o bien se han reconvertido en delitos leves o bien han pasado a ser competencia de otros órdenes jurisdiccionales –civil, y administrativo-, a continuación se va a mostrar el destino que el legislador ha procurado para los distintos tipos constitutivos de faltas²⁸:

Las faltas contra las personas, se han incluido como subtipo atenuado dentro de sus delitos análogos. Las faltas de lesiones y el maltrato de obra se sancionarán como tipo atenuado respectivamente en los apartados 2 y 3 del artículo 147 CP, si bien se agravarán en caso de tratarse de las víctimas vulnerables señaladas en el 153. Además éstas sólo podrán ser perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada excepto en los casos de violencia de género. Por otro lado se reconducen a la vía civil las faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve. Los homicidios y lesiones generados por imprudencia grave se convierten en delitos leves artículo 142.2 y 152.2 CP.

Se suprimen las faltas de abandono. Los supuestos graves de abandono a un menor desamparado o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección se subsumen en el delito de omisión de socorro al igual que las conductas de denegación de asistencia a personas desvalidas de edad avanzada.

Las amenazas y coacciones de carácter leve se sancionan como subtipo atenuado en cada uno de los respectivos delitos.

Desaparecen las injurias leves y las vejaciones injustas salvo cuando se comentan en el ámbito doméstico.

En el caso de las infracciones contra el patrimonio principalmente se reconducen como tipos atenuados de sus delitos homólogos.

Las faltas consistentes en el deslucimiento de bienes muebles e inmuebles se suprimen pudiendo reconducirse al delito de daños cuando revistan especial gravedad o acudir a la vía civil o administrativa.

²⁸ Vid. Preámbulo XXXI L.O 1/2015

Respecto a las faltas contra los intereses generales se reconducen a figuras atenuadas del delito. Suprimiéndose las faltas tipificadas en el 630.1 y 632.1 pues ya son objeto de sanción en el ámbito sancionador. Sin embargo el abandono de animales domésticos si pasa a constituir el tipo atenuado del 337 bis del CP.

En cuanto a las faltas contra el orden público, se deriva a la vía administrativa la realización de actividades sin seguro obligatorio. Se eleva a delito como subtipo atenuado del 203 CP la conducta por la cual se mantiene abierto un domicilio social o local fuera de las horas de apertura; también se reconduce a la categoría de delito leve el uso de uniforme o la atribución de la condición de profesional dentro de los tipos de usurpación de funciones públicas y de intrusismo.

-Enjuiciamiento

Las faltas se tramitaban a través del juicio de faltas, en el cual no existía fase de instrucción y en el que no era necesario estar asistido de abogado y procurador, y cuya competencia correspondía, según los casos, a los jueces de instrucción, los jueces de violencia sobre la mujer y los jueces de Paz. Con la reforma el enjuiciamiento de los delitos leves se llevará a cabo conforme al procedimiento establecido para el juicio de faltas por lo que no experimenta a este respecto un cambio sustancial.

En este sentido cabe destacar la introducción de un criterio de oportunidad que permite a los jueces, a petición del Ministerio Fiscal, valorada la escasa entidad del hecho y la falta de interés público, sobreseer estos procedimientos. Con esta novedosa figura se pretende aligerar la carga burocrática evitando el enjuiciamiento de hechos intrascendentes.²⁹

-Conclusión

A la vista de lo anteriormente expuesto podemos concluir que una parte más bien exigua ha sido despenalizada, mientras que el resto de faltas se dispersan como delitos leves a lo largo del libro II. Por lo que, en sentido contrario a la orientación que ha querido darle a esta modificación el legislador, la despenalización llevada a cabo por éste ha sido ínfima. En otro sentido cabe destacar algunas precisiones hechas por el mismo en el preámbulo XXXI de la mencionada ley, pues si bien literalmente alega que *“esta modificación no supone necesariamente una agravación de las conductas ni de las penas actualmente aplicables a las faltas”* hemos de afirmar lo contrario, al prestar

²⁹ Circular 1/2015 pág.15 y ss.

una especial atención a los efectos del cambio se hace patente que efectivamente se ha producido en general una agravación y no sólo eso, sino que junto a un tímido aumento de la penalidad se le ha de sumar otras consecuencias jurídicas negativas que, hasta entonces, no concernían a aquellos hechos constitutivos de faltas (penándose formas de ejecución imperfecta, aumentándose los plazos de prescripción, la producción de antecedentes penales...). Respecto a la racionalización del uso de la administración de Justicia, teniendo en cuenta que la mayoría de las faltas no se han suprimido y las restantes se han derivado a la vía civil o a la sancionadora-administrativa, lo que parece que ciertamente se ha efectuado es una redistribución a los otros órdenes jurisdiccionales.

Ciertamente es coherente la intención del legislador de suprimir del Código determinadas infracciones calificadas como faltas por su poca envergadura o escasa aplicación práctica, pues el Derecho Penal debe reservarse al tratamiento de conductas más graves, por ello puede resultar acertado que algunas de estas faltas que encuentren una mejor acogida en otras vías desaparezcan definitivamente del Código. Lo que no tiene explicación es el hecho de que si había determinadas conductas que según el legislador se aconsejaba mantener bajo la tutela penal éste mendazmente haya reconvertido en infracciones más severas.

IV. PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

1. Evolución histórica de la pena de prisión

La pena de prisión tal como la conocemos en la actualidad es relativamente reciente. Ciertamente, existen vestigios de medidas de reclusión desde orígenes remotos³⁰.

En tales tiempos la prisión no tenía un sentido punitivo en sí, sino que se configuraba como un instrumento de reclusión, que dependiendo de la época se utilizaría atendiendo a distintos fines, con frecuencia para asegurar la posterior aplicación de otras penas más graves, o como prisión preventiva para asegurar la presencia de los delincuentes en el momento del juicio.

Podría decirse que el germen de la actual pena carcelaria tiene sus antecedentes más próximos en las casas de corrección del S.XVI, la primera casa de corrección fue la de Bridewell en Londres, éstas posteriormente se extendieron al resto de Europa; en España adquirirán una especial importancia las galeras.

Será a partir del S.XVIII con la llegada de la época de las Luces cuando ésta se conciba como una verdadera pena y se sentarán las bases que caracterizarán a la misma hasta nuestros días. La dignidad del hombre se erigió como centro del pensamiento ilustrado, lo cual avocaba a la desaparición de las penas corporales, la pena capital y las penas infamantes. Paulatinamente se fueron sustituyendo las casas de trabajo por los centros de detención, poco a poco se dejó de instrumentalizar esta medida que pasó de tener un fin puramente económico a comenzar a ser un fin en sí misma. El pensamiento racionalista y humanista hizo que las penas comenzasen a orientarse a fines preventivos y rehabilitadores. Asimismo, la ejecución de la pena se normativizará trayendo consigo mayores índices de garantías jurídicas, y por otro lado se introducirán sustanciales modificaciones como el sistema progresivo, el internamiento celular o la restricción de los castigos corporales y de los instrumentos del terror.

A partir del S.XVIII en España también se plasmará retraídamente esta corriente humanizadora. Sin embargo, pese a producirse pequeños avances aún las penas privativas de libertad seguirán caracterizándose por ser excesivamente duras.

³⁰ Muestra de ello lo constituyen por ejemplo, la “prisión por deudas” griega o la *carcer* romana.

En el siglo XIX la pena privativa de libertad se asentará como la base de los sistemas punitivos. Los principios proclamados durante el siglo XVIII comenzarán a plasmarse a través de la codificación. Sin embargo, a comienzos de siglo, las instituciones penitenciarias se verán condicionadas por determinadas circunstancias que provocarán que las mismas en principio no puedan dulcificar su régimen. En primer lugar, porque la prisión tendría que suplir el hueco intimidatorio correspondiente a las penas corporales y a la pena capital, y además, también porque la pena de prisión habrían de ser más desfavorable que la precaria situación en la que se encontraban la generalidad de la población obrera. Tras la dificultad de este primer momento, a lo largo del siglo se producirá un gran avance en lo que a los sistemas penitenciarios se refiere.

A finales del siglo XIX se consolidarán los principios de resocialización y de reeducación como sustentadores de la pena de prisión, principios que se defienden hoy día, como bien queda plasmado en el artículo 25.2 de la Constitución de 1978. Durante el siglo XX se propiciará una amplia reforma penitenciaria y con ello se comenzará a restringir el uso de las penas privativas de libertad por otras penas menos lesivas.³¹

2. Crisis de la pena de prisión

Pese a la juventud de esta pena privativa de libertad, en torno a la misma podemos encontrar posiciones doctrinales divergentes. Ya desde sus orígenes la pena de prisión es considerada por parte de la doctrina como un mal. A consecuencia de ello se desarrollará un movimiento doctrinal crítico con esta medida de reclusión que incluso llegará a propugnar su abolición. Entre las causas que impulsaron la crisis de la prisión, tomando como referencia la clasificación realizada por TÉLLEZ AGUILERA³², encontramos: primeramente, su abusiva utilización, producto de la sustitución de las penas corporales y la pena de muerte por la pena de prisión que trajo consigo también una superpoblación carcelaria que dificultaba asimismo la reinserción de los penados; por otro lado, los abolicionistas sustentan la supresión de esta medida justificándose en la ineficacia del fin resocializador de la prisión respaldándolo también en el fracaso de los tratamientos penitenciarios, haciendo caso omiso de otros logros inherentes a la

³¹ Cfr. BLANCO LOZANO, M., *Tratado de Derecho...* op.cit. págs.381-385; DEMETRIO CUERPO, E. *Curso de Derecho Penal. Parte general*. Barcelona, editorial Experiencia S.L., págs.478 y 479; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias...*, op.cit. págs.75-88; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte general...*, op.cit., págs.675-679; ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones...* op.cit. págs.119-124

³² TÉLLEZ AGUILERA, A. "La crisis de la prisión: aproximación práctica a las nuevas fórmulas penológicas" *Anuario de la Facultad de Derecho Alcalá de Henares*, 1996-1997, vol. 6, págs. 99-107

imposición de esta pena; y por último en el reconocimiento de la nocividad de la prisión. En efecto, la pena de prisión es disgregativa y desocializadora. La imposición de esta pena resulta altamente lesiva para el recluso, pues la integran numerosos aspectos negativos: produce un aislamiento del reo y tiene efectos psicológicos negativos, además de la impronta infamante que el ingreso en prisión deja su paso.

Sin embargo, la pena de prisión se constituye como uno de los principales resortes punitivos del Estado y es necesaria para proteger a la sociedad de la criminalidad. La prisión es un mal necesario en la medida en que no exista una respuesta alternativa. Y es que frente al movimiento que pretende su abolición, cabe decir que la prisión es un medio útil para tratar a la mayoría de los criminales. Si bien el efecto reformador es tenue hay que tener en cuenta que también influyen otros factores sociales que pueden impedir un mayor éxito por lo que no se puede achacar totalmente el fracaso a esta pena. Por otro lado cumple una función intimidatoria bien sea respecto a los delincuentes que ya han pasado por prisión –prevención especial– como respecto al resto de la sociedad –prevención general–, pues les inhibe a cometer delitos por miedo a sufrir dichas consecuencias. Además, incuestionable es el hecho que durante el tiempo de reclusión con esta medida se impide que los delincuentes cometan nuevos hechos delictivos contra la colectividad.³³ Por ello mismo, una parte doctrinal aboga no por medidas extremas y utópicas como la abolición de la pena, sino que propugnan su reforma para reducir sus aspectos negativos, buscando fórmulas que superen la ejecución clásica de la pena privativa de libertad y nuevas formas de cumplimiento más garantistas y humanitarias acordes con la dignidad humana además de fomentar la presencia de sustitutivos penales para delitos de escasa entidad.

3. La pena privativa de libertad

A) Concepto

La pena de prisión permanente revisable, junto a la pena de prisión, la pena de localización permanente y la responsabilidad subsidiaria por impago de multa se configuran como penas privativas de libertad según viene reconocido en el artículo 35 de nuestro Código Penal. Todas estas penas privativas de libertad como su propia

³³ CUELLO CALÓN, E. “¿Debe suprimirse la pena de prisión?” *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Ministerio de Justicia, 1952, serie 1, núm. 3, págs.417-429

denominación sugiere afectan a la libertad ambulatoria del condenado, si bien cada una presenta sus propias particularidades. La libertad se enarbola como uno de los valores superiores en los que se sustenta el Estado social y democrático de Derecho como así viene reconocido en el artículo 1.1. CE, la libertad personal es, después del derecho a la vida, el derecho fundamental más relevante.

Por otro lado, nuestra Carta Magna alega en su artículo 25 que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social. Ahora bien, ello no es óbice para pensar que el único fin que se otorga a esta pena es de carácter preventivo-especial sino que, de acuerdo con la jurisprudencia del Alto Tribunal consiste en un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración. No siendo por tanto, la reeducación y reinserción los únicos objetivos admisibles de la pena de prisión, siendo compatible con la constitución aquellas penas que tengan asignadas además de estos otros fines de distinta naturaleza.

Aunque la pena de prisión se ha caracterizado por ser la pena más grave prevista en nuestro ordenamiento jurídico, reservada únicamente a aquellos casos de especial trascendencia, se ha visto despojada de tal virtud con motivo de la reciente incorporación de la pena de prisión permanente revisable a nuestra legislación. A pesar del diferente régimen jurídico y duración de las mismas, en este apartado vamos a realizar una serie de precisiones en torno al concepto genérico de pena de prisión. A falta de definición legal extraemos la definición que realiza MAPELLI CAFFARENA como *“la pérdida continuada de la libertad ambulatoria de un condenado mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario durante un tiempo determinado previamente por una sentencia judicial, ejecutada conforme a la legislación vigente de forma que favorezca a la resocialización.”*³⁴

Algunos de los rasgos establecidos en esta definición en el caso de la prisión permanente revisable podrán verse desdibujados, pues se puede decir que está prevista para un tiempo indeterminado pese a establecer unos plazos de revisión, y por otro lado, si bien ya determinados sectores doctrinales dudaban sobre la eficiencia de la prisión como método resocializador con la prisión perpetua se dificulta aún más la consecución de tal fin, pues a más duración más desocializadora, además de ser una pena potencialmente perpetua en la que podría no llegar nunca a reinsertarse en la sociedad al penado.

³⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias...*, op.cit. pág.67

B) Límites

En cuanto a la duración de la pena de prisión, el límite mínimo establecido originariamente por el Código Penal era de seis meses, sin embargo este se vio reducido con la reforma producida por la L.O 15/ 2003 a tres meses. Un amplio sector doctrinal considera que las penas inferiores a seis meses producen un efecto negativo en los condenados, pues en un periodo tan breve no se pueden cumplir los objetivos preventivo-especiales, además de dificultar su reinserción social y producir un incremento en las posibilidades de contagio criminal.³⁵ Curiosamente, también existen posiciones doctrinales que defienden la vigencia de penas cortas de prisión dada su eficacia intimidatoria –prevención general- para ciertos sectores de la delincuencia relacionado con personas socialmente integradas, sin que en tales casos se llegue a producir el temido efecto desocializador de la prisión; e incluso, este sector doctrinal también considera que las penas cortas de prisión pueden también cumplir una función de prevención especial por el efecto shock que producen en el condenado.³⁶

El límite máximo era según lo preceptuado en el 36.2 del CP veinte años, salvo supuestos específicos como en los casos de homicidio del Jefe del Estado y familia real (artículo 485) o de Jefe de un Estado extranjero o personas internacionalmente protegidas (artículo 605.1), en los que la pena se extendía a veinticinco años y a treinta si concurrían agravantes, y del delito de terrorismo que causa la muerte de una persona, en el que la pena de prisión llegaba a treinta años (artículo 572). Así el artículo 76 del CP prevé para los casos en los que concurren dos o más delitos los límites máximos de veinticinco, treinta y cuarenta años respectivamente (L.O 7/2003).

Con la incorporación de la prisión permanente revisable, el límite máximo se torna indeterminado, pues aunque la condena pueda ser revisada al cumplir los requisitos temporales mínimos que oscilan entre los veinticinco y treinta y cinco años, dependiendo de la naturaleza del delito, aún concurriendo los demás requisitos que habilitan la concesión de la libertad condicional, si finalmente el juez o tribunal

³⁵ Cfr. DEMETRIO CUERPO, E., *Curso derecho...* op.cit. pág. 453; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias...*, op.cit. págs. 71-74

³⁶ Vid. GÓMEZ COLOMER, J.L. & GONZÁLEZ CUSSAC J.L., *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Castelló de la Plana, Ed. Universitat Jaume I, 1997, págs.82-85

considera que no ha quedado suficientemente acreditada la reinserción del penado podrá éste quedar preso hasta su muerte.

La cuestión relativa al límite máximo tampoco es pacífica, pues las penas excesivamente largas y las penas permanentes dificultan o hacen imposible la reincorporación del penado en la sociedad. Existen diversas investigaciones criminológicas que han demostrado que las penas de larga duración provocan daños irreversibles en la personalidad de los reos y que aconsejan que el límite máximo de privación de libertad no debiera superar los quince años de prisión efectiva si es que realmente se busca la reinserción social del condenado. Sobre esta materia se incidirá con más detenimiento en el siguiente capítulo.



V. PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD: PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.

1. Prisión permanente revisable

A) Cuestiones previas

De las novedades introducidas por la L.O 1/2015 en nuestro Código Penal se podría afirmar que la más polémica ha sido la incorporación de la prisión permanente revisable a nuestro acervo penológico.

Ciertamente la cadena perpetua no ha sido una figura ajena al elenco punitivo estatal, esta pena aparece reconocida por primera vez en el Código Penal español de 1822 bifurcada en dos modalidades: la cadena perpetua y la reclusión perpetua. Esta medida aflictiva se mantuvo en los sucesivos Códigos como el de 1848, y en 1870 se incluyó la posibilidad del indulto a los 30 años de entrar en prisión. Será en 1928 cuando se elimine de forma definitiva la prisión perpetua, cabe mencionar que en este código y en los siguientes -excepto en el de 1932- se incluía la pena de muerte hasta su abolición por la Constitución de 1978 momento en el que no se rehabilitó la prisión permanente –a diferencia de lo ocurrido en otros países de nuestro entorno europeo-. En los Códigos que le siguieron la pena máxima que podía cumplirse en prisión no superaba los treinta años hasta la reforma 7/2003 en la que se aumentó el límite a cuarenta y posteriormente con la reforma de este año que puede llegar a ser de por vida.³⁷

En definitiva, esta nueva medida aflictiva se enarbola como la más austera de todo nuestro ordenamiento jurídico.

La prisión permanente revisable consiste fundamentalmente en la privación de la libertad ambulatoria del delincuente mediante su reclusión en un establecimiento penitenciario; la diferencia fundamental con la pena de prisión en sentido genérico es que la misma se configura en principio por tiempo indefinido, pero sujeta a revisiones que pueden servir para que el reo recupere la libertad.

En el preámbulo I y II de la ley se recogen las razones que justifican la necesidad de esta sanción. Así las cosas, bajo el pretexto “de fortalecer la confianza en

³⁷Véase, “Una figura instaurada en 1822 y eliminada en 1928” El País 21 de enero 2015 http://politica.elpais.com/politica/2015/01/21/actualidad/1421873508_079804.html; Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pág. 26-27

la Administración de Justicia y garantizar resoluciones judiciales previsibles que sean percibidas en la sociedad como justas”³⁸ el legislador corrobora la necesidad de la antedicha medida, es decir, uno de los argumentos que esgrime el legislador está basado en la demanda social, introduce esta medida no por razones de índole político-criminal, sino para acallar la alarma social provocada por determinados hechos delictivos graves y acrecentada por el poder mediático.

Por otro lado se aduce a que la misma “podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad (...) en los que está justificada una respuesta extraordinaria (...)”³⁹. Además, se garantiza que mediante el régimen de revisiones no se renuncia a la reinserción del penado, con este inciso se trata de intentar salvar el posible escollo de inconstitucionalidad y de proporcionar un trato más humano al recluso al darle esperanzas con una posible puesta en libertad.

Relacionado con lo anterior, se fundamenta su inclusión en nuestro ordenamiento en base a la existencia de dicha medida en el Derecho Comparado y además de escudarse en el hecho de que del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la ha considerado ajustada a la Convención de Europea de Derechos Humanos.

Concluida esta breve contextualización, se va a proceder a analizar tanto su régimen jurídico como los argumentos y críticas en los que se ve envuelta esta sanción:

B) Ámbito de aplicación

Como se anticipaba, la prisión permanente revisable se podrá imponer únicamente en supuestos de excepcional gravedad expresamente tipificados al efecto en el Código Penal, por lo que queda excluida su aplicación fuera de los siguientes casos:

- Asesinatos especialmente graves (art. 140 CP): cuando la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable; cuando el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual sobre esa misma víctima; y cuando el autor pertenezca a un grupo u organización criminal. También se aplicará esta pena cuando al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas; homicidio del Jefe del Estado o de su heredero (art. 485); homicidio de Jefes de Estado extranjeros (art. 605); y por último, se podrá imponer en los delitos de genocidio o de crímenes de lesa humanidad (art.607 y 607 bis).

³⁸ L.O 1/2015 Preámbulo II

³⁹ Ibid., Preámbulo II

C) Sistema de revisión y acceso a beneficios penitenciarios

Si de algo se vanagloria el legislador en el preámbulo de la ley es del severo sistema de revisión que lleva aparejada esta sanción, presupuesto que le permite superar el obstáculo legal del 25.2 de la CE. De este modo, se introduce la regulación del régimen de revisión de la prisión permanente revisable como un supuesto de libertad condicional o de suspensión de la ejecución de la pena⁴⁰.

Los requisitos generales para la suspensión de la ejecución de resto de la pena y la concesión de la libertad condicional vienen regulados en el artículo 92.1 CP:

a) *Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo.*

b) *Que se encuentre clasificado en tercer grado.*

c) *Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, 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, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.*

-Presupuesto temporal

En primer lugar, se exige para la suspensión de la pena un requisito temporal, que viene establecido, como regla general, en el cumplimiento íntegro de un mínimo de prisión efectiva de veinticinco años. Sin embargo, este mínimo se puede ver incrementado en determinados supuestos reconocidos en el artículo 78 bis del CP. Según este artículo, el mínimo será de veinticinco (78.2.a)) cuando “*el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años.* (78.1.a))” y en segundo lugar “*cuando (...) exceda de quince años.*”(78.1.b)).

⁴⁰ *Ibidem.*, Preámbulo V

Por otro lado el mínimo que ha de cumplirse se verá incrementado a treinta años de prisión cuando la suma de las penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más (78.1.c)).

Y por último este artículo prevé en su apartado tercero una regla específica para los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, estableciendo un mínimo de veintiocho años –para los supuestos del 78.1 a) y b)- y de treinta y cinco años –si se trata del apartado c)-.

-Clasificación en tercer grado

En segundo lugar, el artículo 92.1.b) exige que el penado se encuentre en tercer grado. Para saber si se cumple esta segunda condición hemos de remitirnos al artículo 36.1 CP el cual preceptúa que *“la clasificación del condenado en el tercer grado deberá ser autorizada por el tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias”*, por otro lado, establece que no podrá efectuarse la clasificación en tercer grado hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, que en caso de delitos de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones criminales quedará supeditada hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva.

En los supuestos en los que concurren varios delitos y al menos unos de ellos esté castigado con la pena de prisión permanente revisable la progresión a tercer grado requerirá, según el artículo 78.1 CP, de un mínimo de dieciocho años de prisión cuando el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años; de un mínimo de veinte años de prisión, cuando exceda de quince años; y de un mínimo de veintidós años de prisión, cuando el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más.

Por otro lado el 78.3 añade que si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento serán de veinticuatro años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra c) del apartado primero.

En todo caso, según lo dispuesto en el reformado artículo 36.3 del CP, el Tribunal o el Juez de vigilancia penitenciaria, según corresponda, podrá acordar, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y 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.

Una vez cumplido el requisito temporal previsto según los casos, y se haya clasificado al penado en el tercer grado, el último escollo que se ha de superar para la puesta en libertad es la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. Este pronóstico es un juicio que deberá realizarse en función de los criterios mencionados en el apartado 92.1.C).

La competencia para otorgar la libertad condicional en los supuestos de PPR corresponde a un tribunal colegiado, a diferencia de los supuestos de prisión ordinaria en la que dicha facultad recae sobre el juez de vigilancia penitenciaria. En estos casos el tribunal colegiado deberá valorar las circunstancias del penado, del delito cometido y de revisar la situación personal del mismo, que junto a una previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine podrá fundar la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

-Acceso a beneficios penitenciarios

En otro orden de cosas, el precepto establece que el periodo mínimo que habrá de permanecer el penado en prisión para disfrutar de permisos de salida será de ocho años de prisión, en el caso de delitos comunes, y de doce años de prisión, en caso de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

-Requisitos específicos para delitos relacionados con terrorismo o criminalidad organizada:

No obstante, en caso de terrorismo además de lo anterior, el artículo 92.2 prevé una cuarta condición. Según la misma, el penado debe mostrar signos inequívocos de

haber abandonado la actividad terrorista, debe haber colaborado con las autoridades, así como también debe haber pedido perdón a las víctimas, y en último lugar, debe acreditarse en los informes técnicos su desvinculación definitiva con las organizaciones terroristas.

-Suspensión de la ejecución de la condena y concesión de la libertad condicional

Finalmente, una vez superadas estas condiciones si el tribunal concede la libertad, fijará un plazo de suspensión de la ejecución durante el cual el penado quedará sujeto a unas condiciones, determinando el incumplimiento de las mismas o la comisión de nuevos delitos la revocación de la misma y el reingreso en prisión. Por otro lado, el juez o tribunal a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas. En este sentido el artículo 92.3 CP señala que el plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad. En cuanto a su duración, la suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años.

Por último cabe añadir, que cumplido el requisito temporal del 92.1 a), obligatoriamente el tribunal deberá revisar de oficio si la prisión debe ser mantenida cada dos años; y lo hará también siempre que el penado lo solicite, si bien tras la desestimación de una petición podrá fijar un plazo máximo de un año dentro del cual no se dará curso a nuevas solicitudes.

2. Prisión permanente revisable en el Derecho comparado

A) Regulación de la PPR en el derecho comparado

La aceptación de esta medida en el marco del derecho comparado junto con el beneplácito por parte del TEDH, que en su reiterada jurisprudencia la ha considerado como compatible con el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, se instauran como uno de los argumentos en los que se apoya el legislador para introducir esta pena en nuestro ordenamiento jurídico.

Efectivamente, esta medida está prevista en las legislaciones de varios países europeos como Austria, Alemania, Dinamarca, Francia, Italia, Suiza, Liechtenstein, San Marino, Eslovaquia y Reino Unido.⁴¹

Previamente desarrollado el régimen de revisión previsto en nuestro ordenamiento penal conviene examinar sumariamente el régimen de revisión previsto en algunos de los países de nuestro entorno.

En Alemania, podrá suspenderse la ejecución cuando el condenado haya cumplido quince años de condena y concurren una serie de requisitos con un periodo de libertad vigilada de cinco años. Requisitos: a) Que el penado haya cumplido quince años de privación de libertad; b) Que las particulares circunstancias de la culpabilidad del condenado no exijan el cumplimiento efectivo de la pena de prisión permanente; c) Que se cumplan los requisitos para la liberación anticipada en casos de condenas a penas privativas de libertad de tiempo determinado, específicamente, que la liberación sea apropiada teniendo en cuenta el interés general de seguridad pública y que la persona condenada lo consienta. Sin embargo el mínimo podrá alargarse por motivos de especial gravedad. Pero el resultado final es que la media de cumplimiento de condenas se sitúa en los diecinueve años. También se prevé la revisión a los quince años en Austria y Suiza.

Por otro lado, en Francia esta sanción recibe el nombre de “Reclusión criminal a perpetuidad” y está prevista para asesinatos muy graves y terrorismo. Se prevé que el periodo de seguridad en estos casos es de dieciocho años que puede verse incrementado por decisión del Juez. El límite máximo para poder obtener beneficios de adaptación de la pena es de veintidós años.

En cuanto a Italia, se prevé el *ergastolo* que junto a la privación de libertad se establece la obligación de trabajar y aislamiento nocturno. Esta pena está dirigida para los delitos más graves pero también se produce como consecuencia de la imposición de concursos de delitos sancionados con penas graves. Queda sujeta a la posibilidad de la libertad condicional una vez se hayan cumplido veintiséis años de prisión efectiva y al igual que en los otros casos queda supeditada al cumplimiento de una serie de requisitos, como acreditar que el penado haya puesto de manifiesto su arrepentimiento y que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles del delito, salvo imposibilidad de

⁴¹ Informe del CGPJ... op.cit, pág. 27-31

cumplirlas⁴². Alternativamente prevé el fin de la condena por la concesión del indulto, la gracia o la amnistía.

Por otro lado en Reino Unido se prevén tres tipos de prisión permanente: la “*Cadena perpetua obligatoria impuesta por ley*”, la “*Cadena perpetua por la comisión de segundos delitos tasados*” y, “*Cadena perpetua para la protección pública para delitos graves*”. El derecho inglés prevé la concesión de la libertad bajo supervisión al condenado una vez transcurrido un periodo mínimo de internamiento. No obstante, en el asesinato el Tribunal puede dictar una orden de cumplimiento de por vida⁴³. Esta cuestión ha sido una fuente de conflictos entre Reino Unido y la Justicia Europea llegándola a declarar incompatible con la CEDH en el año 2013 por negar a los condenados el derecho a una revisión de su condena.

De lo expuesto se desprende que los plazos para la revisión de la pena impuesta en el panorama estatal son, excesivamente largos y comparados, precisamente, con la legislación de los países de nuestro entorno, se confirma la mayor severidad de esta pena frente a la prevista en el marco del derecho comparado.

B) Posición del tribunal europeo de derechos humanos.

El precitado artículo 3 del CEDH propugna que “*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.*” En base a ello el TEDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse con ocasión de la pena de cadena perpetua. Este tribunal ha considerado que la prisión perpetua no constituye un trato inhumano, siempre y cuando ésta lleve aparejada un sistema de revisión que permita al reo conservar un halo de esperanza en aras a obtener su futura puesta en libertad. A sensu contrario, no acepta las penas a perpetuidad en sentido estricto, pues considera inhumanas las condenas que hayan su final con la muerte del reo.

En este sentido el TEDH ha considerado ajustado a la CEDH este tipo de medidas aflictivas, pues ha declarado de forma reiterada que cuando la ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado, es suficiente para dar satisfacción al artículo 3 del Convenio. Del elenco jurisprudencial del TEDH se

⁴² En Italia la cadena perpetua dista de ser una pena simbólica. Véase “Un castigo extendido en Europa” El País 21 de enero 2015

⁴³Cfr. ROIG TORRES, M., “La cadena perpetua: los modelos inglés y alemán”. *Cuadernos de Política Criminal*. Nro. 111. España: Dykinson, 2013, pág. 102

desprende esta doctrina. En este sentido, se han de analizar sucintamente a modo ejemplo las siguientes sentencias:

- Caso Kafkaris vs. Chipre

En primer lugar nos encontramos con el caso Kafkaris vs. Chipre. El sicario Kafkaris fue juzgado por colocar un explosivo debajo del coche de Mr. P. Michael causándole la muerte a él y a sus dos hijos. Cuando se cometieron los hechos, en 1987, la cadena perpetua equivalía según la normativa penitenciaria -sin aclarar el código penal nada al respecto- a una condena a veinte años pudiendo reducirse a quince por buena conducta. Un año después, los tribunales interpretaron la pena como “prisión de por vida”. Sin embargo, tras su condena Kafkaris recibió una notificación en la que se indicaba que, en aplicación de la normativa penitenciaria, quedaría libre en 2002. Transcurridos el tiempo Kafkaris reclamó su excarcelación la cual fue denegada alegando que su condena era perpetua, posteriormente se rechazó otro nuevo recurso de *habeas corpus*. Fue entonces cuando Kafkaris recurrió al Tribunal de Estrasburgo.

El derecho chipriota no prevé un periodo de seguridad ni la posibilidad de rebajar la condena para el caso concreto de la pena de prisión perpetua. Empero, una reducción de esta pena puede intervenir en todo momento, cualquiera que sea el período pasado en prisión. Por ende, el TEDH finalmente desestima la pretensión de Kafkaris y considera que la cadena perpetua en este caso no constituye un trato inhumano o degradante puesto que la legislación de Chipre no es irreducible.

- Caso Hutchinson vs. Reino Unido

Con el mismo *modus operandi* que en la anterior resuelve el TEDH el caso de Hutchinson vs. Reino Unido. Si bien es cierto, que en un principio respecto al caso de Reino Unido el TEDH se mostraba reticente a la hora de considerar conforme al Convenio su sistema de revisión de las penas⁴⁴ como bien quedó reflejado en la

⁴⁴En 2003 por la *Criminal Justice Act* se produjo un cambio que obligaba a que la cadena perpetua fuese efectivamente reclusión de por vida en casos especialmente graves, salvo que el ministro de Justicia decidiese la puesta en libertad por razones humanitarias. En el sistema anterior se preveía la posibilidad de revisión a los 25 años de cumplimiento de la condena.

precedente sentencia de 2013 en el caso *Vinter & others vs. Reino Unido*, en sentencias posteriores ha dictaminado su conformidad con el artículo 3 del Convenio.

Este caso versa sobre Arthur Hutchinson el cual fue condenado en 1984, por robo, violación y tres delitos de asesinato, a cadena perpetua con un cumplimiento mínimo de dieciocho años. Sin embargo, dada la gravedad de los hechos el ministro posteriormente le impuso la cadena perpetua, decisión que fue avalada posteriormente tanto por los tribunales como por la Corte de Apelaciones británica. Fue entonces cuando el recluso recurrió a Estrasburgo alegando que su condena constituía un trato inhumano y degradante, al carecer de esperanzas de liberación. El tribunal en sentido idéntico al caso anterior, resolvió que la misma era compatible con el artículo 3 del Convenio ya que la legislación de Reino Unido prevé un sistema de revisión.⁴⁵

3. Posiciones doctrinales

A) Argumentos a favor y críticas.

La introducción en nuestro ordenamiento penal de una consecuencia jurídica de tal magnitud no es una cuestión baladí, pues es el resultado que confirma el cambio de dirección de un modelo penal garantista y humanista hacia un derecho penal oportunista con un marcado trasfondo ideológico retribucionista. Por ello, a continuación se han de desarrollar algunos de los argumentos que se arguyen a favor de esta medida:

La introducción de esta sanción responde, en primer lugar, al objetivo de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia y garantizar resoluciones judiciales que sean percibidas en la sociedad como justas. El origen de este presupuesto viene dado por una sensación general de impunidad e inseguridad, alimentada por determinados colectivos de víctimas y por la prensa sensacionalista.

El legislador justifica esta medida, no por razones empíricas, no por datos objetivos que recomienden esta medida como la más idónea para prevenir la comisión de hechos delictivos graves o por oleadas de crímenes que demanden aumentar la afflictividad de nuestro Código, sino que se implanta para satisfacer las demandas sociales que piden un endurecimiento penal a causa de esa sensación de inseguridad e

⁴⁵Vid., “El Tribunal de Estrasburgo avala la cadena perpetua en Reino Unido porque tiene mecanismos de revisión” *Europa Press*, Madrid, 3 Feb. 2015

injusticia que prima en la sociedad⁴⁶. Ciertamente, se apela a una “sensación” de inseguridad porque la realidad es que ese riesgo no existe. Así viene reflejado en los balances de criminalidad publicados por el Ministerio de Interior en los últimos años, en los que se refleja no sólo que no se ha producido un incremento de la criminalidad sino que además se confirma su tendencia a la baja. A este respecto cabe destacar a modo de ejemplo, que la criminalidad en el primer trimestre de 2015 baja un 3,7% respecto a los tres primeros meses del año pasado. Se confirma con ese pronóstico la progresiva disminución de la tasa de criminalidad de los últimos años posicionándose en una de las tasas más bajas de la Unión Europea.⁴⁷

Por otro lado, la desconfianza en la Administración de Justicia es también producto de la creencia generalizada de que nuestro sistema punitivo es excesivamente benévolo. En España un alto porcentaje de la población considera que las penas deberían ser más severas.⁴⁸ Y es que además de tener las tasas de delincuencia más bajas de Europa, contamos con uno de los sistemas penales más duros y nos situamos entre los países con mayor número de población reclusa. De este cúmulo de circunstancias se desprende que, efectivamente, no existen motivos político-criminales que respalden la introducción de la antedicha medida, sino más bien todo lo contrario.

En segundo lugar, en el preámbulo de la ley, además, se justifica la necesidad de esta sanción porque ante delitos de excepcional gravedad está justificada una respuesta extraordinaria, busca una proporcionalidad entre la pena y el delito. De modo contrario se manifiesta GONZÁLEZ COLLANTES que alega que *“una pena de cadena perpetua nunca podrá tener la consideración de pena proporcionada. Primero, porque el principio de proporcionalidad exige correspondencia entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito, pero frente a un hecho cruel e inhumano no puede justificarse una respuesta de la misma entidad por parte del Estado, pues lo impide el respecto a la dignidad de la persona.”*⁴⁹ Además, señala esta autora que esta medida tampoco pasaría el test de proporcionalidad, en primer lugar porque no pasaría el juicio de idoneidad,

⁴⁶Vid. “La mayoría de los españoles avala la cadena perpetua revisable” *El País*, 9 de febrero 2015 [En línea] http://politica.elpais.com/politica/2015/02/08/actualidad/1423425189_291517.html

⁴⁷ “Descenso generalizado de los índices de criminalidad durante el primer trimestre de 2015”. Madrid, Ministerios de Interior, 7 de mayo 2015 [En línea] http://www.interior.gob.es/prensa/noticias//asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/3841907

⁴⁸ Vid. VARONA GÓMEZ, D., “Percepción y elección del castigo en España: resultados a partir de la encuesta social europea (5. Ed.)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 111, 2013, p. 151.

⁴⁹ Vid. GONZÁLEZ COLLANTES, T., “¿Será inconstitucional la pena de prisión permanente revisable?”, *Recrim: Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, núm. 1989-6352, 2013, pág.10

pues la medida no se adecua al fin constitucional de la pena que en este caso es la reinserción social. Y otro problema que presenta la pena cadena perpetua es que la exigencia de necesidad, requiere, además de la elección de la menos grave entre varias penas igualmente eficaces para la tutela jurídica, en el campo aplicativo, que el juez disponga de facultades discrecionales para individualizar la penalidad, cosa que no admite la rigidez abstracta de la cadena perpetua.

En tercer lugar, se avala la medida por el simple hecho de que países europeos de nuestro entorno la prevén en sus ordenamientos. Este punto ha de ser matizado, por un lado porque los sistemas de revisión previstos en los demás países europeos de nuestro entorno son menos severos, y por otro, porque el mero hecho de que esta medida se aplique en Europa no legitima su aplicación en España. Que no se imponga una pena como en este caso de una gravedad tan notoria como la prisión permanente, no supone un retraso punitivo de nuestro sistema penal, sino que incluso como señala CUERDA RIEZU “a veces España puede dar lecciones a sus colegas de la Unión Europea, ¿por qué no? El que estos países mantengan una privación de libertad perpetua pero revisable, pone de relieve la mala conciencia de esos legisladores foráneos que, por una parte, dicen que la sanción es perpetua, cuando, por otra, puede serlo o no en función de lo que se derive de su revisión, que ha de ser efectuada con carácter ineludible.”⁵⁰ Asimismo, la constitucionalidad de esta sanción en los ordenamientos de estos países europeos, no obsta para que esta medida pueda ser contraria a lo postulado en nuestra Carta Magna. Y es que ningún país europeo tiene un artículo constitucional donde se establezca expresamente que las penas de prisión han de estar orientadas a la reeducación y reinserción social, únicamente el artículo 27 de la constitución italiana establece que las penas estarán orientadas a la reeducación, sin embargo, nada dice sobre la reinserción como finalidad orientadora por lo que la PPR en España, a diferencia de lo que sucede en otros países, contradeciría el mandato constitucional⁵¹.

Otro de los argumentos a favor de esta pena, es su encaje constitucional. Según el legislador la misma no renuncia a la reinserción del penado y es que una vez cumplida una parte mínima de la condena, un tribunal deberá valorar nuevamente las circunstancias y ese tribunal podrá revisar su situación personal, que en caso de emitir

⁵⁰ Vid. CUERDA RIEZU, A., *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Barcelona: Atelier, 2011, pág.35

⁵¹ Véase, RÍOS MARTÍN, J., “La pena de prisión permanente revisable. Sustitución y suspensión” en *Cuadernos penales José María Lidón*, Bilbao: Universidad Deusto, 2014, págs.33-34

un pronóstico de reinserción positivo determinaría la puesta en libertad del penado. Con este sistema de revisión se garantiza un horizonte de libertad al penado lo que determina justamente la humanidad de la medida. Sin embargo, en sentido contrario se manifiesta RÍOS MARTÍN que alega que la concesión de la suspensión de la ejecución de la condena, “es casi imposible, pues no depende de la persona condenada, sino de circunstancias externas y otras variables que en la realidad penitenciaria son prácticamente incontrolables.”⁵² Por tanto, en este sentido podemos concluir que una vez transcurrido el periodo mínimo de prisión la revisión no garantiza una puesta segura en libertad, por lo que la duración efectiva de la condena será indeterminada. Asimismo, tras una estancia en prisión de veinticinco, treinta o treinta y cinco años según los casos, se minarán las posibilidades reales del penado de reinsertarse en la comunidad. En este sentido, hay que tener en cuenta que en el mejor de los casos se obtendrá la libertad pero con una avanzada edad y un alto grado de prisionización y desocialización, que impediría al penado poder rehacer su vida. Para más inri, las penas superiores a los quince años de prisión producen graves e irreversibles alteraciones en la personalidad del penado como ya ha puesto de manifiesto la criminología moderna.

Los defensores de la pena de prisión permanente revisable también afirman la constitucionalidad de la medida apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵³. Una de las sentencias invocadas es STC 91/2000, de 30 de marzo de 2000. La susodicha versa sobre un recurso de amparo promovido por don Domenico Paviglianiti frente al Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que declaró procedente su extradición a Italia para cumplir condena por delitos de asesinato y otros, con reclusión perpetua. En la misma se alegaba, entre otras cosas, una supuesta vulneración del derecho a no sufrir penas inhumanas o degradantes. En el fallo de la misma se acepta su extradición a Italia desestimando la vulneración indirecta del derecho a sufrir penas inhumanas y degradantes. La desestimación tiene su origen, en la falta en la demanda de argumento del cual se derive, el supuesto carácter inhumano y degradante de esta pena. No obstante, se desprende de esta sentencia la aceptación por parte del TC de la doctrina del TEDH en lo que a la prisión permanente revisable se refiere. En este sentido el Tribunal considera que la calificación de una pena como

⁵²Vid. RÍOS MARTÍN, J., *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*. Edición: Tercera Prensa-Hirugarren Prentsa S.L., 2015, pág. 39

⁵³ Cfr. STC 49/2006 13 de febrero FJ 5; STC148/2004 de 15 de septiembre FJ 9

inhumana o degradante no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que depende de la ejecución de la misma y de las modalidades que ésta reviste.

Según la interpretación que de la misma hacen sus defensores se admite por tanto la compatibilidad de la prisión perpetua revisable con nuestra constitución. En sentido contrario se manifiesta otro sector doctrinal que considera que parten de una interpretación errónea, pues alega que no se concreta que tal sanción suponga una pena inhumana o degradante.

Por otra parte, el legislador se ampara en el TEDH que considera ajustado al artículo 3 del CEDH las penas permanentes revisables. Efectivamente, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TEDH la PPR española salvaguarda formalmente el artículo 3 del Convenio. No obstante, es necesario sacar a colación que el legislador omite la jurisprudencia del TEDH donde se declara su incompatibilidad con el artículo 5 del CEDH, es decir, con los aspectos reinsertadores de las penas y sus procesos de revisión.⁵⁴

Y finalmente, se trae a colación la pronunciación que sobre esta cuestión realizó el Consejo de Estado con relación a la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional en la que está prevista la posible imposición de una pena de prisión permanente revisable. RÍOS MARTÍN aclara esta cuestión indicando que “el Consejo de Estado no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de esta pena, ni puede hacerlo. El dictamen fue emitido por la Comisión Permanente del Consejo de Estado el 22 de agosto de 1999, para concluir que la normativa constitucional no constituía un obstáculo para la ratificación del Tratado de Roma; las referencias en el Tratado a las penas aplicables (art. 77) se entendieron a la luz de lo establecido en el art. 80 del Tratado, y el mecanismo del art. 110 se estimó suficiente para dotar de garantías a la eventual ejecución a ciudadanos españoles de las penas previstas en el Tratado.” En relación a la PPR se estimó que al no estar la misma prevista en la legislación estatal en aquel momento podrían conducir, sino a rechazar penas perpetuas por colisionar con la reeducación y reinserción social de los condenados, cuanto menos a una flexibilización suficiente en la reducción de las penas prevista en el artículo 110 del Estatuto.⁵⁵

B) Constitucionalidad de la Prisión permanente revisable

⁵⁴ Véase, RÍOS MARTÍN, J. “La pena...” op.cit, págs.33-34

⁵⁵ Vid. RÍOS MARTÍN, J., *La prisión perpetua...*, cit. págs.56-57

La introducción a nuestro acervo penológico de una medida tan severa como la PPR ha reabierto el debate en torno a su conformidad con los valores propugnados en un Estado Social y democrático de Derecho. De este modo se han generado posiciones enfrentadas en torno a su necesidad y constitucionalidad, así mientras que un sector alaba su conformidad con nuestra Constitución, desde el garantismo se denuncia la inconstitucionalidad de la medida. Este sector doctrinal, considera que las penas de tan larga duración no respetan los principios básicos de humanidad y reinserción social. Concretamente se fundamenta la inconstitucionalidad de la medida en base a lo siguiente: vulneración del mandato de reeducación y reinserción de las penas privativas de libertad (25.2CE); por la vulneración del mandato de determinación o certeza derivado del principio de legalidad (25.1CE) y del principio de igualdad y no discriminación (14CE); atenta contra la prohibición de penas inhumanas y tratos inhumanos y degradantes (15 CE); atenta contra la dignidad de los seres humanos (10 CE).

Para empezar, en cuanto a la vulneración del mandato de reeducación y reinserción de las penas privativas de libertad del artículo 25.2 CE. Según la doctrina del TC el referido precepto no supone el reconocimiento de un derecho subjetivo susceptible de recurso de amparo, sino que este mandato está dirigido al legislador penitenciario y la Administración para orientar la política penal y penitenciaria. Así como tampoco, considera el tribunal que los mismos constituyan los únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista STC 172/1989⁵⁶. Manifestación de ello es el artículo 1 de la LOGP en la que se enarbola la reeducación y la reinserción social como el fin primordial de las instituciones penitenciarias, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.

En síntesis, la reeducación y la reinserción social se establecen como una mera orientación y no como fin de la pena de prisión. En este sentido se pronuncia COBO DEL ROSAL *“Se olvida, lamentablemente, que una cosa es el concepto y esencia de la pena y otra su orientación, que son cosas distintas. La orientación, ni siquiera finalidad, no desempeña ninguna función conceptual ni esencial de la pena. (...)No*

⁵⁶ Vid. STC 172/1989, 19 de Octubre de 1989 FJ 2.

diferenciar lo anterior supone confundir el concepto y la esencia de la pena con la orientación de la misma, (...).”⁵⁷

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, la prisión perpetua revisable podría considerarse compatible con el principio de reinserción porque establece la posibilidad de aplicar mecanismos que permiten al recluso reintegrarse a la sociedad. Sin embargo, este sector doctrinal enfatiza en el hecho de que no sólo depende de la voluntad del penado, sino que también han de tenerse en cuenta las circunstancias concomitantes a la vida dentro de la institución, por lo que alegan que las progresiones penitenciarias y la concesión de la libertad condicional se tornan en inalcanzables obstaculizando la posible reinserción del penado. Puede ocurrir por tanto, que los resultados sean siempre negativos por lo que la prisión sea efectivamente de por vida resultando inviable su reincorporación social y por ende siendo esta medida inconstitucional. Por otro lado hay que poner de relieve, como RIOS MARTIN señala, “que aunque la suspensión de la condena se pudiera aplicar pasados los veinte años ininterrumpidos de cárcel, los efectos del encarcelamiento prolongado son tan devastadores en la mente, que hacen imposible la reinserción social”. En esta línea se pronuncia también JUANATEY DORADO que añade que “sólo dentro de un contexto penal de sentencia determinada, con un máximo irrenunciable –que debería mantenerse dentro de ciertos límites razonables, entre 10 y 15 años de prisión– es posible defender y legitimar un modelo orientado hacia la reinserción social”⁵⁸. De esta forma se pronuncia también MAPELLI CAFFARENA que considera que las penas de prisión perpetua o de muy larga duración no pueden tener cabida en un sistema penitenciario orientado a la resocialización, que aspira ante todo la futura reincorporación del penado en la sociedad, puesto que las mismas imposibilitan que el penado pueda rehacer su vida por lo que la condena va unida a la destrucción del sujeto como ser social.⁵⁹

Llegados a este punto, se ha de analizar la supuesta vulneración del mandato de determinación o certeza derivado del principio de legalidad (25.1CE). El mandato de determinación exige que las penas estén concretadas en cuanto a su naturaleza y en cuanto a su duración, con la previsión de un mínimo y un máximo. En lo que respecta a

⁵⁷ Vid. COBO DEL ROSAL, M., “Sobre la cuestionada prisión permanente revisable” 13 enero 2013 [en línea] http://www.lawyerpress.com/news/2013_01/prision_permanente.html

⁵⁸ Vid. JUANATEY DORADO, C. “Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable” *ADPCP*, VOL. LXV, 2012, pág. 143

⁵⁹ Cfr. MAPELLI CAFFARENA B.,...op.cit. pág.68

la PPR si bien es cierto que se concreta un mínimo temporal de prisión eficaz para poder realizar la revisión, el límite máximo deviene indeterminado en los casos en los que no nunca llegue a emitirse un pronóstico de reinserción social favorable. En estos casos, el límite superior coincide con la muerte del recluso, de modo que el límite máximo es absolutamente incierto pues no se puede prever con exactitud cuándo tendrá lugar el deceso. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, se vulnera el mandato de taxatividad cuando el límite máximo de una sanción queda absolutamente indeterminado en la norma.⁶⁰ Además en consecuencia, esta pena no cuenta con un marco en el que se establezca un límite máximo y uno mínimo, el tribunal no puede individualizar correctamente la pena al caso concreto impidiendo una adecuada proporcionalidad entre pena y delito. A consecuencia de esta rigidez se vulnera también el principio de igualdad del 14 CE ya que castigándose a varios sujetos por los mismos hechos a pena de PPR el tiempo máximo de permanencia en prisión que puedan soportar será distinto atendiendo a las circunstancias biológicas de los reos.

Para finalizar, estos autores alegan que la PPR atenta contra la prohibición de penas inhumanas y tratos inhumanos y degradantes propugnado en el artículo 15 CE y atenta contra la dignidad de los seres humanos del artículo 10 CE.

A este respecto se ha pronunciado el Tribunal Alemán (Sentencia del 21 junio de 1977) y el TEDH que han considerado que la prisión perpetua es inhumana si no se garantiza un horizonte de libertad al penado. No obstante, cabe decir que numerosas investigaciones criminológicas apuntan que la duración de la condena no ha de superar los quince años. A partir de este tiempo comienzan a aparecer graves trastornos en la personalidad del recluso además de ocasionarle padecimientos psíquicos de gran intensidad. En este sentido se ha pronunciado también en el ámbito nacional el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional⁶¹. Baste como muestra la sentencia del Tribunal Supremo 1822/1994, de 20 de octubre en su fundamento jurídico sexto:

“El desentendimiento de la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social, llevaría a un «trato inhumano» a quien, (...) se viese abocado a una situación de privación de libertad muy superior a los treinta años. Tal intensidad supondría una privación de oportunidad reinsertadora para el sujeto, una humillación o sensación de envilecimiento superior a la que acompaña a la simple imposición de la condena, trato

⁶⁰ Cfr. STC 29/1989, de 6 de febrero ;STC 129/2006, de 24 de abril

⁶¹ Vid. en el mismo sentido las STS 7-3-1993, STS 86/1995 de 27 de enero, STS 24-7-2000, STS 23-1-2000, STS 7-3-2001; STC 181/2004

inhumano y degradante proscrito por el artículo 15 de la Constitución [cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 65/1986, de 22 mayo ([RTC 1986\65](#))].”

En síntesis, de forma empírica se acredita que las penas largas de prisión deterioran de forma irreversible, el equilibrio emocional y psicológico de la persona. La pena de PPR prevista en nuestro ordenamiento establece unos límites temporales excesivamente elevados, a lo que se le suma la posibilidad del encarcelamiento de por vida. Por tanto se dan dos posibilidades, o no salir hasta la muerte o en el mejor de los casos salir sin proyecto vital desarrollado, excluido, aislado y sin recursos. En conclusión, con la imposición de una pena perpetua o de una duración que puede llegar hasta los treinta y cinco años inexorablemente se conculcan estos principios.



VI. MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

1. La Suspensión.

A) Cuestiones previas

Como se adelantaba, la pena de prisión se erige como la columna vertebral del sistema punitivo actual. Después de su apogeo en siglo XVIII comenzaron a hacerse perceptibles los efectos negativos que traía consigo aquella novedosa sanción lo que conllevó, al mismo tiempo, inevitablemente a su crisis.

La realidad aflictiva de la prisión, ha puesto en marcha una corriente humanizadora que busca respuestas alternativas menos dañinas. De este modo los sistemas penales actuales prevén mecanismos tendentes a evitar la aplicación de las penas privativas de libertad que no sean absolutamente necesarias. Esta corriente se plasma sobre todo en la evitación de la imposición de penas cortas de prisión, pues con las mismas no sólo no se puede resocializar al penado, sino que además puede suponer un riesgo de contagio criminal.

Frente a conductas poco graves, cabe aplicar por tanto medidas menos traumáticas, bien acudiendo a otras penas -sirva de muestra la multa-, o bien renunciando a toda la pena a condición de que el sujeto no vuelva a delinquir.

Hasta la última reforma operada por la L.O 1/2015 nuestro CP preveía dos figuras alternativas a la pena privativa de libertad: la suspensión y la sustitución. Tras la misma rige únicamente la suspensión, cuyo régimen jurídico se desarrollará minuciosamente a continuación.

B) Concepto

“La suspensión de la ejecución de la pena constituye un beneficio en virtud del cual se concede al penado la posibilidad legal de no ingresar en la cárcel, estableciéndose a cambio la sumisión a un periodo de prueba, sometido a una o a varias condiciones, de suerte que si la prueba se supera, la pena se entiende

definitivamente cumplida y si no es así, se procede a su cumplimiento siguiendo el régimen general."⁶²

Por otro lado, la sustitución tiene una naturaleza jurídica distinta, pues si la suspensión consiste en no ejecutar la pena a cambio de una condición, en la sustitución se cambia la pena de prisión por otra menos desocializadora.

La finalidad principal de estas figuras es la resocialización del delincuente. En estos casos debe prevalecer la función preventivo-especial de la pena (artículo 25.2CE). Una pena de privación de libertad de corta duración puede ser negativa de cara a la reinserción social del condenado, sobre todo cuando se trata de delincuentes primarios u ocasionales. Con la suspensión y la sustitución de la pena se evita que el delincuente primario sufra las consecuencias negativas que lleva aparejada el cumplimiento de este tipo de penas.

C) Nueva regulación legal

En cuanto a su regulación, podemos encontrarla en la Sección 1ª del Capítulo III del Título III ("De las Penas") del Libro I del Código Penal, en los artículos 80 y siguientes.

Con la L.O 1/2015 se produce una modificación sustancial del sistema de suspensión de penas de prisión. El objetivo del legislador ha sido dotarla de una mayor flexibilidad y facilitar una tramitación más rápida. Entre las principales novedades, se pueden destacar las siguientes: se introduce una mayor flexibilidad y discrecionalidad judicial en aras de concederle o no la suspensión al condenado; por otro lado, se introduce un nuevo y único régimen de suspensión, asegurando de este modo que jueces y tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión tiene que ser ejecutada de una sola vez, para lograr así una mayor celeridad en la ejecución de las penas; también se modifica el régimen de valoración del cumplimiento de la responsabilidad civil; se introduce como posible condición de suspensión el cumplimiento de lo acordado entre las partes tras un proceso de mediación en los casos en que legalmente sea posible; y finalmente, deben destacarse algunas mejoras técnicas en la regulación, como la concreción del momento de inicio de los plazos de suspensión y la imposición a jueces y tribunales del deber de

⁶² Vid. MAGRO SERVET, V. & SOLAZ SOLAZ E., *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución, y expulsión.*, Madrid: ed. La Ley, 2008, pág.36

resolver en sentencia sobre la posible suspensión de la ejecución siempre que ello resulte posible⁶³.

Finalizada esta pequeña introducción, se va a pasar a analizar detalladamente el nuevo régimen jurídico.

-Concesión de la suspensión

Como anteriormente se tenía previsto, la suspensión generalmente podrá acordarse en penas privativas de libertad no superiores a dos años. Sin embargo, la suspensión no es automática sino que serán los jueces y tribunales los que mediante resolución motivada la concederán cuando la ejecución de esa pena privativa no sea necesaria por razones de prevención especial. En este sentido, el artículo 80.1 del CP en su reformado apartado 2º prevé las circunstancias que han de tener en cuenta los jueces y tribunales a la hora de motivar su resolución: *“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 sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”*. Anteriormente el artículo 80 preveía que estos debían motivarlo en base a la peligrosidad criminal del sujeto, así como debía tener en cuenta la existencia de otros procedimientos penales contra éste. Efectivamente, en este sentido la reforma permite realizar una mejor valoración del caso concreto, teniendo en cuenta la dificultad que entrañaba prever la futura comisión delictiva basándose únicamente en esos dos criterios tan imprecisos. Se busca, por tanto, que la decisión vaya precedida de un estudio más profundo de la situación del ejecutado, teniendo en cuenta más factores.

En cuanto a las condiciones que han de concurrir para que el juez o tribunal conceda la suspensión variarán según las circunstancias del penado. Antes de la reforma, existían diferentes supuestos: la suspensión ordinaria, la suspensión para el caso de delincuentes drogodependientes, suspensión extraordinaria por enfermedad grave y la sustitución de la pena. En la actualidad se mantienen los citados supuestos,

⁶³ Vid. Preámbulo IV L.O 1/2015

pero no como figuras distintas que puedan ser objeto de reiterados recursos, sino como alternativas posibles a ese régimen único de suspensión.

En suma, para conseguir la **suspensión ordinaria** las condiciones requeridas son las preceptuadas en el artículo 80.2 del CP:

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

2.ª Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3.ª Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.

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

Los cambios producidos respecto a la regulación anterior afectan a los apartados 1º y 3º⁶⁴. Así, respecto al requisito de la primariedad delictiva, se añade que no se tendrán en cuenta tampoco los antecedentes penales por delitos que carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros, así como tampoco contarán las condenas por delitos imprudentes o leves, por lo que se amplían los supuestos en los que podrá concederse la suspensión. En este punto se pronuncia URBANO CASTRILLO que considera que con el término “delitos sin relevancia” se

⁶⁴ Anteriormente, estos requisitos venían regulados en el artículo 81 del CP

añade un concepto jurídico indeterminado que requerirá de jurisprudencia para aclarar su contenido.⁶⁵

Sin duda, con esta nueva redacción se eliminan los automatismos que llevaban al juzgador a denegar dicho beneficio en base a la existencia de antecedentes que no guardaban relación con el delito juzgado o resultaban irrelevantes a la hora de valorar la peligrosidad del penado.

La satisfacción de la responsabilidad civil sigue siendo un presupuesto para la concesión de la suspensión, con la modificación introducida en el apartado 3º se posibilita que quien carezca de bienes en el momento de la resolución judicial pueda ser beneficiario de la suspensión cuando asuma el compromiso de satisfacerla y de facilitar el decomiso acordado. *A sensu contrario*, la ocultación de bienes o el hecho de no aportar información sobre los disponibles o de no facilitar el decomiso acordado determinarán la revocación de la suspensión ya acordada⁶⁶.

En este punto el CGPJ realiza un juicio positivo pues, considera que esta modificación “*agilizará la ejecución de la condena penal, (...) y pondrá fin a la situaciones (...) donde, una vez obtenida la suspensión, el penado deja de pagar la indemnización o los plazos que le habían sido concedidos en la confianza que este incumplimiento posterior no puede suponer la revocación automática de la suspensión (...)*”⁶⁷. Con esta novedad, se pone término a este tipo de situaciones, pues si una vez concedida se procede al incumplimiento del pago se procederá irremediamente a la revocación de la suspensión. Asimismo, también es positivo el hecho de que el tribunal tenga en cuenta la capacidad económica del penado pues permite dar un trato más igualitario y justo.

A continuación, el artículo 80.3 CP prevé la **suspensión sustitutiva extraordinaria**. El legislador ha previsto la antigua sustitución como un supuesto excepcional en el que podrá acordarse la suspensión, a pesar de que el delincuente no sea primario y/o la pena o la suma de las impuestas exceda de los dos años de privación de libertad, cuando las circunstancias personales del condenado, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular su esfuerzo por reparar el daño, así lo aconsejen siempre condicionado a la reparación efectiva del daño o al pago de la indemnización o a el

⁶⁵ Vid. URBANO CASTRILLO, E., “La nueva regulación de la suspensión de las penas privativas de libertad” *Revista Aranzadi Doctrinal* num.7/2015 parte Tribuna, pág. 5

⁶⁶ Vid. Preámbulo lo 1/2015

⁶⁷ Vid. Informe del CGPJ,...op.cit.pág.75

cumplimiento de algunas de las prestaciones establecidas en el artículo 84 del CP (pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad).

En el apartado 4 del precitado artículo se regula **la suspensión por enfermedad muy grave con padecimientos incurables** en el mismo sentido que en la regulación anterior. Respecto a esta cuestión, algunos juristas consideran que la dicción del precepto adolece de una indeterminación que puede causar serios problemas, como ocurriría en el caso de enfermedades crónicas que, aun con padecimientos incurables, permitan al paciente hacer una vida normal y no entrañan riesgo para la vida.⁶⁸

El supuesto especial de **suspensión de delitos cometidos por drogodependientes** viene establecida en el apartado 5 de este mismo artículo:

“Aun cuando no concurran las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

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

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

Si bien, el primer párrafo se conserva idéntico respecto al anterior 87.1 CP, distinta dicción se da a su párrafo segundo, en él a diferencia de la pretérita redacción se amplían las posibilidades de aportación de pruebas no ciñéndose únicamente al informe del Médico forense. En el tercer párrafo de este apartado, se establece la condición necesaria que ha de darse para que el penado se beneficie de esta modalidad

⁶⁸ Véase, GISBERT GRIFO, S., “Ejecución de penas: suspensión y sustitución en la reforma del código penal” 19 de junio de 2015 [en línea] http://www.lawyerpress.com/news/2015_06/1906_15_007.html

especial de suspensión. La suspensión quedará supeditada al cumplimiento íntegro del tratamiento, sin embargo, como novedad, no se considerarán abandono las recaídas.

De otro lado, se suprime la obligación por parte de los centros responsables del tratamiento de facilitar al Juez información periódica sobre la evolución del tratamiento de deshabitación al que el penado drogodependiente se ha sometido. La desaparición de este último inciso fue criticada por el CGPJ en el informe del anteproyecto de la ley, pues considera que este deber de información potencia la seriedad y rigor del programa de deshabitación emprendido, controlándose a lo largo de la suspensión el comienzo del tratamiento, su evolución, las modificaciones que pueda experimentar, sin tener que esperar al término del plazo para conocer que el tratamiento no ha sido seguido y que, en su consecuencia, persiste el factor criminológico que le llevó a delinquir⁶⁹.

Por último prevé este artículo en su sexto apartado, “ *En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los jueces y tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena*”. En este sentido se critica, que no se escuche a todas las partes intervinientes en el proceso.

El plazo de la suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, y se fijará por el juez o tribunal, atendidos los criterios expresados en el párrafo artículo 80.1 . En el caso de suspensión de delitos cometidos por drogodependientes el plazo de será de tres a cinco años.

Otra de las novedades que se han introducido en este instituto jurídico son una serie de mejoras técnicas en su regulación las cuales vienen recogidas en el artículo 82. En este artículo se precisan aspectos técnicos olvidados en la legislación anterior. Pues bien, en primer lugar, con el fin de agilizar los trámites, a diferencia de la antigua regulación en la que la concesión de la suspensión se realizaba declarada la sentencia firme, ahora la concesión de la misma ha de resolverse en sentencia siempre que ello resulte posible. En los demás casos una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia a las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena.

Respecto al cómputo del plazo de la suspensión, en su apartado 2º este artículo prevé al respecto, que se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda. Si se

⁶⁹Véase. Informe del CGPJ,...op.cit.pág.88

hubiera acordado en sentencia, el plazo de la suspensión se computará desde la fecha en que aquella hubiere devenido firme. Con todo, no se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía. Los resultados de esta modificación han sido satisfactorios pues se alaba por parte de la doctrina la precisión del momento concreto a partir del cual cuenta el cómputo del plazo de la misma ya que ofrece seguridad jurídica a la cuestión.

El juez o Tribunal potestativamente puede imponer al penado “*cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delito*” el cumplimiento de una serie de deberes y prohibiciones “*sin (...) que resulten excesivos y desproporcionados*”. Resalta que la reforma no haya previsto en este inciso la obligación de no delinquir durante el periodo de suspensión.

Las condiciones vienen preceptuadas en el artículo 83 del CP, y se ha de señalar que se ha producido también en este punto un cambio sustancial. Los deberes y obligaciones señalados al efecto son los siguientes:

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

2.ª Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo. Prohibición polémica introducida con la reforma, hondamente criticada por parte de la doctrina pues se funda en la mera sospecha y supone una extralimitación de la pena, pues desemboca en un Derecho de policía, en el que se pone bajo sospecha más que al autor, a determinados grupos sociales y condiciones de vida. Con esta medida se estigmatiza no sólo al penado sino a determinadas personas que ni siquiera han tenido nada que ver con el hecho enjuiciado. Otro aspecto negativo de esta nueva

condición, es la dificultad que entraña la prueba de esa relación de peligrosidad entre la comisión de delitos por parte del penado y la relación con determinadas personas⁷⁰.

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

4.ª Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos. De modo similar al punto 2º, se trata de una prohibición excesivamente abierta e indeterminada, y que se apoyaría en meras conjeturas de futuro fundada también en apreciaciones subjetivas de riesgo y sospecha, por lo que también ha sido criticada. Según el CGPJ se “amplía de manera injustificada y desmesurada el radio de lugares prohibidos con respecto a lo que establece el artículo 48 CP para la pena de privación del derecho a residir, que es más adecuado en cuanto que en ese artículo 48 CP la selección de lugares de prohibida estancia encuentra una base objetiva; fundamento que es sustituido en el art. 83.4ª por apreciaciones subjetivas de riesgo y sospecha.”⁷¹

5.ª Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.

6ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.

Por último, se añaden dos nuevas condiciones a la suspensión en el apartado 7ª y 8ª de artículo.

7.ª Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos. Esta obligación entra en contradicción con el art.2.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica⁷², pues toda

⁷⁰Vid. Informe del CGPJ,...op.cit.págs.92-94; Cfr. RÍOS MARTÍN, J. “La pena de prisión...”, op.cit., págs.50-52

⁷¹Vid. Informe CGPJ...op.cit. pág.94

⁷² “Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.”

actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. Por ende, no se puede imponer la obligación a someterse a un tratamiento de esta entidad sin el consentimiento expreso del afectado. De otro lado, cuando la comisión delictiva esté vinculada a la drogadicción del penado se aplicaría el supuesto previsto en el 80.5 en la que la suspensión quedaría supeditado al sometimiento por parte del penado a un tratamiento de deshabituación.

8.ª Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos. Medida introducida con la reforma no prevista en el anteproyecto.

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

En caso de violencia de género se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1.ª, 4.ª y 6.ª del apartado anterior (art.83.2CP).

Asimismo, en su apartado 3 prevé que la imposición de cualquiera de las prohibiciones o deberes de las reglas 1.ª, 2.ª, 3.ª, o 4.ª del apartado 1 de este artículo será comunicada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que velarán por su cumplimiento y deberán informar de cualquier quebrantamiento o circunstancia relevante que influyese en la peligrosidad del penado. En el mismo sentido se pronuncia el apartado 4 que encomienda el control del cumplimiento de los deberes a que se refieren las reglas 6.ª, 7.ª y 8.ª del apartado 1 de este artículo a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria. Los cuales tendrán la obligación de informar trimestralmente al juez o tribunal de ejecución sobre el cumplimiento, en el caso de las reglas 6.ª y 8.ª, y semestral, en el caso de la 7.ª y, en todo caso, a su conclusión. Asimismo, deberán informar de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de futura comisión de nuevos delitos, así como de los incumplimientos de la obligación impuesta o de su cumplimiento efectivo.

La creación de un régimen único de suspensión trae consigo la supresión del artículo 88 CP encargado de regular la sustitución de la pena que ahora pasa a ser una de las alternativas del régimen único de la suspensión (80.3 CP), por lo que también podrá condicionarse la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de las prestaciones establecidas en el reformado artículo 84 CP, que son las siguientes:

- 1.^a El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.
- 2.^a El pago de una multa,
- 3.^a La realización de trabajos en beneficio de la comunidad

Sin duda, una de las aportaciones más novedosas es la introducción de la mediación. A través de esta reforma se reconoce por primera vez en nuestra legislación la mediación en la jurisdicción penal de adultos, pues esta figura ya estaba prevista en la L.O 5/00 reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Se abre el camino a un modelo de justicia reparadora.

De otro lado, para el supuesto en el que hayan cambiado las circunstancias que llevaron al juez o tribunal a aplicar los deberes y obligaciones – art. 83CP- o las prestaciones enumeradas en el 84 del CP, se podrá acordar el alzamiento de todas o alguna de las mismas, así como, su modificación o sustitución por otras que resulten menos graves.

-Revocación suspensión

El beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena puede revocarse, según el artículo 86.1, cuando el penado:

- a) Cometa un delito durante el periodo de suspensión que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.
- b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.

c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones impuestas conforme al artículo 84.

d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiere sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la LEC.

Este último apartado es acorde a lo postulado en el artículo 80 del CP en el que se exigía como condición para obtener la suspensión la satisfacción de la responsabilidad civil.

Se ha de tener en cuenta, que la nueva redacción dada distingue entre un incumplimiento grave y reiterado de las condiciones del 83 o del 84, de un incumplimiento menos grave. Mientras que la primera situación conlleva la revocación de la suspensión, la segunda, prevista en el apartado 2 de este mismo artículo, permite a los jueces y tribunales, imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas. Así como, prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

En caso de revocación, los gastos que el penado hubiera adelantado para la reparación del daño no podrán serle restituidos. Sin embargo, se abonarán los pagos y prestación de trabajos realizados conforme a las medidas 84. 1 numerales 2º y 3º.

Por otro lado, la decisión de revocar la suspensión se acordará oyendo al Ministerio Fiscal y al resto de partes, salvo urgencia por riesgo de reiteración delictiva.

-Remisión de la pena

En cuanto al fin de la suspensión, el artículo 87 establece que transcurrido el plazo de suspensión sin haber cometido un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas las reglas de conducta fijadas por el juzgador, éste acordará la remisión de la pena. En este sentido cabe destacar que no cabe cualquier comisión delictiva sino que la misma ha de guardar relación con el delito enjuiciado por lo que se facilita una mayor flexibilidad a la hora de acordar la remisión.

En caso de suspensión por drogodependencia para remitir la pena deberá acreditarse la deshabitación del sujeto o la continuidad del tratamiento. De lo contrario, el juez o tribunal ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá prorrogar razonadamente el plazo de suspensión hasta dos años.

D) Pros y contras a la nueva regulación

En primer lugar parte de la doctrina alega, que la subsunción de la sustitución dentro de la suspensión era innecesaria. Entre los motivos que se propugnan para defender esta tesis se encuentran, que en la nueva regulación propuesta no se concluye que no se puedan solicitar en distintos momentos las diversas modalidades de suspensión, quedando por tanto vacío de contenido el argumento esgrimido por el legislador pues nada aporta a “la mejora de la eficacia en la gestión de la justicia penal”.

Además se añade, que materialmente no existe justificación para la eliminación de la sustitución como figura autónoma, teniendo en cuenta que su funcionamiento debe ser considerado como exitoso. En este sentido, el informe de la Fiscalía General del Estado respecto al Anteproyecto cuestionaba explícitamente la desaparición de la sustitución de la pena como institución específica en los siguientes términos: “cabe cuestionar la necesidad o la oportunidad de emprender en estos momentos tan rotundo cambio, atendiendo singularmente al hecho de que las formas sustitutivas de las penas cortas privativas de libertad, tal y como las conocemos, se viene aplicando con absoluta normalidad”.⁷³

Por otro lado, esta nueva regulación de la sustitución como alternativa de la suspensión produce tres efectos negativos según RÍOS MARTÍN⁷⁴ respecto a la regulación anterior: en primer lugar porque se somete al penado a un período de suspensión durante el que estará sometido al control penal, a través del cumplimiento de una o varias condiciones. En el anterior régimen simplemente el penado se debía limitar a cumplir la pena impuesta; en segundo lugar, esta nueva situación puede dar lugar a que se haga cumplir la pena suspendida si se comete otro delito, siendo indiferente que sea grave o que sea leve. En cambio, cuando de haberse optado por la sustitución, en

⁷³ Extraído de, de “Propuestas de modificación del texto de reforma del código penal aprobado en el congreso. Propuestas de la subcomisión de Consejo General de la Abogacía española”(2015) [en línea]<http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=3979>, pág.13

⁷⁴Cfr. RÍOS MARTÍN, J. “La pena de prisión permanente...”, op.cit., págs.43-45

vez de por la suspensión, esto no hubiera ocurrido; en tercer y último lugar, el plazo de cancelación los antecedentes penales puede ampliarse al incluir la sustitución en la suspensión, puesto que la suspensión tiene prevista un plazo que puede abarcar hasta los cinco años y en la sustitución a partir de la fecha en la que se cumpliera la condena ya contaba a efectos de la prescripción.

Otro aspecto negativo es el relativo a la inclusión de nuevas prohibiciones que no obedecen a datos objetivos sino a meras presunciones que conllevan incluso al prejuzgamiento de ciertas personas o grupos sociales, lo cual va en contra de la dignidad de las personas.

Sin embargo, ello no es óbice para que la reforma haya supuesto finalmente una mejora respecto a algunos aspectos de la regulación anterior, aportando una serie de mejoras técnicas que han solventado algunos de los problemas de los que adolecían esta institución. Entre los aspectos positivos a destacar, encontramos, por un lado, la flexibilización de los requisitos exigidos para la concesión y revocación de la suspensión. En este sentido, se elimina el automatismo en su denegación a quienes tengan antecedentes penales, y se introducen criterios que permitan valorar al juez o tribunal todas las circunstancias concomitantes al caso para poder concretar de un modo más acertado la peligrosidad criminal del penado. Respecto a la imposición de deberes y prohibiciones estas habrán de aplicarse teniendo en cuenta su oportunidad y proporcionalidad. Por otro lado en lo concerniente a la revocación, el nuevo sistema diferencia entre incumplimientos graves y menos graves, permitiendo al juez o tribunal adaptarse mejor al caso concreto. Destacan, asimismo, la introducción de una pluralidad de medidas tendentes a optimizar la protección de las víctimas, así, en primer lugar, se garantiza el pago de la responsabilidad civil, pues excepto en caso de insolvencia, si se incumple esta obligación al constituirse ésta como uno de los presupuestos necesarios para su concesión, supondrá su revocación. Y por otro lado, en este mismo sentido, destaca la obligatoriedad de comunicar a la víctima la imposición de la prohibición impuesta al penado de aproximarse a ella, así como la imposición automática de determinados deberes y prohibiciones en los casos de violencia de género.

Prevé también la reforma, que no se entenderá como abandono del tratamiento de desintoxicación las recaídas, como lo era en el régimen vigente anterior. Para finalizar cabe mencionar también, la introducción de la figura de la mediación por primera vez en nuestro Código Penal.

En suma, se podría concluir que la reforma no ha supuesto una leve modificación de estos institutos jurídicos, sino que ha supuesto un profundo cambio respecto a la regulación anterior. Una modificación de tal magnitud implica algunos logros aportando precisiones antes inexistentes, pero también ha comportado cambios cuyas consecuencias son negativas para los ciudadanos.

2. Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio español

Esta forma de sustitución de la pena ha sido la única que no ha quedado absorbida por el régimen único de suspensión instaurado tras la reforma de la L.O1/2015, por lo que su regulación se encuentra diferenciada del mismo en el artículo 89 del CP, ello no obsta, a que a su régimen se le haya sometido también a importantes modificaciones.

Antes de inmiscuirnos en la novedosa regulación dada a esta figura, se han precisar algunos cuestiones previas que afectan a la misma.

Esta medida consiste en la salida coactiva del extranjero del territorio nacional junto con la prohibición temporal de volver a entrar en él mismo. La sustitución especial para penados extranjeros, a pesar de estar planteada como un subtipo de la sustitución, responde a un fundamento sustancialmente diferente, pues su implantación no responde en aras de la prevención especial.

La cuestión sobre su naturaleza jurídica no es pacífica en la doctrina, así unos defienden la vigencia de esta medida por los problemas de adaptación de los extranjeros y la dificultad que sobre los mismos entraña verificar una labor de reinserción o resocialización, así como otros, la justifican como medida útil para seleccionar la inmigración. Sin embargo, existen dos corrientes mayoritarias que dan una explicación a la razón de ser de esta medida: una opción político-criminal en la que prima una política de extranjería que pretende evitar que puedan permanecer en España o regresar quienes no reúnen los requisitos legalmente previstos para residir aquí. Esta opción se basa en la prevención general evita que la entrada en prisión sirva para mantener al sujeto en el territorio español; y la otra corriente apela más a razones de política

penitenciaria –desmasificar los centros penitenciarios- y a intereses económicos que de política criminal orientada a la consecución de un efecto preventivo general⁷⁵.

La expulsión no es una pena pues no viene contemplada como tal en el artículo 33 del CP, sino que es considerada como una medida de seguridad no privativa de libertad, aplicable tradicionalmente a extranjeros no residentes legalmente en España. Además, el carácter afflictivo o no de la expulsión dependerá no sólo de la pena que sustituya, sino según se imponga contra la voluntad o a petición del extranjero⁷⁶. En sus orígenes este mecanismo de sustitución era facultativo para el juez, pero tras la L.O 11/2003 se convirtió en una conminación legal dirigida al juzgador.

En cuanto a su régimen jurídico este viene recogido en el artículo 89 del CP el cual, como se vaticinaba, ha sufrido recientemente una modificación. Así, de un primer análisis del precepto reformado pueden hacerse las siguientes consideraciones:

En primer lugar se puede apreciar que en el apartado 1 se ajusta el límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería⁷⁷. Anteriormente el límite estaba previsto para penas de prisión inferiores a los seis años, ahora se limita el ámbito objetivo a penas de prisión de más de un año. Por otro lado, especifica el tipo de medida privativa de libertad a la que se puede aplicar esta sustitución que será la pena de prisión, desterrándose colateralmente las demás medidas privativas de libertad, en particular la responsabilidad subsidiaria por impago de multa y la pena de localización permanente.

Otra novedad es que se amplía el ámbito subjetivo, pues si anteriormente estaba prevista para los extranjeros no residentes legalmente en España, en la nueva redacción se utiliza sólo el término extranjero. Este último extremo en principio podría entrar en contradicción con algunos de los argumentos que se aducen a favor de esta medida, y es que si bien en el caso de los extranjeros ilegales se puede justificar la medida por la dificultad que entraña la reinserción por su falta de arraigo en el territorio nacional al afectar a extranjeros legales con arraigo social, familiar o laboral dichos argumentos pueden verse desdibujados. No obstante, salvando este escollo la ley en su apartado 4

⁷⁵ Cfr. MUÑOZ RUIZ, J., “La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 16-05, 2014, pág.8

⁷⁶ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito...*op.cit. pág.127-131; MAGRO SERVET, V. & SOLAZ SOLAZ E.,...op.cit.págs.152-154

⁷⁷ Art. 57.2 “Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.” Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. ref. BOE-A-2000-544

veta la posibilidad de la sustitución cuando a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada. Con la objetivación de las causas de expulsión se pone fin a la configuración de la expulsión automática pues la medida solo podrá acordarse cuando resulte proporcionada.

Se prevé como supuesto excepcional también la sustitución parcial. Será preceptiva siempre y cuando resulte necesaria para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza de la norma infringida, la pena efectiva en prisión no podrá ser superior a dos tercios de su extensión. Con todo, en cualquier caso se procederá a la expulsión cuando el penado acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional. A este respecto se echa en falta la intervención del Ministerio Fiscal, y es que en la redacción precedente había que oír al Fiscal en caso de que el Juez estimara que procedía cumplir la sentencia en España y además este era quien podía instar la expulsión en caso de condenas de prisión superiores a un año.⁷⁸

Asimismo, en los casos en los que la pena o penas excedan de los cinco años de prisión el juzgador podrá optar por una sustitución íntegra o, excepcionalmente, parcial, cuando sea necesario para salvaguardar los fines de prevención general negativa y positiva. Con la reforma se amplía el margen de discrecionalidad del juez o tribunal, en cuanto a la fijación de la duración y condiciones de la sustitución parcial, pues el juzgador podrá determinar libremente la parte de la condena que ha de cumplir en el territorio nacional. En otro sentido se manifestaba la redacción precedente pues las penas de privación de libertad superiores a seis años podían ser sustituidas por la expulsión, sólo una vez cumplidas las 3/4 partes de la pena, o conseguido el tercer grado. Por tanto, en estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional. Por otro lado la concesión de la sustitución se resolverá en sentencia o posteriormente previa audiencia al Fiscal y a las demás partes.

⁷⁸ Vid. SÁNCHEZ RIBAS, J., (2015) “Expulsión de extranjeros por vía penal. La reforma del art. 89 del Código Penal y sus efectos sobre las personas extranjeras.” 18 de julio de 2015 [En línea] <http://extranjeria.blogs.lexnova.es/2015/07/18/la-reforma-del-art-89-del-codigo-penal-y-sus-efectos-sobre-las-personas-extranjeras/>

En el apartado 4 se introduce la posibilidad, antes inexistente, de la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea reservada únicamente para aquellos casos en los que el autor represente una amenaza grave para el orden público. En atención a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros⁷⁹. Si además hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá su expulsión si ha sido condenado por delitos contra la vida, la libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexual, o terrorismo. En estos casos cabe también la sustitución parcial.

Respecto al plazo que tiene que concurrir para poder regresar a España se mantiene entre los cinco y diez años. Así como se mantiene en caso de expulsión el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el apartado 7 se prevé el cumplimiento de la pena sustituida en los casos en los que el extranjero incumpla la prohibición de regreso, salvo que, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario con motivo de la prevención general. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

En otro sentido, el juez podrá acordar el ingreso en un centro de internamiento de extranjeros cuando el extranjero no se encuentre privado de libertad. Cuando la expulsión no se pueda materializar, podrá o ejecutarse la pena inicialmente prevista o proceder a la suspensión de la ejecución de la misma.

Finalmente en el apartado 9 del artículo se añade, junto a los delitos contra los trabajadores (arts. 312,313y 318), una nueva exclusión para la aplicación de esta modalidad especial de sustitución el 177 bis que versa sobre la trata de seres humanos.

Recapitulando, los principales aspectos negativos derivados de esta reforma según una parte de la doctrina científica son: en primer lugar, consideran desproporcionada la expulsión de extranjeros legales, pues alegan que la misma violenta el principio de igualdad de trato proclamado en el artículo 14 de la CE, pues comportaría un trato

⁷⁹ Preámbulo IV L.O 1/2015

diferenciado, pues ante un mismo hecho delictivo las consecuencias serían distintas atendiendo a la nacionalidad del infractor.

En segundo lugar, se hace referencia a la mayor discrecionalidad dada a los jueces en la fijación de la duración y condiciones de la sustitución parcial en caso de penas superiores a cinco años, que según los mismos, puede acarrear discrepancia jurisprudencial. Otro aspecto negativo de la reforma es, no sólo mantener la posibilidad de decretar el ingreso en un Centro de Internamiento de los extranjeros que tengan residencia ilegal, sino incluso a los que la tengan legal.

Además, según NISTAL BURÓN “el hecho de que la medida sustitutiva de la expulsión sólo se pueda acordar en fase de sentencia, va a restar mucha funcionalidad a la expulsión, dado que la fase de ejecución es la más indicada para adoptar una medida (...) Y es que la posibilidad de la expulsión en fase de ejecución permite adecuar la proporcionalidad de la pena a la evolución del interno en prisión.”⁸⁰

Finalmente, como positivo se destaca la exclusión de la automaticidad de la medida al establecer el legislador un llamamiento a la individualización razonada de la expulsión, en la medida en que se deba tener en cuenta antes de proceder a la expulsión tanto el arraigo, los lazos que pueda tener el penado como las circunstancias del hecho. Por otro lado, al establecer el límite mínimo en penas superiores de prisión de un año se evita la situación anterior en las que se podía sustituir la pena por delitos inferiores a seis años de penas privativas de libertad que daba lugar a situaciones desproporcionadas y en las que se posibilitaba la sustitución en casos de responsabilidad subsidiaria y localización permanente. Al mismo tiempo al dejar fuera las penas inferiores al año los extranjeros se equipararan a los nacionales beneficiándose de medidas como la suspensión de la ejecución de la pena, lo que a su vez impedirá su la expulsión gubernativa en tanto no salde su deuda con la sociedad, “periodo de tiempo que, sin duda, el penado aprovechará para consolidar situaciones de arraigo laboral e incluso familiar que favorezcan su permanencia en España”.⁸¹

⁸⁰ Vid. NISTAL BURÓN, J., “El alcance en materia de expulsión judicial de la proyectada reforma del CP” *Diario La Ley*, N°8207, Sección Tribuna, 9 Dic. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY pág.8

⁸¹ Cfr. MUÑOZ RUIZ, J., “La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2014, núm. 16-05, p. 05:1-05:44

VII. LA LIBERTAD CONDICIONAL

1. Cuestiones previas

Otro de los puntos afectados por la reforma es el instituto jurídico de la libertad condicional.

Nuestro sistema penitenciario actualmente se instaura como un sistema de individualización científica⁸² según lo preceptuado en artículo 72.1 de la LOGP⁸³ aún vigente, en el que la libertad condicional pasa a constituirse como el último de los grados del sistema, como última fase del tratamiento penitenciario. Ésta figura se instituye, por ende, como un instrumento necesario para alcanzar el fin resocializador y reeducador que orienta las penas privativas de libertad según el artículo 25.2 de la CE.

La libertad condicional puede definirse como “*un instituto jurídico penitenciario que permite que el recluso, concurriendo determinadas circunstancias, pueda cumplir en libertad el último periodo de la condena siempre que durante dicho tiempo no vuelva a reincidir o incumpla las reglas de conductas que, eventualmente, se le hayan impuesto*”⁸⁴.

La modificación efectuada tras la reforma lejos de ser trivial implica un cambio sustancial en este instituto jurídico penitenciario, pues pasa a convertirse en una modalidad de suspensión. Deja de ser una forma específica de cumplimiento de pena privativa de libertad y pasa a ser una modalidad de la suspensión del resto de ejecución de la pena. La diferencia de naturaleza entre la suspensión y la libertad condicional es abismal pues mientras que la libertad condicional anticipa la salida de prisión, la suspensión intenta evitar el cumplimiento de penas cortas de prisión que pueden resultar innecesarias. Ambas figuras buscan, no sólo castigar, sino que también tienen como finalidad la rehabilitación del penado durante el cumplimiento de la condena.

Como se adelantaba, la libertad condicional hasta la reforma se constituía como el cuarto grado⁸⁵ del sistema de individualización científica. Sin embargo, existen

⁸² Pese a esa proclamación no se ha de obviar que aún se encuentra influenciado por el sistema progresivo, pues todavía existen algunas disposiciones que exigen determinados criterios temporales de progresión (vids.63 L.O.P.G, 43.3, 241 o 251 RP) véase a este respecto, MAPELLI CAFFARENA B., *Las consecuencias...*op.cit. pág.162

⁸³Art. 72.1 L.O.P.G “Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal.”

⁸⁴Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias...*op.cit.pág.169

⁸⁵ Primer Grado, corresponde a un régimen en el que las medidas de control y seguridad son más restrictivas (régimen cerrado); Segundo Grado se corresponde con el régimen ordinario; Tercer Grado coincide con el régimen abierto, en cualquiera de sus modalidades. Véase, [en línea] <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/clasificacion/sistemaGrados.html>

algunas razones por las cuales parte de la doctrina la consideraba como algo distinto al cuarto grado. Y es que este cuarto grado se diferencia de los otros tres en los siguientes aspectos: en primer lugar, porque los requisitos de concesión y revocación son distintos a los criterios de progresión y regresión de grado y en segundo lugar, por su diferente procedimiento y distinto régimen pues se cumple en libertad y se exige la previa obtención del tercer grado.

En consecuencia se dan diversas interpretaciones, un sector considera que es un beneficio penitenciario que consiste en la posibilidad de cumplir en libertad el último periodo de la condena; otro sector, lo asimila a la suspensión y sustitución y cree que es un medio alternativo a la pena de prisión; y por último, otro sector entiende que es una especie de libertad a prueba.⁸⁶

Terminadas estas breves precisiones se han de observar las modificaciones efectivamente perpetradas en los artículos 90 a 92 del CP, utilizando como referencia la clasificación realizada por la Instrucción 4/2015 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

2. Modalidades de libertad condicional.

El primer punto a analizar es el artículo 90.1 del CP que regula la modalidad de **libertad condicional básica**:

1. El juez de vigilancia penitenciaria acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado que cumpla los siguientes requisitos:

a) Que se encuentre clasificado en tercer grado.

b) Que haya extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta.

c) Que haya observado buena conducta.

⁸⁶ Vid. NISTAL BURÓN, J., “El nuevo régimen jurídico de la libertad condicional en la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal. De la teoría penal a la praxis penitenciaria.” Revista Aranzadi Doctrinal num.5/2015, pág.3

Para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, 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.

No se concederá la suspensión si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

La reforma suprime del apartado c) la exigencia del “y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67⁸⁷ de la LOGP”. Atendiendo a lo señalado en el 2º párrafo de este mismo artículo, el legislador prescinde del pronóstico favorable de reinserción social y somete la concesión de la libertad condicional al arbitrio del Juez de Vigilancia Penitenciaria que habrá de resolver tal cuestión en base a las determinadas circunstancias que envuelvan al penado, al delito cometido y a su comportamiento en prisión. Esta cuestión ha suscitado crítica por parte de determinados sectores que consideraban más acertada la anterior regulación, bien por un lado en base a que la existencia de un pronóstico individualizado, efectuado por los equipos técnicos implicados en el seguimiento del penado durante el cumplimiento de su pena, ofrece mejores garantías que la valoración independiente que pueda efectuar el Juez de vigilancia⁸⁸; y por otro lado, alegan que se tienen en cuenta variables para realizar el pronóstico que ya fueron tenidas en cuenta para condenarlo, como los antecedentes y las circunstancias del delito cometido y no aportan ninguna información sobre el futuro comportamiento en libertad del penado.⁸⁹

El requisito establecido en el párrafo 3º se mantiene igual que en la regulación anterior.

⁸⁷ Art. 67 LOGP “Concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional.”

⁸⁸ Cfr. NISTAL BURÓN, J., “El nuevo régimen jurídico de la libertad condicional...” op.cit. pág.5

⁸⁹ Cfr. RÍOS MARTÍN, J., “La pena de prisión permanente...” op.cit, pág.56

El apartado 2 del artículo pasa a regular la **libertad condicional adelantada**. Se traslada, por ende, con matices al apartado 2º de este artículo uno de los supuestos extraordinarios de libertad condicional antes preceptuado en el 91.1 CP. Así en primer lugar, se prevé la libertad condicional cuando se hayan extinguido 2/3 de la condena, y en segundo lugar mejorando la regulación anterior, se prevé para los casos en los que se hayan realizado actividades laborales u ocupacionales, bien de forma continuada o bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquéllas de las circunstancias personales relacionadas con la actividad delictiva previa, con lo que deja de exigirse el desarrollo continuado de actividades y pasan a tenerse en cuenta las efectivamente realizadas en las que se constate una mejora del penado. Además, se ha de tener en cuenta también que el legislador suprime el carácter excepcional de esta modalidad de libertad condicional adelantada dado en la redacción anterior.

Asimismo, también conserva la modalidad de **libertad condicional cualificada** del 91.2 CP en el segundo párrafo del reciente 90.2 CP. Invariable permanece su régimen, de este modo, a propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cuando el penado acceda al tercer grado y se observe buena conducta y haya desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales de forma continuada y la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar la libertad condicional hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento de pena.

En el apartado 3 del artículo se introduce un nuevo supuesto privilegiado, la **libertad condicional de presos primarios**.

Con carácter excepcional, el código dispone de un nuevo supuesto privilegiado de libertad condicional aplicable a los penados primarios –exceptuando a los condenados por delitos sexuales–, es decir, aquellos que cumplen su primera condena en prisión cuya condena sea de corta duración –menos de tres años–. Se concederá la libertad condicional cuando haya cumplido la mitad de su condena y se encuentre clasificado en tercer grado y se haya observado buena conducta. Del sentido de esta medida se desprende en cierto modo, una faceta del legislador más benévola que busca

ofrecer nuevas posibilidades a este tipo de delincuentes cuando presenten un pronóstico favorable de reinserción social.

Otra modalidad de libertad condicional es la prevista para terroristas y crimen organizado que pasa a regularse de forma idéntica al apartado 8 del artículo 90 CP.

En estos casos, *“(...) se requiere que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades,(...),lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.”* Además, no podrán aplicárseles tampoco la libertad condicional adelantada ni la cualificada, así como tampoco la libertad condicional prevista para penados primarios.

Por último, el actual artículo 91 CP pasa a regular la **libertad condicional de septuagenarios y enfermos incurables**, manteniéndose así esta figura de corte humanitario. Se distingue entre enfermos muy graves con padecimientos incurables y enfermos terminal en peligro inminente de muerte. En el primer caso se posibilita la concesión de la suspensión de la condena y la concesión de la libertad condicional cuando el penado cumpla los requisitos establecidos en el art.90 CP excepto haber extinguido $\frac{3}{4}$, o las $\frac{2}{3}$ o $\frac{1}{2}$ partes de la condena. De esta manera cuando le conste a la Administración la situación del interno elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al juez de vigilancia penitenciaria, quien, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.

Por otro lado, en su apartado 3 el artículo, prevé la concesión de la libertad condicional para los enfermos terminales en peligro de muerte, sin necesidad de cumplir ningún otro requisito y valorada su falta de peligrosidad sin más trámite que requerir al centro penitenciario el previo pronóstico final. Sin embargo, pese a que tradicionalmente no se requiere ningún requisito, con la reforma se añade un inciso en el que se obliga al penado a facilitar al servicio médico penitenciario, al médico forense, o

a aquel otro que se determine por el juez o tribunal, la información necesaria para poder valorar sobre la evolución de su enfermedad. Pues en caso de incumplimiento, prosigue el artículo, se procederá a la revocación de la suspensión.

Por último, en el artículo 92 del CP se prevé la **libertad condicional de los condenados a la pena de prisión permanente revisable**. En este punto nos remitimos a lo desarrollado en capítulos anteriores.

3. Procedimiento

Otro punto que ha sufrido una importante modificación es el relativo al procedimiento, el mismo queda recogido en el artículo 90 apartados 5 a 7:

Iniciación del expediente:

Viene regulada en el apartado 7, que versa de esta forma: *“El juez de vigilancia penitenciaria resolverá de oficio sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional a petición del penado. En el caso de que la petición no fuera estimada, el juez o tribunal podrá fijar un plazo de seis meses, que motivadamente podrá ser prolongado a un año, hasta que la pretensión pueda ser nuevamente planteada”*. La principal duda que ha suscitado el nuevo precepto es el relativo a la competencia para proponer la iniciación del expediente, pues si bien usualmente las propuestas de iniciación sólo podían realizarlas la Administración penitenciaria -que es quien dispone del expediente del interno y conoce cuando reúne éste los requisitos-, tras la reforma se amplía esta posibilidad, pues se posibilita esta facultad al penado. Según la Instrucción 4/2015 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias debe descartarse que la competencia exclusiva recaiga, tras la reforma, en la iniciativa del penado pues *“el precepto establece como alternativa, la actuación de oficio del juez de vigilancia, cuyo conocimiento puede ser activado por la remisión de expediente de propuesta de libertad condicional elevado por la Dirección del Centro Penitenciario.”*⁹⁰

Denegación de la suspensión:

⁹⁰ Instrucción 4/2015 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, pág.10

En el apartado 4 del reformado artículo, se habilita al juez de vigilancia penitenciaria a denegar la concesión de la suspensión de la ejecución del resto de la pena en los siguientes casos: 1) cuando el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; 2) no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; 3) o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 4) También podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta para alguno de los delitos previstos en el Título XIX del Libro II de este Código, cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado. Como se puede observar, este apartado guarda una gran similitud al 86.1 d) anteriormente estudiado en la suspensión, pues los motivos previstos en aquél para que el Juez o Tribunal anulará la suspensión son idénticos –excepto el 4º- a los aquí establecidos.

Especial mención merece la novedosa 4º causa introducida por la ley prevista para aquellos delitos contra la Administración pública (prevaricación, cohecho, tráfico de influencias, malversación, etc.) posibilitando la denegación de la libertad condicional cuando el condenado a estos delitos haya eludido la obligación de devolver las cantidades sustraídas del erario público o, en general, la reparación del daño económico causado a la Administración. La introducción de esta cautela forma parte del conjunto de medidas de lucha contra la corrupción, intenta responder así el legislador a la demanda social que exige nuevas y más eficaces medidas contra los delitos de esta índole que según todas las encuestas, se enarbolan como uno de las principales inquietudes de los ciudadanos⁹¹.

Concesión de la suspensión:

El apartado 5 regula su concesión, y añade que, “*resultarán aplicables las normas contenidas en los artículos 83, 86 y 87*”. La remisión a estos artículos confirma el cambio de régimen pues se remite a la regulación prevista para la concesión del beneficio de la suspensión. En estos artículos, concretamente, se hace referencia a

⁹¹ Vid. Encuesta Cis [en línea] http://www.cis.es/opencms/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html

[en línea] <http://www.cis.es/opencms/->

prohibiciones y deberes a los que se condiciona la suspensión, al régimen de revocación de la suspensión y a la remisión de la pena.

Asimismo, también se prevé, al igual que se hace en la suspensión, que el juez de vigilancia penitenciaria pueda proceder a la ulterior modificación de los deberes y prohibiciones adoptados así como acordar la imposición de nuevas prohibiciones o el alzamiento de las mismas, cuando se produzca un cambio de las circunstancias que motivaron esa decisión.

Revocación de la suspensión:

En este mismo apartado, se posibilita al Juez de Vigilancia Penitenciaria que revoque la suspensión y la concesión de la libertad condicional, cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada. Por otro lado, el apartado 6 establece que la revocación de la libertad condicional dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento.

En este sentido, se mantiene igual que en la redacción dada en el precedente artículo 93 del CP. Sin embargo, a continuación en el mismo apartado se establece lo siguiente *“El tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena.”* esta cuestión no es baladí, y es que se trata de una de las consecuencias que ponen de manifiesto la transmutación de régimen, puesto que anteriormente el tiempo pasado en libertad se computaba como tiempo de cumplimiento de condena. Sin duda este extremo es negativo para el penado, pues contribuye a una mayor inseguridad, ya que genera incertidumbre acerca de la duración efectiva de la condena.⁹²

En síntesis, si durante ese período de libertad condicional (o de suspensión de la ejecución del resto de la pena) comete un nuevo delito o incumple gravemente las condiciones impuestas, la libertad será revocada y deberá cumplir toda la pena que restaba. Por esta razón, el régimen de la libertad condicional pasa a estar regulado, en gran parte, por remisión a la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena.

Plazo de suspensión y extinción:

Para terminar, en cuanto al plazo de suspensión cabe decir que será de dos a cinco años, no pudiendo ser inferior a la parte de pena pendiente de cumplimiento.

⁹² Cfr. RÍOS MARTÍN, J., “La pena de prisión permanente...” op.cit.pág.56

Según Nistal Burón la regulación propuesta “*conduce a la grave consecuencia de perjudicar a los condenados a penas de menor duración, pues será en ellas donde se producirá el fenómeno de que el plazo de suspensión pueda exceder la duración de la pena restante*”⁹³. El plazo se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado.

A falta de previsión expresa en el artículo 90 hemos de remitirnos para analizar la cuestión al 87 CP. En consecuencia si, durante el tiempo de suspensión, el penado no reincide y cumple las condiciones impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento.



⁹³ Vid. NISTAL BURÓN, J., “El nuevo régimen jurídico de la libertad condicional...”op.cit.pág.16

VIII. CONCURSOS DE DELITOS

1. Cuestiones previas:

No siempre es pacífica en la praxis la determinación de la pena aplicable a un determinado supuesto de hecho, pues en ocasiones puede suceder que a la realización de un hecho le sean aparentemente aplicables varios tipos delictivos, en cuyo caso habrá que dilucidar cual habrá de aplicarse y en qué marco de pena. Pero, también se torna dificultosa esta tarea en los casos en los que un sujeto ha cometido una pluralidad de hechos delictivos por los que se le juzga unitariamente habiéndose de esclarecer si esos hechos forman una unidad subsumible una única vez en un único tipo delictivo cuyo marco penal se aplica o son subsumibles cada tipo en su respectivo tipo delictivo o en el mismo tipo delictivo por separado.⁹⁴

Este tipo de problemas se conoce por la doctrina con el nombre de *conurrencia*, y se distingue entre concurso de leyes y concurso ideal y real de delitos.

El concurso de delitos es aquel que se da cuando un mismo sujeto ha violado varias veces la ley penal y, por ello, debe responder de varios delitos.⁹⁵ Por ello se ha de prescindir del concurso de leyes –regulado en el art. 8 CP–, dado que en el mismo no concurren una pluralidad de acciones, sino una pluralidad de delitos aparentemente aplicables a un único hecho, acotándose la función del mismo a la búsqueda del tipo delictivo efectivamente aplicable, de ahí que reciba el nombre de *concurso aparente o inauténtico*⁹⁶.

En consecuencia, forman parte del concurso de delitos: el concurso real, que se da cuando a una pluralidad de hechos de un mismo sujeto constituye una pluralidad de delitos; y el concurso ideal cuando un solo hecho constituye dos o más infracciones, dentro de este concurso se prevé el concurso medial que es aquel en el que la infracción cometida es el medio necesario para cometer otra.⁹⁷

El código no dedica un apartado expreso y singularizado a los concursos, estos se encuentran regulados en la Sección 2ª, del Capítulo II del Título III del Libro I entre

⁹⁴ Cfr. CUELLO CONTRERAS J., *Derecho penal parte general volumen II teoría del delito (2)*, Madrid, ed. Dykinson, s.l, 2009, pág. 643

⁹⁵ Vid. COBO DEL ROSAL M. & VIVES ANTÓN, T.S, *Derecho penal ...op.cit.pág.763*

⁹⁶ Cfr. CUELLO CONTRERAS, J. *Derecho penal...op.cit, pág. 657*

⁹⁷ Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal parte general... óp. cit., págs. 640-646*

las reglas especiales para la aplicación de las penas en los artículos 73, 75 a 77. Dentro de estos tampoco distingue entre una y otra clase de concurso si no que han de deducirse del contenido de los mismos.

Ahora bien, tras la reforma de la L.O 1/2015 se ha producido una modificación también en lo que a concursos de delitos respecta, específicamente se ha modificado el artículo 77.3 del Código que pasa a regular la nueva penalidad del concurso medial.

2. Relación entre el concurso ideal y medial

Como se anticipaba, el Código penal asimilaba el concurso medial con el concurso ideal. Ésta no es una equiparación reciente, pues la misma se remonta a nuestros primeros Códigos penales.

El concurso ideal se halla regulado en el artículo 77 del CP, es el supuesto en el que un solo hecho da lugar a dos o más delitos.

El concurso medial, es aquel que tiene lugar, a diferencia del ideal, cuando se cometen una pluralidad de hechos diferenciados pero interconectados por una relación de medio a fin. Por tanto, el concurso medial constituye para la ley una modalidad de concurso ideal cuando la unidad de fin unifique los distintos hechos. El fundamento que respalda tal equiparación responde a la concepción de los clásicos que consideraban que constituiría una doble sanción de la misma voluntad castigar por separado los delitos unidos en el plan del autor. Como señala el Fiscal General en la circular 4/2015 apoyándose en la jurisprudencia del TS “El tratamiento penológico unitario con el concurso ideal se fundamenta en la ficción de que existe una unidad de acción basada en la unidad de pensamiento y voluntad.”⁹⁸

Para hablar de concurso medial ha de darse entre los delitos cometidos una relación medio-fin; el delito producido es el medio necesario para perpetrar el otro delito de manera que si no se hubiera cometido éste no se hubiera cometido el otro. Así viene reflejado por la propia dicción literal del Código que establece como presupuesto para que sea considerado concurso medial y no real que “uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro”, por lo que no bastará simplemente con la voluntad de su autor, sino que ha de darse objetivamente esa conexión instrumental. De este modo,

⁹⁸ Circular 4/2015, pág.2

los casos en que el único vínculo existente entre dos delitos sea la pre ordenación, el plan del sujeto, no podrán dar lugar al concurso medial.

Por ende, la dificultad para determinar la existencia del concurso medial estriba en dar un concreto contenido a la expresión "medio necesario", que exige el presupuesto del concurso. Se debe matizar el significado dado a la acepción "medio necesario", de tal modo que éste no supone, una necesidad lógica o causal. Que un delito sea una forma necesaria para cometer otro, no significa que sea imprescindible, pues, en este último supuesto, estaríamos más bien frente a un concurso de leyes⁹⁹. El Tribunal Supremo considera como un criterio seguro para la determinación de la "necesidad" comprobar si en el caso concreto se produce una conexión típica entre los delitos concurrentes.¹⁰⁰

Mención aparte merece el hecho de que parte de la doctrina y de la jurisprudencia tachen de poco acertada la equiparación penológica entre los concursos mediales e ideales y que consideren más próximo al concurso medial el concurso real dada la pluralidad de hechos cometidos, puesto que consideran injustificado el más benévolo tratamiento recibido siendo más acertado un tratamiento penológico más severo próximo al del concurso real. Para este sector nos encontraríamos ante una figura intermedia entre el concurso ideal y el real.

3. Reforma operada por L.O1/2015

Realizadas estas consideraciones previas sobre el concurso ideal y medial, se ha de examinar a continuación el reformado artículo 77 CP:

1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.

2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

⁹⁹ Cfr. JOSHI JUBERT, U. "Unidad de hecho y concurso medial de delitos" Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1992, pág.635 y ss.

¹⁰⁰Cfr. Circular 4/2015, pág.4-6

3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.

En primer lugar, como se auguraba, los apartados 1 y 2 permanecen inmutables, la novedad radica del apartado 3. Cambia el concurso medial no en su definición, sino en su punición.

El tratamiento penológico dado al concurso medial antes de la reforma, era análogo al del concurso ideal, estableciendo el art. 77.2 CP que en estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. En la pretérita transcripción del apartado tercero se disponía que cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado. Antes de la reforma se seguía el sistema de absorción con agravación, es decir, se imponía sólo la pena del delito más grave, aunque el marco penal se fijaba en su mitad superior. Por ende, se diferenciaba tanto del sistema de absorción, que comporta la aplicación directa de una sola penalidad, como del de exasperación, en el que se parte de un marco penal superior al del delito más grave. En este sentido, tras la reforma se continúa aplicando este sistema, aunque la agravación podría ser mínima.

En efecto, el nuevo apartado tercero articula una regla especial para la determinación de la pena en caso de concurso medial. Se define, de esta manera, un marco punitivo cuyo mínimo viene establecido por la pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave y cuyo máximo lo constituye la suma de las penas concretas que se hubieran impuesto a los delitos de haberse castigado por separado. Una vez determinado este marco cuantitativo constituirá una nueva pena, a la que habrán de aplicarse los criterios del art. 66, como mecanismo final de individualización a fin de abarcar el desvalor total del complejo

concurzal.¹⁰¹ Mas la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo 76 CP.

Como previamente se adelantaba, no toda la doctrina se hallaba conforme con la actual situación en la que recibía el mismo trato penológico la pluralidad de hechos, dada en el concurso medial, y la de un hecho que daba lugar a varios delitos, propia del concurso ideal, comenzando a decantarse hacia la tesis del concurso real. Por consiguiente, la doctrina mayoritaria entiende que el concurso medial es, en realidad, un caso de concurso real tratado más benévolamente. Con este motivo, el legislador ha intentado romper el esquema anterior endureciendo el régimen del concurso medial mediante la precitada reforma aplicando la “pena superior” de la pena más grave.¹⁰² A este respecto se debe traer a colación las recomendaciones del Consejo General del Poder Judicial hechas al anteproyecto, “si lo que realmente se quiere es endurecer el régimen jurídico del concurso medial se estima necesario estatuir, para este supuesto, la imposición de la pena superior en grado, con el límite de la suma de las penas correspondiente a cada una de las infracciones.”¹⁰³

Dichas recomendaciones se fundamentan en que los resultados de este nuevo sistema puede llegar al absurdo de castigar los hechos con una pena inferior a la que le correspondería conforme a la regla penológica prevista en la regulación anterior para el concurso ideal, produciendo, por ende, justamente el efecto contrario a lo buscado por el legislador. Precisamente en este sentido propone el Fiscal general que, en la praxis, “como orientación general, y en la medida en que la pena síntesis resultante lo permita, tenderán a concretar la pena final en una extensión que no sea inferior a la que correspondería al concurso ideal puro”¹⁰⁴.

¹⁰¹ Circular 4/2015, pág.13; GUARDIOLA GARCÍA, J. “El concurso de delitos en el proyecto de reforma del código penal análisis crítico.” *Revista del Instituto Universitat de investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV* 2013, pág.12

¹⁰² Circular 4/2015, pág.12

¹⁰³ Vid. Informe CGPJ...op.cit.pág.61

¹⁰⁴ Vid. Circular 4/2015 pág. 20

IX. CONCLUSIONES

Como se ha examinado, el sistema punitivo a lo largo de los últimos siglos, especialmente a partir del pensamiento ilustrado, y posteriormente tras consolidarse la nación como un Estado Social y democrático de Derecho, parecía abocado a culminar en un sistema penal más humano, racionalista y garantista en el que progresivamente se fueran imponiendo penas menos severas acordes con la dignidad humana y se restringiera, por ende, el uso de la pena de prisión. Mas la realidad confirma indubitablemente lo contrario, dado que a partir de la promulgación del Código Penal de 1995 se han llevado a cabo ingentes modificaciones legislativas, que han puesto de manifiesto una tendencia constante a endurecer las políticas penales en todas y cada una de las reformas efectuadas.

Palmariamente, el culmen de esta tendencia ha llegado a su punto más álgido en esta última reforma operada por la L.O 1/2015, recurriendo a una nueva modalidad punitiva como la prisión permanente revisable.

En primer lugar, respecto a esta nueva figura, cabe decir que resalta por su inidoneidad, pues no concurre una necesidad político-criminal para su implantación. Por lo que podríamos plantear que los verdaderos motivos que han llevado al legislador a su reintroducción se basan en las demandas sociales que reclaman un endurecimiento de las penas a causa de esa sensación de inseguridad generada en gran medida por la mediatización de determinados hechos recientes que han contribuido a debilitar la confianza en la Administración de Justicia. En consecuencia, hemos de ser críticos con este nuevo tipo aflictivo puesto que una medida de tal magnitud que incide directamente sobre los derechos más básicos de los penados como es ésta, y cuyo encaje constitucional es cuanto menos dudoso, ha de estar hondamente fundamentada, por lo que nos parece arriesgado que no existiendo indicios objetivos que auguren la necesidad de la misma se introduzca una medida de tales dimensiones por mero oportunismo político.

Sin embargo, esta tendencia no sólo se materializa con la introducción de esta medida, sino que también aunque de forma menos mediatizada ha afectado a otras figuras relevantes como son la suspensión, expulsión y libertad condicional, y ha introducido otras como los delitos leves.

Cabe añadir en segundo lugar, comenzando por los delitos leves, que si bien una parte de los operadores jurídicos reclamaban la supresión de las faltas, podemos concluir que finalmente no se han cumplido las expectativas aludidas en el preámbulo por el legislador. Por un lado, en cuanto a que el número de conductas despenalizadas ha sido ínfimo, y por otro lado, corolario de lo anterior, es que las conductas que no se han destipificado se han elevado a la categoría de delitos leves. Por ende se ha producido una injustificada transmutación de falta a delito leve, que tal como se representa puede valorarse como negativa, al reconvertir la falta en delito leve se ocasiona un mayor perjuicio a los ciudadanos. Consideramos este punto primordial, ya que en ningún momento se justifica esa elevación, si el objetivo era suprimir del Código penal aquellas conductas que por su escasa entidad no merezcan el reproche penal, es inadmisibles que lo que realmente haya ocurrido sea un endurecimiento encubierto del tratamiento de este tipo de sanciones.

En tercer lugar, respecto a la nueva regulación del régimen único de suspensión cabe decir que presenta notables mejoras respecto a la regulación anterior, pues se permite una mayor flexibilización favoreciendo una correcta individualización al caso concreto. Sin embargo, esta modificación también presenta oscuridades y es que la nueva condición de la sustitución como una modalidad de suspensión supone un claro perjuicio al penado. Por tanto, se puede calificar de poco acertada la subsunción de la sustitución en la suspensión, pues como se ha indicado es rotundamente más perjudicial para el penado además de resultar materialmente innecesaria pues se venía aplicando con absoluta normalidad. En este sentido, en concordancia con el Fiscal General, y la vista de los resultados debería haberse respetado la sustitución como figura autónoma.

En cuarto lugar, en lo que a la expulsión del extranjero se refiere, consideramos que las modificaciones son positivas, y es que aunque se haya producido una ampliación del ámbito subjetivo, al tener en cuenta nociones para su concesión como el arraigo en España, se excluye la automaticidad de la medida y se evitan situaciones desproporcionadas. También nos mostramos acordes con las medidas introducidas que otorgan una mayor discrecionalidad al juzgador en la fijación de la duración y condiciones de la sustitución parcial. Por otro lado, estimamos oportuna también la introducción del límite mínimo en penas de prisión superiores al año puesto que con

ello se evita la situación anterior en las que la expulsión podría resultar desproporcionada.

En quinto lugar, respecto a la libertad condicional, la modificación efectuada tras la reforma implica un cambio sustancial, dejando de ser una forma específica de cumplimiento de pena privativa de libertad y convirtiéndose en una modalidad de la suspensión del resto de ejecución de la pena. De otro lado resalta la muestra de una inusual y positiva benevolencia por parte del legislador en algunos de los aspectos, baste de muestra la nueva modalidad de libertad condicional para delincuentes primarios. Sin embargo, el grueso de la reforma se centra en el procedimiento, en este aspecto se hace palpable el cambio de naturaleza jurídica sufrida y es que el régimen de la libertad condicional pasa a estar regulado, en gran parte, por remisión a la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena. Finalmente, se podría concluir que las mejoras introducidas podrían haberse logrado sin alterar la naturaleza de esta figura y por tanto evitando algunos de los efectos negativos que acarrea la inverosímil unión. Parece por tanto innecesaria la forzada equiparación entre estas dos figuras tan distantes.

En sexto y último lugar, en lo referente al concurso de delitos, se crea una la regla especial para la determinación de la pena para el caso de concurso medial. El legislador ha pretendido con ello romper con el sistema precedente en el que se equiparaba penológicamente al concurso ideal. Sin embargo, estimamos que la reforma ha sido insuficiente, pues si *voluntas legislatoris* era agravar el régimen del concurso medial, debía haber seguido las recomendaciones del CGPJ y del Consejo de Estado e imponer la pena superior en grado y no simplemente una “pena superior” en la que la agravación podría ser mínima.

En síntesis, lo anterior confirma que la última reforma pese a contener algunas bondades como regla general ha endurecido el régimen penal. Por ello, hemos de posicionarnos en contra de esa orientación rigorista que está tomando la política-criminal en la que prevalece el ámbito emocional-vindictivo antes que las necesidades reales objetivas alejándose cada vez más de la racionalidad y del garantismo.

X. BIBLIOGRAFÍA

ANTÓN ONECA, J., "Historia del Código Penal 1848 y don Joaquín Francisco Pacheco", en *A.D.P.C.P.*, tomo XVIII, 1965.

ANTÓN ONECA, J., "Historia del Código Penal de 1822" en *A.D.P.C.P.*, tomo XVIII, 1965.

ARROYO ZAPATERO, L., "Lección novena Derecho Penal" en *Introducción al derecho*, coordinador PIETRO SANCHÍS, L., Ed. Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.

BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho Penal español Tomo 1: el sistema de la parte general*, Barcelona, ed. J.M.Bosch Edition, 2005.

BOLDOVA PASAMAR, M.A., "La desaparición de las faltas en el proyecto de reforma de código penal de 2013", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16-12, 2014.

BURILLO ALBACETE, F. J., "La cuestión penitenciaria del Sexenio a la restauración (1868-1913)", Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2011, en *Historia Contemporánea*, número 45, 2012.

BUSTOS RAMÍREZ, J. & HORMAZÁBAL MALLARÉ, H., "Pena y Estado" *Papers: Revista de Sociología 1*, 1980.

CEBERIO BELAZA, M. "El Gobierno usa el caso de un sicario chipriota para salvar la 'doctrina Parot'", *El País*, 15 abril 2013 http://politica.elpais.com/politica/2013/04/14/actualidad/1365968050_262954.html

Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la L.O 1/2015.

Circular 4/2015 sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos.

COBO DEL ROSAL, M. & VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General.*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

COBO DEL ROSAL, M., “Sobre la cuestionada prisión permanente revisable” 13 enero 2013 [en línea] http://www.lawyerpress.com/news/2013_01/prision_permanente.html

CUADRADO SALINAS C., “La mediación: ¿Una alternativa real al proceso penal?” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17-01, 2015.

CUELLO CALÓN, E. “¿Debe suprimirse la pena de prisión?” *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Ministerio de Justicia, serie 1, núm. 3, 1952.

CUELLO CONTRERAS, J. *Derecho penal parte general volumen II teoría del delito* (2), Madrid, ed. Dykinson, 2009.

CUERDA RIEZU, A., *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Barcelona: Atelier, 2011.

DEL CARPIO DELGADO, J., “La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal” *Diario La Ley*, N°8004, Sección Doctrina, 18 Ene. 2013, Editorial LA LEY.

DEL ROSAL BLASCO, B., “¿Hacia el Derecho Penal de la postmodernidad?”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 11 08, 2009.

DEMETRIO CUERPO, E., *Curso de Derecho Penal. Parte general*. Barcelona, ed. Experiencia, 2011.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “La nueva política criminal española.” En *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 1, Las reciente reformas penales: algunas cuestiones, Bilbao: Universidad Deusto, 2004.

“El TEDH sí avaló en 2008 una reforma legal en Chipre que supuso la condena a perpetuidad de un sicario local” *Europa Press*, Madrid 20 de octubre 2013, [En línea] <http://www.europapress.es/nacional/noticia-tedh-si-avalo-2008-reforma-legal-chipre-supuso-condena-perpetuidad-sicario-local-20131020113652.html>

“El Tribunal de Estrasburgo avala la cadena perpetua en Reino Unido porque tiene mecanismos de revisión” *Europa Press*, Madrid, 3 Febrero 2015, [En línea] <http://www.europapress.es/nacional/noticia-tribunal-estrasburgo-avala-cadena-perpetua-reino-unido-porque-tiene-mecanismos-revision-20150203140518.html>

Encuesta Cis [en línea] http://www.cis.es/opencms/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html

FERNANDEZ, M., “Reforma del Código Penal: Supresión de las Faltas” 2 Julio, 2015 [En línea] <http://www.sanahuja-miranda.com/es/blog/reforma-del-codigo-penal-supresion-de-las-faltas>

GALLEGO SÁNCHEZ, G., “El Proyecto de reforma del Código Penal; su incidencia en la fase de instrucción y la supresión de las faltas” *Revista de Jurisprudencia*, núm. 2, el 15 de octubre de 2014.

GAMIZ RUIZ, M. “La sustitución de la pena por expulsión a los extranjeros residentes en el proyecto de reforma del Código Penal” [En línea] <http://www.advocatsreus.org/wp-content/uploads/2014/04/Article-reforma-89-CP.pdf> ;

GIMBERNAT ORDEIG, E., “La reforma del Código Penal. Tribuna de Derecho”. *El Mundo*, 24 de abril de 2015.

GISBERT GRIFO, S., “Ejecución de penas: suspensión y sustitución en la reforma del código penal” 19 de junio de 2015 [en línea] http://www.lawyerpress.com/news/2015_06/1906_15_007.html

GÓMEZ COLOMER, J.L. & GONZÁLEZ CUSSAC J.L., *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Castelló de la Plana, Ed. Universitat Jaume I, 1997.

GONZÁLEZ COLLANTES, T., “¿Será inconstitucional la pena de prisión permanente revisable?”, *Recrim: Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, 2013.

GONZÁLEZ RUS, J.J., “Secuelas «colaterales» no pretendidas de la de la L.O 1/2015 de 30 de marzo, de reforma del Código Penal” *Noticias Jurídicas*, 1 de julio 2015.

GUARDIOLA GARCÍA, J., “El concurso de delitos en el proyecto de reforma del código penal análisis crítico.” *Revista del Instituto Universitat de investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, 2013.

Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Instrucción 4/2015 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias

JIMÉNEZ SEGADO, C., “Eliminar las faltas tiene delito (leve)” *Diario La Ley*, N° 8223, Sección Tribuna, 7 Ene. 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY.

JOSHI JUBERT, U., “Unidad de hecho y concurso medial de delitos” *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1992.

JUANATEY DORADO, C., “Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable” *ADPCP, VOL. LXV*, 2012.

“La mayoría de los españoles avala la cadena perpetua revisable” *El País*, 9 de febrero
[en línea]
http://politica.elpais.com/politica/2015/02/08/actualidad/1423425189_291517.html

Las claves del nuevo Código Pena” *El País*, 23 de diciembre de 2010 [En línea]
http://elpais.com/elpais/2010/12/23/actualidad/1293095823_850215.html

LEGANÉS GÓMEZ, S., “La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015”
Diario La Ley, Nº 8579, Sección Doctrina, 9 de Julio de 2015, ed.LA LEY 4613/2015,
extraído de [En línea] <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2015/07/bibliografia-articulo-doctrinal-la.html>;

Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. BOE-A-1979-23708

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, ref. BOE-A-2015-3439.

“LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal” 3 de Junio de 2015, [En
línea]<http://pdfs.wke.es/3/7/0/0/pd0000103700.pdf>

LÓPEZ MELERO, M., “Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución
penal” *Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá V*, núm.401-448, 2012

Los expertos desmontan los puntos clave del nuevo Código Penal”, *El País*, 31 de
marzo 2014 [En línea]
http://politica.elpais.com/politica/2014/03/30/actualidad/1396196487_576399.html

MAGRO SERVET, V. & SOLAZ SOLAZ E., *Manual práctico sobre la ejecución
penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución, y expulsión.*,
Madrid: ed. La Ley, 2008.

MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*. Navarra,
Editorial Aranzadi, 2005.

Ministerios de Interior, Madrid, 7 mayo 2015 [en línea]http://www.interior.gob.es/prensa/noticias//asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/3841907

MIR PUIG, S., *Derecho Penal parte general*, Barcelona: Ed. Reppertor, 7º Ed., 2005.

MUÑOZ RUIZ, J., “La expulsión penal. Nuevas tendencias legislativas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm.16-05, 2014.

NISTAL BURÓN, J. “El alcance en materia de expulsión judicial de la proyectada reforma del CP” *Diario La Ley*, Nº8207, Sección Tribuna, 9 Dic. 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY.

NISTAL BURÓN, J., “El nuevo régimen jurídico de la libertad condicional en la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal. De la teoría penal a la praxis penitenciaria.” *Revista Aranzadi Doctrinal* num.5/2015.

NISTAL BURÓN, J., “La duración del cumplimiento efectivo de la nueva pena de "prisión permanente revisable" introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal” *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2015, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015.

PACHECO GALLARDO, M., “Prisión permanente revisable”, *Noticias Jurídicas*, junio de 2014, <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/724-prision-permanente-revisable.html>.

PIETRO SANCHÍS, L., “La filosofía penal de la Ilustración española”, *Homenaje a Marino Barbero Santos in memoriam*, Ed. Universidad de Castilla la Mancha, Universidad de Salamanca, 2001.

“Propuestas de modificación del texto de reforma del código penal aprobado en el congreso. Propuestas de la subcomisión de Consejo General de la Abogacía española” 2015 [en línea] <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=3979>

RÍOS MARTÍN, J. (2014) “La pena de prisión permanente revisable. Sustitución y suspensión” en *Cuadernos penales José María Lidón*, Bilbao: Universidad Deusto, 2014.

RÍOS MARTÍN, J., *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*. Edición: Tercera Prensa-Hirugarren Prentsa, 2015

ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el Derecho Penal español*, Barcelona: Ed. Bosch S.L., 2007.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “¿Porqué la supresión de las faltas como infracción penal?”, 22 de Junio de 2015 [En línea] <http://www.legaltoday.com/leyes-en-tramite/reforma-del-codigo-penal/porque-la-supresion-de-las-faltas-como-infraccion-penal>

ROIG TORRES, M., “La cadena perpetua: los modelos inglés y alemán”. *Cuadernos de Política Criminal.*, núm. 111, España: Dykinson, 2013.

SAEZ RODRIGUEZ, C., “Evolución del Código Penal de 1995 hasta la reforma de Ruiz Gallardón. El Derecho Penal en la democracia. Balance” 2013 [En línea] <http://www.otroderechopenal.com/pdf/EvolucionCP.pdf>

SÁNCHEZ RIBAS, J., “Expulsión de extranjeros por vía penal. La reforma del art. 89 del Código Penal y sus efectos sobre las personas extranjeras.” 18 de julio de 2015 [En línea] <http://extranjeria.blogs.lexnova.es/2015/07/18/la-reforma-del-art-89-del-codigo-penal-y-sus-efectos-sobre-las-personas-extranjeras/>

SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “Legislación penal y penitenciaria entre 1936-1975” *Estudio doctrinal: boletín*, núm 1694-1695, 15 enero de 1994.

TÉLLEZ AGUILERA, A. “La crisis de la prisión: aproximación práctica a las nuevas fórmulas penológicas” *Anuario de la Facultad de Derecho Alcalá de Henares*, vol. 6, 1996-1997.

Una figura instaurada en 1822 y eliminada en 1928” *El País*, 21 de enero 2015 [En línea]http://politica.elpais.com/politica/2015/01/21/actualidad/1421873508_079804.htm

1

URBANO CASTRILLO, E. “La nueva regulación de la suspensión de las penas privativas de libertad” *Revista Aranzadi Doctrinal* num.7/2015 parte Tribuna.

VALLE RIVAS, J., “La codificación penal española en su contexto histórico” *Revista: Isagogé*, núm. 6, 2009.

VARONA GÓMEZ, D., “Percepción y elección del castigo en España: resultados a partir de la encuesta social europea (5. Ed.)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 111, 2013.

Índice jurisprudencial

STC 172/1989, 19 de Octubre de 1989

STC 29/1989, de 6 de febrero

STC 148/2004 de 15 de septiembre

STC 49/2006 13 de febrero

STC 129/2006, de 24 de abril

STS 7-3-1993

STS 86/1995 de 27 de enero