



IN S'PRAX IDE ET PRO

Revista

Julio 2014

34

Penal



Revista Penal

Número 34

Sumario

Doctrina:

- La Corte Penal Internacional y el propósito común: ¿Qué tipo de contribución es requerida por el artículo 25(3)d del Estatuto de Roma?, *por Kai Ambos* 5
- El proyecto de reforma del código penal de 2013. Algunas reflexiones político criminales, *por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Ana E. Liberatore S. Bechara* 19
- ¿Reglamentar o prohibir? Cuestiones abiertas ante la regulación jurídica del cannabis en Uruguay *por Pablo Galain Palermo* 34
- Presente y futuro de las insolvencias punibles, *por Alfonso Galán Muñoz* 54
- Las mujeres como víctimas de la denominada “violencia de género” y el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, *por Pastora García Álvarez* 83
- La (supuesta) supresión de las faltas en el proyecto de reforma del Código penal de 2013, *por Carmen López Peregrín* 102
- El ocaso de la pena de muerte en la Jurisdicción penal internacional. Un ejemplo para la abolición universal, *por Antonio Muñoz Aunión* 123
- La mujer en el umbral del delito, *por Miguel Ángel Núñez Paz* 131
- Algunas cuestiones en relación con la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en los delincuentes peligrosos, habituales y reincidentes en el Proyecto de Modificación del Código Penal 2013, *por M.ª del Valle Sierra López* 149
- Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control, *por Javier de Vicente Remesal* 170
- El modelo chino para el tratamiento de los delitos de bagatela, *por Yu Wang* 204
- Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, *por Gerhard Werle y Boris Burghardt* 212

Jurisprudencia:

- La sentencia del caso *Prestige* (Sobre la responsabilidad de las autoridades españolas), *por Carlos Martínez-Buján Pérez* 224

Sistemas penales comparados: Delitos de bagatela (The *de minimis* doctrine in criminal cases) 242

In Memoriam:

- Winfried Hassemer y la ciencia del Derecho Penal, *por Francisco Muñoz Conde* 293

Bibliografía, *por Francisco Muñoz Conde y Manuel Jesús Dolz Lago* 299

Noticias: Declaración de Göttingen sobre policía e investigación en Brasil 307



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Elisa Hoven (Alemania)	Manuel Vidaurre Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Marco Aurélio Florêncio Filho (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Yu Wang (China)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Francesco Diamanti (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Algunas cuestiones en relación con la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en los delincuentes peligrosos, habituales y reincidentes en el Proyecto de Modificación del Código Penal 2013

M.^a del Valle Sierra López

Revista Penal, n.º 34. - Julio 2014

Ficha Técnica

Autor: M.^a del Valle Sierra López

Adscripción institucional: Profesora Titular de Derecho penal. Universidad Pablo de Olavide

Title: Certain issues related to suspended prison sentences for dangerous, habitual or repeat offenders in the Penal Law Reform Project of 2013.

Sumario: 1. Introducción. 2. La suspensión de las penas privativas de libertad en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013. 2.1. El delincuente peligroso y la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (suspensión ordinaria). 2.1.1. El delincuente peligroso y los supuestos especiales de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. 2.2. El delincuente habitual tras las modificaciones en materia de suspensión de la pena en el proyecto de reforma. 2.3. El delincuente reincidente tras las modificaciones en materia de suspensión de la pena en el proyecto de reforma.

Summary: 1. Introduction. 2. Suspended prison sentences in the Penal Law Reform Project of 20 September 2013. 2.1. Dangerous offenders and suspended prison sentences (ordinary suspension). 2.1.1. Dangerous offenders and special cases for suspended prison sentences. 2.2. Habitual offenders after modifications of the subject of suspended sentences by the reform project. 2.3. Repeat offenders after modifications of the subject of suspended sentences by the reform project.

Abstract: The suspension of sentences has suffered serious modifications in the Penal Law Reform Project of 2013, such as the disappearance of a substitution measure for prison sentences, which can be seen as a type of sentence suspension, among other modifications. This investigation is aimed at dealing with the problems that would arise from the law reform plan for this subject. For that, this work analyses the law texts where the new figure of a sentence suspension is established and it studies the so-called ordinary suspension, as well as cases of exceptional and special suspension, particularly in regards to habitual delinquents, repeat offenders and dangerous criminals.

Key Words: Suspension of sentence, prison sentences, modifications.

Resumen: La suspensión de la ejecución de la pena ha sufrido cambios muy significativos en el proyecto de Reforma del Código Penal de 2013, como, entre otros, la desaparición de la figura de la sustitución de las penas privativas de libertad, que pasan a constituir una modalidad de suspensión. En este trabajo de investigación se abordan las cuestiones que se suscitan a raíz de la reforma prevista sobre esta cuestión. Para ello se lleva a cabo un análisis de los preceptos que contendrán la nueva figura de la suspensión de las penas privativas de libertad y se estudia la llamada suspensión ordinaria, así como los supuestos de suspensión excepcional y especial, concretamente en relación con los delincuentes habituales, reincidentes y peligrosos.

Palabras clave: Suspensión, penas privativas de libertad, modificaciones.

Observaciones: Trabajo de investigación realizado en el marco del Grupo de Investigación I+D+i DER2011-27473, dentro del proyecto denominado “Análisis crítico de la reforma de 2010 del Código Penal, con especial referencia a las incorporaciones en la Parte General y nuevas figuras delictivas”.

Rec. 22-02-2014 Fav. 18-03-2014

1. Introducción

La necesidad de dar soluciones a uno de los principales problemas sociales —la delincuencia peligrosa— viene siendo una constante en nuestros textos prelegislativos, y toma forma, aunque no definitiva, en la Ley 5/2010, de reforma del Código Penal. La propia exposición de motivos de la ley aludía a que “en determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que esta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia”. En esta ley se reconoce por primera vez en la legislación penal española con posterioridad al Código del 95 la necesidad de recurrir a las medidas de seguridad para combatir al delincuente imputable y peligroso. En esta línea de endurecer y buscar mayor eficacia en las soluciones al problema destacarían, por ejemplo, la introducción de la medida de libertad vigilada o los retoques a la pena de localización permanente. El Proyecto de reforma de 2013 sigue el camino trazado por la ley de 2010 y recrudece aún más las medidas de lucha contra esta clase de delincuencia, a la vez que afronta una importante reforma en materia de suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad bajo el razonamiento de otorgarles una mayor flexibilidad y eficacia.

El aumento de la preocupación social por el delincuente peligroso y las modificaciones en una institución tradicionalmente pensada para ofrecer alternativas a la resocialización de los sujetos justifican el interés por analizar el tratamiento legislativo y judicial de los delincuentes que en la actualidad constituyen el centro de atención (delincuentes peligrosos, habituales y reincidentes), en relación con la posibilidad de acceder al beneficio de la suspensión de la pena privativa de libertad.

2. La suspensión de las penas privativas de libertad en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013

El proyecto lleva a cabo una importante reforma en materia de suspensión condicional de las penas privativas de libertad¹. Como lo califica el Consejo de Estado, constituye una “profunda revisión”². Según la Exposición de Motivos del Proyecto, la finalidad es dotar a esta institución de una “mayor flexibilidad y facilitar una tramitación más rápida” de la misma. Es por ello por lo que se establece un régimen único de suspensión, pero manteniendo la suspensión ordinaria y la prevista para delincuentes drogodependientes y la sustitución de la pena, según la exposición de motivos, como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de la suspensión. Pero, como se afirma en el dictamen del Consejo de Estado, para que realmente tenga un auténtico reflejo, debería ir acompañada de su correspondiente reforma en materia procesal.

2.1. El delincuente peligroso y la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (suspensión ordinaria)

La preocupación por abordar eficaz y satisfactoriamente la peligrosidad del delincuente no es nueva y se remonta ya a varios siglos de existencia del Derecho penal; concretamente con el surgimiento de las medidas de seguridad y la aparición del sistema dualista.

En relación al concepto de delincuente peligroso, y dejando al margen conceptos de peligrosidad contrarios a los postulados constitucionales, la peligrosidad del sujeto debe ir referida a la comisión de delitos futuros, y por exigencias de nuestra legislación dicha peligrosidad debe partir de la comisión previa de un delito. La doctrina coincide en definir el peligro como “riesgo o contingencia inminente de que suceda algún

1 En este artículo no se tratará la problemática suscitada en el Proyecto de Reforma, a raíz de la consideración de la libertad condicional como una modalidad de suspensión de la pena.

2 Dictamen del Consejo de Estado de 4 de julio de 2013, pág. 109.

3 Por todos, Sierra López, M.V.: *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, ed. Tirant lo Blanch, 1997, págs. 82 y ss.

mal”. En definitiva, de esta definición se extraen dos elementos: la posibilidad o probabilidad de producción de un resultado y el carácter dañoso o lesivo de dicho resultado³. El peligro proveniente del sujeto constituye la probabilidad (gradual) de que se produzca un acontecimiento dañoso, y dicho peligro habrá de ser presente, pero con proyección hacia el futuro.

Como sabemos, el actual artículo 80.1 párrafo segundo del CP establece que para la concesión de la suspensión condicional de la pena debe valorarse por el juez o tribunal fundamentalmente la peligrosidad criminal del sujeto, aunque también la “existencia de otros procedimientos penales” contra el sujeto. Esta expresión ha sido criticada por la doctrina porque tales procedimientos penales pueden terminar en sentencia absolutoria o sobreseimiento⁴. Ahora bien, respecto de la valoración de la peligrosidad criminal, nada añade el legislador al respecto, por lo que el juicio de peligrosidad debe realizarlo el juez o tribunal, deduciéndolo de circunstancias objetivas. La peligrosidad criminal a la que se refiere el artículo 80, según la jurisprudencia, es entonces la referida a la probabilidad de comisión de futuros delitos (“posibilidad de volver a delinquir”), independientemente de la mayor o menor gravedad de los mismos (Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 22 de diciembre de 2009); pero en todo caso, dicha peligrosidad tiene que acreditarse en la resolución que deniegue la suspensión de la ejecución de la pena⁵. Por tanto, la peligrosidad criminal juega un papel especialmente relevante, hasta ahora, para la concesión o denegación de la suspensión.

En relación a las circunstancias objetivas que pueda valorar el juez, tampoco se pronuncia el texto legal⁶ (más allá de la existencia de otros procedimientos penales contra el sujeto).

La jurisprudencia enumera todas las circunstancias “que posibiliten una conclusión acerca del comportamiento futuro del reo cuales, especialmente, su perso-

nalidad, su vida anterior, las características de su infracción, su conducta después del hecho, sus circunstancias vitales y los presumibles efectos de la suspensión, de suerte que habrá que denegar la suspensión cuando de ese conjunto de circunstancias pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos” (Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 3 de octubre de 2009 [JUR 2009/203151]). Para determinar la peligrosidad criminal la praxis jurisprudencial también suele acudir, por ejemplo, al modo de ejecución del delito (Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 31 de marzo de 2010 [JUR 2010/243667]⁷).

El Proyecto de Reforma ha modificado el artículo 80.1, pues sustituye la referencia a la peligrosidad del sujeto por la expresión “cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delito”. ¿Supone esta nueva redacción un cambio significativo para la suspensión de las penas privativas de libertad? Desde luego, se está aludiendo a que se suspenderá la pena si se deduce que tal suspensión no implica un riesgo de comisión de nuevos delitos por parte del penado, luego evidentemente si la peligrosidad criminal consiste en el riesgo de comisión de nuevos delitos, solo se podrán suspender penas según la modificación realizada en el Proyecto de Reforma cuando no exista peligrosidad criminal en el penado. Por tanto, esta modificación puede considerarse sustancial, ya que, coincidiendo con el Informe de la Fiscalía General del Estado, el prelegislador parece estar pensando en un sujeto con peligrosidad nula o de escasa peligrosidad, por lo que reduce considerablemente el número de supuestos en los que poder aplicar la suspensión de la pena⁸. Concretamente estos supuestos quedarían reducidos a aquellos en los que la imposición de la pena ejerza el consabido efecto intimidatorio y es suficiente para evitar el riesgo de reincidencia. A partir de aquí

4 Ceres Montes, J. F.: “Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional”, en *Las últimas reformas penales, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, pág. 289.

5 Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla revocó la denegación de la suspensión en un supuesto en el que el Juzgado de lo penal n.º 9 de Sevilla había denegado la suspensión alegando únicamente la peligrosidad criminal del sujeto pero sin llegar a acreditarla en la resolución. Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de noviembre de 2010 [JUR 2010/63366].

6 Por ejemplo, el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de febrero de 2000, n.º 208/2000, identifica peligrosidad criminal con peligrosidad de la acción delictiva concretamente ejecutada.

7 En este caso se atiende, respecto al modo de actuar del sujeto, a aquello “que evidencia un especial atrevimiento y desprecio a la integridad física de las víctimas, al no importarle ejecutar su acción en casas habitadas, cuando su morador se encontraba en el interior, circunstancias que no aconsejan la concesión del beneficio interesado, y permiten apreciar justificada y razonable la decisión adoptada por la sentenciadora, y por ello la confirmamos en su integridad.”

8 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de L.O. por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 24 noviembre, del Código Penal (PDF: 1,041 Mb). Disponible en www.fiscal.es.

se demuestra la incongruencia de la nueva regulación de la suspensión de la pena si efectivamente se basa en supuestos de escasa peligrosidad, dado que, primero, carecería de sentido la imposición de deberes, prohibiciones u obligaciones ya que su razón de ser se encuentra en atender a exigencias preventivo-especiales (que la simple imposición de la pena no puede atender) y en los casos previstos en el proyecto no demandarían la imposición de tales reglas de conducta. Pero es que en segundo lugar la imposición de un plazo durante el cual el sujeto no debe delinquir, no tendría sentido, al bastar la mera imposición de la pena en estos supuestos en donde no hay o es mínima la peligrosidad del sujeto.

Al desaparecer la expresa referencia a la peligrosidad del sujeto, el prelegislador ofrece una serie de elementos que permitan al juez o tribunal valorar si otorga o no la suspensión. Precisamente los cambios significativos se producen en relación a las circunstancias que el Juez o Tribunal podrán valorar para dictar la resolución de suspensión.

De las escuetas contempladas en el artículo 80 del vigente Código Penal (peligrosidad criminal y la existencia de otros procedimientos penales contra el sujeto⁹) pasan a tenerse en cuenta: *“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 eje-*

cución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”. Desaparece la referencia a la existencia de otros procedimientos penales contra el sujeto como uno de los criterios a tener en cuenta para valorar la concesión de la resolución. En el proyecto de ley se autoriza al juez o tribunal a no tener en cuenta aquellos antecedentes que, a su juicio, no resulten significativos de una tendencia futura a la reiteración del delito. Como ya en su momento manifestaba el Consejo de Estado¹⁰, esta referencia deja en manos de los jueces la determinación de un factor esencial y determinante de la concesión de la suspensión, pudiendo generar con ello una evidente inseguridad jurídica.

Respecto de las condiciones que deben concurrir para conceder la suspensión, quedan establecidas en el apartado 2 del artículo 80, siendo condiciones necesarias aunque no suficientes, ya que la suspensión de la pena es una facultad discrecional del juez o tribunal. La primera de las condiciones consiste en *“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.”*. Aquí los cambios son pocos¹¹, unos

9 En relación a “la existencia de otros procedimientos penales” que menciona el actual artículo 80 del CP, por ejemplo, no se valoran igual aquellos procedimientos donde ya existe una acusación del ministerio fiscal y un acto de apertura de juicio oral ya dictado, que los procedimientos que estén en mera fase de diligencias previas. También según la doctrina han de tenerse en cuenta aquellos procedimientos donde el acusado esté o haya estado en situación de rebeldía y haya dado lugar a una suspensión del procedimiento, al igual que en los supuestos en los que la propia sentencia recoja en sus hechos probados otros procedimientos penales donde se hayan dictado medidas cautelares o sentencias condenatorias (por ejemplo, este podría ser el caso, en delitos de violencia de género o familiar para apreciar la habitualidad). También se tendrían en cuenta dentro de “otros procedimientos” los casos en los que a la hora de decidir la suspensión el sujeto tuviera antecedentes penales por condenas posteriores a la comisión de los hechos. Ceres Montes, J.F.: “Las reformas penales...”, págs. 289 y ss.

10 Informe del Consejo de Estado de 4 de julio de 2013, pág. 112.

11 La redacción del actual artículo 81.1^a es la siguiente: *“Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código”*. Como sabemos, esta primera condición ha suscitado varias cuestiones: la primera, si por delinquir habría que entender comisión de un delito en sentido estricto, excluyendo las faltas dolosas (cosa que mayoritariamente la doctrina entiende positivamente); la segunda, qué debe entenderse por delinquir (significando la existencia de sentencia firme que así lo establezca). Deteniéndonos brevemente en este punto, en teoría puede afirmarse cumplido el requisito de primariedad delictiva en supuestos en los que el sujeto haya cometido otros delitos dolosos por los que no haya recaído todavía sentencia firme; en la práctica el artículo 80.1 obliga a atender fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, por lo que la comisión de otros delitos puede entenderse como reveladora de la peligrosidad criminal y bloquear la concesión de la suspensión condicional de la pena. Como puede verse, para la suspensión condicional de la pena no se exige que estemos ante un delincuente primario porque, como hemos visto, es posible conceder la suspensión a sujetos que han delinquido anteriormente, aunque cierra el paso a la concesión de la suspensión de una pena, a delincuentes sobre los que haya recaído ya sentencia firme por un delito doloso. Para el legislador estos sujetos son peligrosos sin tener por qué ser ni delincuentes habituales ni reincidentes. Vid. Muñoz Conde, F./García Arán, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 8.^a edición, ed. Tirant lo Blanch, 2010, pág. 571; Gracia Martín, L. (Coord.): *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 4.^a edición, ed. Tirant lo

exigidos por coherencia con las modificaciones en materia de las actuales faltas, y otros por la necesidad de otorgarle a la suspensión un mayor campo de actuación.

En relación a la primera modificación, el prelegislador especifica que, además de no tener en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes, tampoco se considerarán las dictadas por delitos leves. Al desaparecer en el Proyecto de Reforma las faltas e incorporarse algunas de ellas a la categoría de delitos leves, es lógica esta matización, dada la escasa trascendencia de estas condenas y teniendo en cuenta además que actualmente no se tienen en consideración las condenas por faltas a efectos de acceder al beneficio de la suspensión de la pena. Finalmente sigue sin aclararse el momento a tener en cuenta para determinar si el sujeto tiene antecedentes penales (el momento de la firmeza de la sentencia o el momento de comisión del hecho que motiva la condena sobre cuya concesión se decida). Actualmente nuestra jurisprudencia opta por atender a este último¹². En relación a esta cuestión, el Consejo del Poder Judicial¹³ en su informe al Anteproyecto de Reforma apunta que la reforma viene a añadir nuevos elementos que mantienen la discusión: así, la referencia a los “antecedentes” del penado en el apartado 2 del artículo 80.1 del Proyecto como elemento a tener en cuenta para la concesión de la suspensión, parece aceptar que para determinar la primariedad delictiva se debe atender a la fecha de comisión del delito objeto de condena; mientras que el nuevo artículo 87.3, al establecer como supuesto de revocación de la suspensión que el penado haya sido condenado con posterioridad a la finalización del plazo de la suspensión por un delito cometido con anterioridad a la misma, parece que da a entender que la condición de delincuente primario ha de concurrir en el momento de decidir sobre la suspensión. Debería entonces aclararse en la tramitación parlamentaria del proyecto.

La segunda condición establecida en el artículo 81 del Proyecto consiste en “*que la pena o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en el cómputo la derivada del impago de la multa*”. Esta redacción ha sido valorada positivamente¹⁴ al mejorar la redacción actual (“que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años,

sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa”). Las dudas que se planteaban con la vigente redacción respecto de si a los efectos de considerar al sujeto como delincuente primario en el caso de que hubiera sido condenado por varios delitos en una misma sentencia concretamente tratándose de un concurso real quedan zanjadas: en estos casos también será posible la suspensión. Sigue dejándose claro que no se incluirá en el cómputo la responsabilidad subsidiaria a que daría lugar el impago de una pena de multa impuesta también en la sentencia, por lo que esta responsabilidad subsidiaria también sería susceptible de suspensión.

La última de las condiciones para otorgar la suspensión es “*que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieran originado y se haya hecho efectivo el comiso 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 comiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido*”. Respecto de este último, será la ocultación de bienes o el hecho de no aportar información sobre los disponibles o no facilitar el decomiso acordado lo que determina la revocación de la suspensión ya decretada. Y aquí la cuestión se centra en determinar el momento en que se considere incumplido, por ejemplo, el compromiso de pago del comiso acordado. El prelegislador no hace ninguna alusión a esta previsión temporal que es necesaria para dotar de mayor seguridad y certeza a dicho compromiso; previsión ineludible si se quiere valorar el posible incumplimiento. Por el contrario, hay que hacer una valoración positiva de la consideración como causa de revocación del incumplimiento de las responsabilidades civiles cuando se tiene capacidad económica para hacerlo, pues actuará como un fuerte estímulo para cumplir con estas obligaciones.

Resulta especialmente relevante la mención realizada en el apartado 4 del artículo 80: “*no se suspenderá la ejecución de las penas privativas de libertad superiores a un año cuando aquélla resulte necesaria para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito*.” La introducción de este apartado puede deberse a las recomendaciones llevadas

Blanch, 2012, págs. 343 y ss. García Arán, M.: *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, ed. Aranzadi, 1997, pág. 110.

12 STS de 17 de julio de 2000. Vid sobre esta cuestión Gómez Tomillo, M (Dir.): *Comentarios al Código Penal*, 2.ª edición, ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 389.

13 Vid. www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes

14 Informe de la Fiscalía General del Estado.

a cabo en el Informe de la Fiscalía General del Estado, en donde se criticaba la ausencia de toda referencia a consideraciones preventivo-generales que posibilitaran la denegación de la suspensión a pesar de existir una prognosis favorable (!). La expresión parece referirse a consideraciones preventivo generales integradoras o neorretribucionistas que colisionan claramente con la finalidad inspiradora de esta institución (la prevención especial), porque, aunque sea posible desde fines preventivo-especiales la concesión, no se suspenderá en atención a consideraciones preventivo-generales positivas. Este apartado resulta perturbador por dos motivos:

- En primer lugar, en atención a la nueva configuración de la suspensión de las penas privativas de libertad, como hemos visto anteriormente, el prelegislador ha configurado la institución sobre la base de un delincuente de escasa peligrosidad o de peligrosidad nula. Por ello, consideraciones preventivo-especiales avalarían la concesión de la suspensión, respaldada además por el hecho de que la imposición de la pena es suficiente para evitar riesgos de reincidencia. ¿En qué medida se afecta al orden creado por el Derecho (defensa del ordenamiento jurídico) si se suspende una pena privativa de libertad superior a un año y no superior a dos? No parece que tenga mucho sentido este correctivo a la prevención especial, salvo demostrando la prevalencia del derecho, acreditando su inquebrantabilidad a la vez que la preservación de la fidelidad al derecho de la población. Pero ¿cómo percibe un juez o un tribunal la posible conmoción de la fidelidad jurídica que la suspensión de la pena pueda generar? En países como Alemania, donde también está previsto este criterio corrector en la suspensión de las penas, jurisprudencialmente se considera que hay tres grupos de delitos en los que puede jugar un papel: delitos de conducción bajo efectos de bebidas alcohólicas, en los delitos “de cuello blanco” y en los delitos contra el orden estatal¹⁵. En relación al primer grupo, en España estos concretos delitos contra la seguridad vial tienen previstas penas de prisión de tres a seis meses, y por tanto no entrarían dentro de las consideraciones del apartado 4 del nuevo artículo 80. En definitiva, este criterio genera una gran inseguridad jurídica.

- En segundo lugar, las penas de corta duración deben ejecutarse solamente en supuestos especiales, pero en ningún caso condicionarse a las consideraciones anteriormente señaladas, es decir, preventivo-generales.

2.1.1. El delincuente peligroso y los supuestos especiales de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad

En relación a las diversas alternativas que ofrece la regulación del nuevo régimen de la suspensión, se mantienen el régimen de suspensión para delincuentes drogodependientes que hayan cometido el delito a causa de su adicción y la suspensión extraordinaria por enfermedad grave. La sustitución de las penas privativas de libertad pasa a constituir otro supuesto de suspensión. Esto último ha obligado a modificar el Capítulo III del Título III del Libro I del Código Penal, que pasa a tener tres secciones, aunque sin cambiar la rúbrica de la sección cuarta para que pase a ser la tercera.

En relación al régimen especial de la suspensión, el Proyecto de Reforma recoge dos regímenes especiales en los números 3 y 5 del artículo 80. En ellos se alude a un nuevo sistema de suspensión/sustitución y al ya conocido régimen de suspensión aplicables a drogodependientes y adictos. La excepcionalidad de ambos regímenes se encuentra en el hecho de exceptuar la aplicación de las condiciones 1.^a y 2.^a del régimen común de suspensión del artículo 80.2 del Proyecto. De esta forma podrán beneficiarse de ellos los delincuentes reincidentes y condenados a más de dos años de privación de libertad. Veamos los supuestos:

a) Régimen especial de suspensión/sustitución:

Hasta ahora, a diferencia de la suspensión, la sustitución de la pena privativa de libertad consiste en sustituir la pena privativa de libertad por otra (multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente), que será la que se cumpla. Los jueces o tribunales pueden sustituir las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad y, en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente. Excepcionalmente se pueden sustituir también las penas que no excedan de dos años siempre que se trate de reos no habituales.

¹⁵ Eser, A. y Burkhardt, B.: *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, ed. Colex, 1995, págs. 43 y 44.

Como ya sabemos, una de las novedades más significativas del proyecto de reforma es la regulación de la sustitución como un supuesto de suspensión¹⁶, siendo valorado positivamente al implicar una simplificación del régimen actual. Por tanto, estamos ante un único régimen (suspensión de las penas privativas de libertad) con distintas opciones, pero nada se establece en relación a si las mismas son o no excluyentes, de forma que la solicitud de una impida la posterior petición de otra. La regulación de esta alternativa suspensión/sustitución viene prevista en el apartado 3 del artículo 80:

“Excepcionalmente, aunque no concurran las condiciones 1.ª y 2.ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.

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

Como puede apreciarse de la lectura del precepto, a diferencia de los restantes supuestos de suspensión de penas privativas de libertad, aquí únicamente se permite la suspensión sustitutiva de penas de prisión que individualmente no excedan de dos años y siempre que no se trate de reos habituales; por tanto quedarían fuera de este supuestos la responsabilidad personal por impago de multa y la localización permanente. No se explica esta reducción, máxime cuando el régimen de sustitución en la actualidad alcanza a todas las penas privativas de libertad. Quizás el legislador sigue pensando en la sustitución de penas tal como está regulada en la actualidad, ya que hoy día, aun cuando la rúbrica de la Sección 2.ª se refiera a la sustitución de las penas privativas de libertad, solo es posible sustituir la de prisión, y ello porque en virtud de lo establecido en el artículo

53.1, al establecerse la posibilidad de que la responsabilidad personal subsidiaria se cumpla en forma de trabajos en beneficios de la comunidad o en régimen de localización permanente (esta última para supuestos de faltas), se está contemplando la sustitución de esta pena privativa de libertad¹⁷. En todo caso, en virtud de lo establecido en el artículo 71.2 del Proyecto de reforma, se mantiene la sustitución obligatoria cuando por aplicación de las reglas de determinación de la pena proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses. En estos casos, esta será sustituida por multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o localización permanente. Nada más dice el legislador, dejando sin regulación expresa los supuestos en los que se produzca un incumplimiento de las penas sustitutivas al desaparecer el apartado 2 del actual artículo 88¹⁸.

La modalidad de suspensión/sustitución se aplicará aun cuando no concurran las condiciones 1.ª y 2.ª del apartado 2 del artículo 80 del Proyecto, es decir, que el condenado haya delinquido por primera vez y que la pena, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años. Por consiguiente, el prelegislador expresamente permite que se aplique este supuesto especial de suspensión en el supuesto de penas de prisión inferiores a dos años, pero que sumadas excedan de dicha duración¹⁹.

Se incorporan a la nueva modalidad de suspensión algunos motivos fundamentales de la sustitución (concretamente, el esfuerzo para reparar el daño causado), creando una figura híbrida de suspensión-sustitución. El apartado 3 mantiene los criterios que permitirán al juez o tribunal decidir si procede a la suspensión: circunstancias personales del reo²⁰, la naturaleza del hecho, su conducta y en particular el esfuerzo para reparar el daño causado. En definitiva, son criterios que sirven para determinar la peligrosidad criminal del reo y, en el caso del último, referido a si el penado cumple con sus responsabilidades civiles.

Según establece el último párrafo del apartado 3 del artículo 80 del proyecto *“asimismo se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los números 2) y 3) del mismo precepto”*, es decir, el pago de una

16 En la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma se explica este cambio considerando que *“De este modo se pondrá fin a la situación actual, en la que habitualmente los Jueces y Tribunales penales se ven obligados a resolver de forma repetida sobre la procedencia de la suspensión o sustitución”*.

17 Vid. Gómez Tomillo, M.: (Dir.): *Comentarios al Código Penal...*, pág. 397.

18 El apartado 2 del actual artículo 88 establece: *“En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente”*.

19 En el vigente Código Penal no es posible la sustitución en estos casos.

multa y la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

Lo más llamativo de este nuevo régimen quizás sea el condicionar la suspensión de la pena al pago de multa o a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, consideradas como auténticas penas (artículo 33 del CP y del Proyecto de reforma). La propia Exposición de Motivos del Proyecto las sigue denominando así, a diferencia del texto del articulado que las denomina como “medidas” o “prestaciones o medidas” (arts. 80.3 y 84.1). A ello hay que añadir que el artículo 84 no vincula estas prestaciones o deberes al régimen especial de suspensión sino que establece su aplicación a la suspensión de la ejecución de la pena, con lo que también se añaden al régimen común de la suspensión. En cualquier caso, la multa y la realización de trabajos en beneficio de la comunidad dejan de ser substitutivos de la pena para convertirse formalmente en prestaciones o medidas a las que se condiciona la suspensión. No obstante, el condicionar la suspensión de la pena al pago de una multa debe criticarse duramente ya que una figura con un evidente contenido punitivo resulta difícil de utilizar como regla de conducta²¹. En todo caso, parece que el prelegislador se resiste a abandonar completamente el régimen de sustitución, ya que en estos supuestos se suspende una pena para cumplir obligatoriamente otra. Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial²² considera adecuada la posibilidad de aplicar estas dos penas denominadas aquí “prestaciones o medidas” y además sería la causa del distinto tratamiento respecto de la suspensión ordinaria (al constituir un tope infranqueable el límite de dos años).

Estas singulares prestaciones o medidas se regulan en el artículo 84 del Proyecto:

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

1) El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación; 2) El pago de una multa, cuya extensión determinarán el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración; 3) La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el Juez o Tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración”.

De las tres penas substitutivas, la que mejor se adecua a los fines resocializadores es la de trabajos en beneficio de la comunidad (satisface las finalidades preventivo-generales a la vez que a los intereses de reinserción del sujeto). Respecto de la multa, es la que menos puede servir como medida preventivo-especial a la pena de prisión. Y finalmente el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación, novedad introducida por el Proyecto, podría haberse incluido junto con las restantes deberes mencionados en el artículo 83. Precisamente resulta perturbador el artículo 84 en tanto en cuanto suponen otras prestaciones que excepcionalmente se puede imponer en la suspensión de la pena. Si el prelegislador estaba pensado en las mismas como medidas específicas para la modalidad de suspensión/sustitución, así debería haberlo aludido en el propio precepto, ya que este lapsus supone su inclusión en el conjunto de condiciones establecidas en el artículo 83 del Proyecto.

Este último precepto también ha sufrido modificaciones. En él se enumeran las condiciones (prohibiciones y deberes) a cuyo cumplimiento se podrá condicionar la suspensión de la pena²³. Algunas de ellas

20 Nuestra jurisprudencia viene considerando como circunstancias personales del reo: el desempeño de un puesto de trabajo, las cargas familiares, el tiempo transcurrido desde que cometió el delito por el que se solicita la suspensión. SAP de Sevilla de 30 de octubre de 2009 [JUR 2010/9352].

21 Prueba de lo que acabamos de exponer es que en el artículo 86.3 del Proyecto se prevé que en el caso de revocación de la suspensión “el Juez o Tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a sus apartados 2 y 3”. Obsérvese como mantienen el carácter substitutivo de la pena, carácter que por otra parte debe mantenerse para no vulnerar el principio *non bis in idem*.

22 Vid. www.poderjudicial.es/cgjp/es/Poder_Judicial/Consejo_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes

23 El artículo 83 del Proyecto de Reforma establece: “1. El Juez o Tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos. No podrán imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados:

1.^a Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o Tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada. 2.^a

son mera reproducción de las que ya contempla nuestro Código Penal vigente en su artículo 83, concretamente la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, la participación en programas formativos, laborales, o la comparecencia personal ante el juzgado o tribunal. Otras son precisiones de alguna ya prevista, como la prohibición de acudir a determinados lugares; y, finalmente, las restantes son una novedad incluidas en el Proyecto. Precisamente en relación a la prohibición de aproximarse a la víctima o familiares u otras personas determinadas por el Juez o Tribunal, la actual regulación añade la prohibición de comunicarse con ellas. El Proyecto de reforma no contempla, por el contrario, esta última prohibición. En este sentido, sería aconsejable rescatar esta prohibición a lo largo de la tramitación parlamentaria del Proyecto. Además, se introduce una nueva prohibición consistente en “*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*”. Como ya ha dejado claro el Consejo General del Poder Judicial²⁴, se trata de medidas muy criticables al basarse en meras sospechas y, en definitiva, consistir en la prohibición de contactar con aquellas personas que el sujeto decida. En este sentido, en su informe al Anteproyecto de Reforma el Consejo de Estado considera que esas meras sospechas deberían estar basadas en los hechos previstos en la sentencia. La regla tercera contemplada en el artículo 83 del Proyecto, modifica su redacción plasmándose como “*mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del*

juez o tribunal”; modificación motivada por la inexacta redacción que presentaba el Anteproyecto de Reforma de 2013 y que, a solicitud del informe del Consejo de Estado, incorpora una expresa referencia a las ausencias ocasionales o temporales.

La prohibición cuarta del nuevo artículo 83 supone también una modificación tendente a mejorar y precisar la actual contenida en la circunstancia primera del también artículo 83, que expresamente se refiere a la “prohibición de acudir a determinados lugares”, mientras que en la nueva redacción la prohibición queda referida tanto a fijar la residencia en un determinado lugar como acudir al mismo con la especificación de que siempre y cuando en estos lugares el sujeto pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos. Esta prohibición poseía hasta ahora una clara finalidad protectora de la víctima y en muchas ocasiones se podría imponer conjuntamente con la prohibición de aproximarse a la víctima o sus familiares. A partir de la reforma podría imponerse también conjuntamente con la prohibición primera del nuevo artículo 83 ya que ésta última parece referirse a una cierta temporalidad en el contacto y no necesariamente como único objetivo (“aproximarse”), mientras que la circunstancia cuarta ahora comentada viene referida tanto a una permanencia (“residir”) como a la finalidad concreta de presentarse o asistir a un determinado lugar (“acudir”). No obstante esta circunstancia, por su redacción puede incluir más supuestos, sobre todo por lo que se refiere a la prohibición de acudir a determinados lugares aunque en la prohibición ahora comentada no queda claro qué debemos entender por lugares (calles, barriadas, municipios, locales...) ²⁵. La función que se pretende cumplir con dicha medida es extraer al sujeto de su ambiente criminógeno y conseguir un cierto efecto rehabilitador,

Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo. 3.ª Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del Juez o Tribunal. 4.ª Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos. 5.ª Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el Juez o Tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine ante el Juez o Tribunal, para informar de sus actividades y justificarlas. 6.ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares. 7.ª Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos. 8.ª Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos. 9.ª Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.”

24 Vid. www.poderjudicial.es/cgjp/es/Poder_Judicial/Consejo_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes

25 En el mismo sentido y en relación a las obligaciones y prohibiciones que personalizan la medida de libertad vigilada, Acale Sánchez, M.: “Libertad vigilada” en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, pág. 155.

al mismo tiempo que garantiza la seguridad de terceras personas víctimas del delito. En definitiva se pretende conjurar dobles riesgos: tanto para terceros víctimas como para el propio sujeto. Y no necesariamente de manera cumulativa. En definitiva, es una medida con un claro carácter asegurativo que al igual que la anterior se basa en meras sospechas.

La circunstancia quinta en su nueva redacción añade la posibilidad de comparecer ante dependencias policiales, manteniendo la actual redacción (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) Con ella se trata de controlar al vigilado, para evitar posibles fugas. Es, por otra parte, una obligación similar a una de las formas de controlar la libertad provisional (artículo 530 de la LECrim.). La periodicidad de la presentación en el lugar designado será establecida por el juez o tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias del penado (horario laboral, por ejemplo).

La sexta circunstancia se refiere a la obligación de participar en determinados 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). Este deber tiene un carácter eminentemente rehabilitador, aunque lo más controvertido será su imposición como tal "obligación", pues sin consentimiento del penado no deberían imponerse programas formativos, culturales, laborales... Tampoco se explica que el derecho a la cultura, formación o adquisición de conocimientos técnicos o laborales se convierta en un deber para determinado tipo de sujetos. Además de la redacción abierta de este deber, tendrán que tenerse en cuenta, con una finalidad resocializadora y de integración social, las carencias y la opinión del sujeto. A fin de cuentas, el éxito del programa depende en gran medida de la motivación del sujeto.

La circunstancia séptima es una novedad. Consiste en el deber de participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos. A través de esta última vía podrían considerarse las ludopatías. Precisamente nuestro Tribunal Supremo ha considerado en algunos casos la dolencia de juego patológico como un trastorno de los impulsos o como una dependencia o adicción no tóxica (STS de 29 de abril de 1991).

Volviendo al análisis de la circunstancia ahora comentada, esta puede considerarse de las más conflicti-

vas, ya que implica una clara intromisión en determinados derechos fundamentales de la persona, por lo que no sería posible someterse a estos programas sin contar con el consentimiento del penado. Por otra parte, la predisposición del sujeto a dicha participación es fundamental de cara al éxito de los mencionados programas. Este deber tiene un carácter claramente terapéutico y pudiera estar pensado fundamentalmente para sujetos en los que pueda evidenciarse que la participación en estos programas disminuya sus posibilidades de reincidencia así como también su reinserción social.

La circunstancia octava también es de nueva creación (*"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"*). Otra vez estamos ante una importante intromisión en la esfera de libertad del penado. La circunstancia está pensada para casos en los que el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y evidencie una peligrosidad criminal. Desde el espíritu que da sentido a la nueva configuración de la suspensión de la pena no se comprende bien la introducción de esta obligación, dado que, como ya sabemos, en principio la suspensión está planteada para sujetos de escasa peligrosidad, y parece ser que este no es el caso. Quizás hubiera sido más acertada su introducción dentro de los delitos contra la seguridad vial como pena privativa de derechos.

Finalmente, la circunstancia novena mantiene la redacción actual, permitiendo al Juez o tribunal la posibilidad de imponer otros deberes convenientes para la rehabilitación social del penado, siempre que no atenten contra su dignidad personal.

El control del cumplimiento de estas prohibiciones y deberes viene regulado en el apartado 4 del artículo 83 del Proyecto, según el cual dicho control en relación a las reglas 6.^a, 7.^a y 8.^a del apartado 1 de este mismo artículo corresponderá a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración Penitenciaria. Mientras que del cumplimiento de las reglas 1.^a, 2.^a, 3.^a o 4.^a corresponderá a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (apartado 3 del artículo 83 del Proyecto de Reforma). Por el contrario, el prelegislador no ha determinado quién se encargaría del control del cumplimiento de las reglas contenidas en el artículo 84; reglas que, como sabemos, no sólo se pueden establecer para la suspensión sustitutiva sino también cabrían en los restantes supuestos. Para el Consejo General del

poder Judicial, las medidas 2.^a (multa) o 3.^a (trabajos en beneficio de la comunidad) serán necesariamente impuestas en casos de suspensión sustitutiva, mientras que la 1.^a (el cumplimiento del acuerdo alcanzado en casos de mediación) solo podrá imponerse si ha existido una mediación y un acuerdo.

De especial interés resulta la regulación de las modificaciones de las prohibiciones y deberes que tiene lugar en el nuevo artículo 85, el cual establece: “*Durante el tiempo de suspensión de la pena, y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el Juez o Tribunal podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme a los artículos 83 y 84, y acordar el alzamiento de todas o alguna de las prohibiciones, deberes o prestaciones que hubieran sido acordadas, su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas*”. La posibilidad de modificar las reglas de conducta es una novedad en la institución de la suspensión de la pena, y por cierto esta posibilidad recuerda en cierto modo a la establecida en materia de medidas de seguridad, aunque a diferencia de estas últimas, (donde, por ejemplo, en relación con la libertad vigilada, de acuerdo con las variaciones en la peligrosidad del sujeto y para una mejor adecuación de la peligrosidad con la clase de obligación/prohibición se permite al Juez o Tribunal sentenciador modificarlas, reducir la duración de la libertad vigilada o dejarla sin efecto o poner fin a la misma para el caso de remisión de la peligrosidad del sujeto), en la suspensión de la pena no debe ser la peligrosidad del sujeto o por lo menos no exclusivamente, la que determine las modificaciones. Ateniéndonos a lo establecido en el nuevo artículo 80²⁶ del Proyecto de Reforma, dado que para adoptar la resolución de suspensión se deben tener en cuenta “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 fueran impuestas”, hemos de extraer de aquí aquellas que puedan servir para proceder a las modificaciones de las reglas de conductas. Básicamente serían las circunstancias personales del penado, ya que las restantes referidas al hecho permanecerían inmutables. Circunstancias estas que deben ser tales que permitan siempre una mejora en relación a las prohibiciones o deberes impuestos. Por consiguiente se incluirían aquí o bien supuestos de remisión de la peligrosidad del sujeto o bien supuestos en los que un cambio en las circunstancias personales o familiares del sujeto hicieran excesivas las prohibiciones, deberes o prestaciones impuestas. El ámbito de las posibles modificaciones previstas en el artículo 85 es amplio, incluyendo el alzamiento de estas reglas o incluso la modificación hasta llegar a la sustitución de las mismas. El término “alzamiento”, que originariamente surge en el ámbito de las medidas de seguridad y como una modalidad en los posibles cambios a lo largo de su ejecución, es entendido como finalización de las mismas. En el ámbito de la suspensión de la pena, el artículo 85 está regulando diversos niveles de evolución del sujeto, flexibilizando las decisiones que en su día fueron adoptadas por el Juez o tribunal. Esta posibilidad constituye una novedad en nuestro Derecho positivo. En la configuración de este nuevo sistema se coloca en el vértice de la pirámide el alzamiento, que, en caso de adoptarse, supondría la finalización del cumplimiento de todas o algunas de las prohibiciones, deberes o prestaciones. En tal caso, las razones que dieron lugar a la imposición de las mencionadas reglas de conductas ya no pueden ser mantenidas (bien por una evolución positiva del sujeto, bien por un cambio irreversible de las circunstancias que motivaron la elección de una concreta prohibición: por ejemplo, la muerte de la víctima en relación con la prohibición de aproximarse a la víctima). En un segundo nivel se encontraría la modificación de las reglas de conducta, y dado que en ningún caso pueden producirse cambios más gravosos para el penado, la evolución del sujeto aconsejará no el

26 La redacción de este precepto en el Anteproyecto de reforma de abril de 2013 establecía: “Durante el tiempo de suspensión de la pena, y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el Juez o tribunal podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme a los artículos 83 y 84, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas”. El Consejo General del Poder Judicial en su informe consideró desacertado el precepto tal como estaba redactado ya que permitía agravar los deberes, prohibiciones, medidas o prestaciones, aun cuando las ya establecidas se estuvieran cumpliendo con éxito. Esta posibilidad supondría una clara vulneración del mandato de certeza que, transcribiendo lo manifestado por el Tribunal Constitucional, exige que el ciudadano “pueda conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever así las consecuencias de sus acciones”. Como hemos podido observar, el prelegislador, haciéndose eco de las críticas vertidas, ha modificado la redacción del precepto, permitiendo solo los cambios cuando estos no resulten más gravosos para el sujeto. Vid. www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes

alzamiento pero sí la modificación de las prohibiciones, deberes o prestaciones impuestas. El legislador no se refiere expresamente, tal como ocurre en el supuesto del alzamiento, a si las modificaciones deben producirse en todas o algunas de ellas, aunque por el sentido del término y el espíritu que se desprende de esta posibilidad parecería obvio que no hay inconveniente alguno en admitir las mismas opciones. Ahora bien, como el legislador establece un tercer nivel (la sustitución), las modificaciones deben ir referidas a cambios internos de la propia prestación, prohibición o deber. Siendo así, la modificación está dirigida a matizar, perfilar y concretar a título individual la regla de conducta, de manera que a través de esta opción haya el máximo nivel de ajuste tanto a las circunstancias personales del penado como a sus factores externos (familia, trabajo...). Desde esta perspectiva resulta muy acertada su expresa acogida legislativa. Finalmente, la última posibilidad será la sustitución de las prohibiciones, deberes o prestaciones, y, al igual que ocurre en el caso anterior, podrán sustituirse todas o algunas. Y dado que las modificaciones se explican como cambios internos dentro de la regla de conducta, la sustitución queda referida a permutas entre las propias prestaciones. Con ello el campo de actuación para los jueces o tribunales se amplía considerablemente, abarcando prácticamente todas las alteraciones que pueden producirse a lo largo del cumplimiento de las mencionadas reglas. No obstante, el prelegislador no ha previsto la posibilidad de oír al penado, cuando quizás hubiera sido conveniente, aunque la decisión última quedará en manos de los jueces.

En relación a la revocación de la suspensión de la pena, el artículo 86 del Proyecto lleva a cabo una descripción de los supuestos de forma más precisa. Según el texto legal:

“El Juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado: 1) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión o con anterioridad al mismo, y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. 2) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria. 3) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al

artículo 84. 4) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”.

Las condiciones para proceder a la revocación de la suspensión serán ahora más rigurosas, de tal modo que parece como si el legislador pretendiera que el penado mantuviera la situación de suspensión, siempre dentro de unos límites, restringiendo los supuestos en los que proceder a su revocación. Mientras que en la legislación actual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 84.1 se procederá a la revocación si el sujeto delinque durante el plazo de suspensión fijado, el nuevo artículo 86 del Proyecto exige que la comisión de un delito ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. Entiendo que esta es una precisión acertada ya que la comisión de un nuevo delito por parte del penado no tiene por qué revelar un mayor grado de peligrosidad y por tanto frustrar las expectativas creadas con la concesión de la suspensión. No obstante, el artículo 80 del Proyecto, al determinar qué se entiende por delincuente primario, excluye las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, por lo que el sentido del número 1 del artículo 86 debe referirse no solo a estos sino también a otros delitos que aun siendo dolosos o sin ser leves, tampoco frustren las expectativas creadas cuando se acordó la suspensión.

La segunda causa de revocación de la suspensión es el incumplimiento grave o reiterado de las prohibiciones y deberes impuestos o sustraerse al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria. En esta ocasión también resulta acertada la nueva redacción ya que el simple incumplimiento de las prestaciones no tiene por qué dar lugar, a partir del Proyecto, a la revocación de la suspensión. Por otra parte, al haberse regulado la sustitución de la pena como una modalidad de suspensión, desaparecerán a partir de ahora los problemas generados en relación al incumplimiento de las obligaciones o deberes impuestos de las penas sustitutivas²⁷. Concreta-

27 El problema que se plantea es si por incumplimiento de la pena sustitutiva debemos entender también el incumplimiento de las obligaciones o deberes impuestos o de los programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico. La doctrina se divide entre quienes entienden que dicho incumplimiento de los deberes o programas de reeducación y tratamiento cabría considerarlo como incumplimiento en parte de la pena sustitutiva y, por consiguiente, procedería la revocación de la sustitución, y quienes no lo consideran como un

mente, el prelegislador exige que dicho incumplimiento de las prohibiciones y deberes sea de forma grave o reiterada. Los criterios establecidos por el artículo 86 son dos: la reiteración en el incumplimiento y la gravedad del mismo. Respecto del primero de ellos hay obligaciones en las que únicamente su incumplimiento reiterado puede dar muestras de la voluntad hostil del penado (por ejemplo la participación en programas formativos, laborales, sexuales...) y en otras ocasiones será necesario el incumplimiento de varios de los deberes o prohibiciones para determinar la gravedad del incumplimiento. En caso de que dicho incumplimiento no pueda calificarse de grave ni haya existido reiteración, el apartado 3 del artículo 86 establece que se podrá imponer al penado, nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas o prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado. Sea como sea caso, el incumplimiento no grave ni reiterado de las prohibiciones o deberes a los que se refiere el artículo 83 así como de las condiciones establecidas en el artículo 84 permitirá tanto imponer otras diferentes como modificar las ya impuestas por otras más gravosas, justificado el cambio por el incumplimiento del sujeto.

La tercera causa de revocación viene referida al incumplimiento grave o reiterado de las condiciones que para la suspensión hubieran sido impuestas conforme al artículo 84. Es decir, el prelegislador específicamente quiere referirse al incumplimiento de las condiciones que se impongan a través de la modalidad de suspensión substitutiva. Finalmente, el último supuesto de revocación procederá cuando el penado “facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso hubie-

ra sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

b) Régimen especial de suspensión por enfermedad grave. Este apartado no ha sufrido prácticamente cambios, salvo que se suprime la referencia a que sean los jueces o tribunales sentenciadores quienes acuerden la concesión de la suspensión (aunque no altera el contenido de la competencia judicial).

El apartado 5 del artículo 80 establece que “*Los jueces y Tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.*” La redacción permanece prácticamente inalterable con respecto a la actual²⁸.

La redacción del precepto sigue siendo extremadamente generosa²⁹ si lo comparamos con otros supuestos similares, por ejemplo en relación a la libertad condicional³⁰. En la actualidad, para la doctrina la posibilidad de otorgar esta suspensión condicional surge siempre y cuando no se aprecie peligrosidad criminal en el sujeto³¹, ya que seguiría vigente esta exigencia genérica del n.º 1 del artículo 80 del CP, al entender que cuando el legislador alude en el artículo 80.4 a la expresión “*sin sujeción a requisito alguno*” se refiere a los requisitos recogidos en el artículo 81. Y así también lo entiende la jurisprudencia (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de noviembre de 2007,

incumplimiento, salvo para los casos de violencia de género, al estimar que no hay base legal para ello, y, realizando una interpretación analógica, aplican en lo posible lo establecido en el artículo 84. Vid. Gracia Martín, L. (Coord.): *Tratado de las consecuencias...*, pág. 342; Mapelli Caffarena, B.: *Las consecuencias jurídicas...*, pág. 144.

28 El artículo 80.4 establece: “*Los Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.*”

29 Por ejemplo, hay autores que equiparan estos supuestos de suspensión con el indulto particular. Mapelli Caffarena, B.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed. Thomson, 2011, pág. 134.

30 El apartado 1 del artículo 91, último párrafo, del Proyecto de reforma ha modificado la concesión de la libertad condicional. Se trataría de cumplir los requisitos mencionados en el artículo 90 del Proyecto, a excepción del de haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, las dos terceras, o, en su caso, la mitad de la condena. Esta última posibilidad no aparecía específicamente recogida en el actual Código Penal.

31 González Casso, J.: “La suspensión de la ejecución de las penas en dos supuestos especiales: los artículos 80 n.º 4 y 87 del Código Penal” en *Poder Judicial*, n.º 54, 1999, págs. 123 y 124; Colmenero Menéndez de Lúcar, M.: “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003”, en *Las penas y sus alternativas, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, págs. 204 y 205.

[JUR 2008/38746]³²). De acuerdo con lo establecido en el nuevo apartado 1 del artículo 80 del Proyecto, seguiría necesitándose acreditar esa falta de peligrosidad (o, como diría el texto legislativo, “cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”).

Como podemos ver la excepcionalidad de esta suspensión sigue siendo “a medias”: primero, porque la peligrosidad criminal del sujeto tiene mayor peso que las razones humanitarias; y, en segundo lugar, porque teniendo en cuenta la peligrosidad criminal del sujeto ya no sería una suspensión extraordinaria basada en razones humanitarias, sino en razones de peligrosidad criminal (que entre otros elementos, es a lo que hay que atender en la suspensión ordinaria).

El prelegislador sigue estableciendo una serie de requisitos para otorgar esta suspensión extraordinaria: el primero de ellos es que el condenado se encuentre aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. ¿Qué vamos a entender por la misma? Por tal no sólo vamos a entender la enfermedad del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), sino también otras que pueden englobarse en este concepto (por ejemplo, cáncer), aunque el texto legal no exige que constituya una enfermedad mortal a corto plazo, sino que produzca “padecimientos incurables”. Así por ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid entendió incluida en esta expresión el llamado “síndrome de dolor regional complejo” tipo I y II, que según el informe médico corresponde a una patología grave e irreversible. En el supuesto analizado en el auto, el sujeto presentaba una dolencia cuyo origen era un esguince de muñeca, y por el mismo fue sometido “a intervenciones sobre estructuras nerviosas y óseas de esa muñeca sin remisión del dolor, habiéndose producido la sección de alguna rama del nervio cubital que desencadenó el síndrome. [...] La sintomatología, según el facultativo, consiste en dolor muy intenso al simple roce. Tan intenso es el dolor que cuando se producen crisis el paciente no puede dejar de gritar ni siquiera con la administración directa de analgésicos. Tal situación obliga, además de la administración de fármacos analgésicos a base morfina, a la administración de medicamentos antidepresivos, tranquilizantes. Los efectos secundarios a tan compleja medicación producen en el

paciente un importante deterioro cognitivo, de su capacidad de relación, con períodos de somnolencia y adormecimiento, lo que conlleva a un síndrome depresivo. [...]” (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de noviembre de 2007 [JUR 2008/38746]).

En esta suspensión extraordinaria se considera sujetos peligrosos a los sujetos aquejados de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables que en el momento de la comisión del delito tuvieran ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Ciertamente estamos ante el supuesto excepcional de denegación de la suspensión: al condenado por un delito anterior al que se le suspendió su pena sin sujeción a requisito alguno, pena suspendida solo por encontrarse sufriendo una enfermedad muy grave y siempre que la pena anterior hubiere sido suspendida por el mismo motivo excepcional (aquejado de una enfermedad muy grave), se le deniega la suspensión de la pena por la comisión de otro delito. El supuesto recogido en el n.º 4 del artículo 80 no requiere ninguna de las tres condiciones exigidas en el artículo 81 (que el condenado haya delinquirido por primera vez, que la pena o penas impuestas o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, y que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas), pero sí establece un requisito: que en el momento de la comisión del delito no tenga ya otra suspendida por el mismo motivo (enfermedad muy grave). Este requisito convierte a esta opción en ampliamente generosa, realizándose, por parte de la doctrina, una interpretación restrictiva de los términos de forma que solo se conceda la suspensión por causas humanitarias. Con dicha condición el legislador pretende evitar la suspensión “en cascada”, y con toda lógica, ya que si el sujeto delinquiere en el período de suspensión de la pena inicial, la consecuencia sería la revocación de la suspensión e ingreso en prisión y no parece tener mucho sentido ingresar en prisión por una pena y al mismo tiempo suspender la otra. También con este requisito se aprecia la finalidad de la suspensión extraordinaria, que no es otra que otorgar la suspensión exclusivamente por razones humanitarias independientemente de la peligrosidad criminal y curiosamente esto es así porque la única razón que permite denegar

32 En el Fundamento Jurídico 2.º del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid se establece: “En el citado artículo 80 del CP fija a la cabeza de los criterios que debe tener en cuenta el Juez o Tribunal a la hora de suspender la condena, bien por la vía “ordinaria” del artículo 80.1 del mismo texto legal o por la vía “extraordinaria” del artículo 80.4, el de la “peligrosidad” del sujeto. Obsérvese que el legislador habla de “atender fundamentalmente a la peligrosidad criminal”. Es obvio que dicha peligrosidad criminal del sujeto deberá deducirse de la

la suspensión es que existiese ya una pena suspendida por el mismo motivo. Por tanto, suspendida una pena por razones diferentes a la enfermedad muy grave, podría concederse la suspensión de una nueva pena sobre la base de la enfermedad muy grave. No tiene mucho sentido esta redacción del precepto: en el caso de un sujeto cuya primera suspensión se concede conforme a las reglas generales y la segunda por causas humanitarias, la comisión del segundo delito demuestra un fallo en la prognosis criminal del sujeto (el sujeto ha vuelto a delinquir). Por contra, si la primera suspensión se realiza por causas humanitarias e independientemente de la peligrosidad del sujeto, se impide una segunda suspensión: las razones humanitarias solo pueden invocarse una vez. Esto puede entenderse, como decíamos al principio de este comentario, dada la extremada generosidad del texto legal. Pero no se entiende si comparamos los dos supuestos anteriores (suspensión general/suspensión extraordinaria y suspensión extraordinaria/suspensión extraordinaria). En este segundo supuesto, la comisión de otro delito convierte al sujeto en lo suficientemente peligroso como para entender que solo se puede atender a razones humanitaria una única vez, mientras que en el primer caso, no (aunque la causa de esta última suspensión sea, ahora, las razones humanitarias). La comisión de un nuevo delito que revela la peligrosidad del sujeto a pesar de su enfermedad³³, por una parte, y, por otra, una posible acumulación de suspensiones impiden otorgar la suspensión.

c) Régimen especial de suspensión condicional para drogodependientes.

El apartado 6 del nuevo artículo 80 del Proyecto establece:

“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 número 2 del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente

acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El Juez o Tribunal 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.”

En este ámbito, las novedades son las siguientes: en primer lugar, se suprime el trámite de audiencia a las partes (exigida en el actual artículo 87.1³⁴), supresión que no queda explicada en la exposición de motivos y que debería motivarse, ya que la resolución afecta a la ejecución de una pena privativa de libertad (lo que conculcaría el derecho fundamental de defensa del penado [art. 24.2 CE]) así como el derecho a la libertad personal (art. 17 CE). Igualmente se prescinde de manera incomprensible del informe previo del Ministerio Fiscal, encargado entre otras cosas de velar por los intereses públicos. En segundo lugar, el Proyecto de Reforma concede mayor libertad al juez o tribunal para ordenar las comprobaciones necesarias para verificar el seguimiento del tratamiento, suprimiéndose la exigencia de que se solicite en todo caso informe del médico forense. Finalmente, se suprime lo establecido en el artículo 87.2 en relación a que “*el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor*”, dado que la reincidencia no es condición optativa de este beneficio.

Según el precepto, puede acordarse la suspensión condicional de la pena aunque esta tenga una duración de hasta cinco años. La finalidad de esta suspensión extraordinaria es, como sabemos, principalmente preventivo-especial. Para un sector doctrinal la justificación de esta clase de suspensión extraordinaria se encuentra en dos razones: favorecer los programas de deshabitación extrainstitucionales (porque tienen más pro-

naturaleza del delito cometido, de los antecedentes delictivos del penado y del resto de circunstancias personales del mismo, tratándose de un pronóstico, siempre difícil, que ha de basarse en hechos anteriores, no suposiciones o prospecciones de futuro inciertas”.

33 En el mismo sentido, Gracia Martín, L (Coord.): *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, ed. Tirant lo blanch., 2006, pág. 310.

34 El artículo 87.1 del Código penal establece: “1. *Aun cuando no concurran las condiciones 1 y 2 previstas en el artículo 81, el juez o tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2 del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.*

El juez o tribunal solicitará en todo caso informe del Médico forense sobre los extremos anteriores”.

babilidades de éxito) y en segundo lugar por razones humanitarias, ante el problema que implica el consumo de drogas³⁵. En el apartado 6 del artículo 80 del Proyecto se establecen las circunstancias para encontrarse en tal suspensión extraordinaria, que también es potestativa: pueden concurrir o no las condiciones 1.^a y 2.^a del apartado 2 del mismo precepto (que el condenado haya delinquido por primera vez y que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años).

Sin audiencia de las partes, 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 n.º 2 del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir la suspensión.

Esta suspensión especial tiene lugar en supuestos en los que el sujeto, aun cuando no sea delincuente primario, haya cometido el delito a causa de su dependencia a alguna de las sustancias señaladas en el artículo 20.2 y siempre que se encuentre deshabitado o sometido a un tratamiento para tal fin. Nos encontramos ante un sujeto que no es peligroso o escasamente peligroso, por lo que la finalidad resocializadora exige la suspensión de la ejecución de la pena frente a una posible frustración de dicho fin si se produjera la entrada en prisión del sujeto³⁶. El apartado 2 del artículo 80 del Proyecto sigue exigiendo una relación causal entre el delito cometido y la dependencia del sujeto. Concretamente, el delincuente tiene que ha-

ber cometido el hecho a causa de su dependencia a alguna de las sustancias mencionadas en el artículo 20.2, es decir, "... bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos...". Por tanto, estaríamos ante una delincuencia funcional, en donde el sujeto delinque motivado por su dependencia, pero no se exige que haya sido declarado así en la sentencia que se ejecuta³⁷, aunque sí deberá constatarse esta relación de sentido dependencia-delito así como los demás requisitos de la suspensión extraordinaria en la ejecución de sentencia (Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 15 de marzo de 2010 [ARP 2010/1190]). Esta interpretación permitiría, por ejemplo, poder aplicar la suspensión de la ejecución de la pena en casos en los que el sujeto no tenga una adición o dependencia grave (como exigirían los artículos 21.1.^a o 21.2.^a, o incluso la atenuante analógica), sino leve, al entenderse que concurre entonces el presupuesto básico de la suspensión de la ejecución de la pena conforme al artículo 80.6 del Proyecto. Esto significa que la prueba de la dependencia del sujeto y la comisión del delito a causa de la dependencia cobran especial importancia. Tal es así que existe una importante jurisprudencia que detalla los criterios a utilizar para demostrar estos requisitos. Por ejemplo, y como demostrativa de la doctrina jurisprudencial en esta materia, destaca el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva de 15 de marzo de 2010 [ARP 2010/1190] en donde se establece:

"La prueba de la dependencia y de su relación con el delito puede provenir de fuentes muy diversas:

Cabe la acreditación testifical de (alternativa o cumulativamente) un consumo importante, reiterado y prolongado

35 Mapelli Caffarena, B.: *Las consecuencias jurídicas del delito...*, págs. 135 y 136.

36 Vid. Muñoz Conde, F./García Arán, M.: *Derecho Penal. Parte General...*, pág. 574.

37 Esta es la doctrina mantenida por la jurisprudencia. Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Huelva de 15 de marzo de 2010 [ARP 2010/1190]. En el auto se justifica tal interpretación sobre la base del siguiente argumento: "*Esta sola omisión pudiera parecer escasamente convincente para justificar la posibilidad de una suspensión dispuesta después de probar durante el período de ejecución de la condena la dependencia aludida; pero gana fuerza argumentativa al recordar que el artículo 93 bis del anterior Código Penal, por el contrario, requería expresamente que '... se ... [hubiese declarado] probada en la sentencia la situación de drogodependencia del sujeto, así como que la conducta delictiva fue realizada por motivo de tal situación. ...'. La ausencia actual de esta condición puede interpretarse como indicio concluyente de no ser exigible en el futuro.*"

El artículo 3.1 del Código Civil (LEG 1889, 27) menciona, entre los materiales que pueden y deben tenerse en cuenta al interpretar y aplicar las normas jurídicas, los antecedentes históricos y legislativos.

La omisión de uno de los requisitos que en la norma anterior se exigían expresamente para poder suspender la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad, avala la propuesta de que, de acuerdo con el Derecho vigente, ese antiguo requisito ya no condiciona la posibilidad de suspensión.

Si, por otro lado, se concibe la etapa procesal de ejecución como constitutiva de una modalidad de proceso distinta, que hace realidad lo resuelto en el proceso de enjuiciamiento, nada impedirá que en aquélla se debatan y decidan, en un proceso incidental subordinado, todas las cuestiones de naturaleza ejecutiva, como la suspensión del cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, con vistas a su remisión definitiva".

durante un considerable período de tiempo, que sugiera la compulsiva necesidad de la sustancia; conflictos personales, familiares, laborales o sociales producidos por ese consumo; manifestación, a terceros, de conciencia de la incapacidad de ponerle fin, a pesar de sus consecuencias perjudiciales.

Prueba documental (ratificada ante el Juez o Tribunal ejecutor, si fuere preciso) de internamientos asistenciales previos a la comisión del delito por intoxicación aguda o síndrome de abstinencia, o por sintomatología psiquiátrica secundaria a consumo de drogas de abuso, con acreditación de sus respectivas fechas, tratamiento prescrito, tiempo de seguimiento y resultado³⁸.

Como comentaba anteriormente, no es suficiente con probar la dependencia a drogas: también se requiere la prueba de la relación de sentido, o dicho de otro modo, hasta qué punto el acto realizado es tributario de la dependencia, hasta qué punto existe una relación causal entre la enfermedad del sujeto y el acto ilícito cometido.

En el párrafo 2 del apartado 6 del artículo 80 del Proyecto se establece que: *“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 deshabituación, también se condicionará la suspensión de la ejecución a que no abandone el tratamiento hasta su finalización”*.

En este caso, es decir, si el sujeto abandona el tratamiento de deshabituación antes de su finalización,

el legislador debería haber especificado (al igual que hace en los supuestos contemplados en el artículo 86 del Proyecto) que la revocación de la suspensión se condicione al incumplimiento reiterado³⁹, pues en caso contrario, el tratamiento del incumplimiento de las obligaciones en este supuesto excepcional es más severo que en los restantes supuestos. Además, se identifican las recaídas en las drogas con peligrosidad del sujeto, ya que en la inmensa mayoría de las ocasiones, estamos ante supuestos de delincuencia funcional, al ser causa de la revocación de la suspensión. Otra peculiaridad es el hecho de que, si transcurrido el plazo de suspensión el sujeto no ha delinquido, el Tribunal declarará remitida la pena siempre que se haya acreditado la deshabituación o la continuidad del tratamiento (apartado 2 del artículo 87 del Proyecto). En caso contrario, el Tribunal ordenará su cumplimiento *“salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años.”*; posibilidad ésta que ya está prevista en el apartado 5 del actual artículo 87.

Como ha puesto de manifiesto nuestra jurisprudencia⁴⁰ esta suspensión especial es de difícil concesión en casos en los que se haya disfrutado ya de una anterior suspensión especial (ya que ello sería indiciario de que el tratamiento de deshabituación no dio sus frutos: conseguir la deshabituación que a su vez es la causa de la comisión de delitos).

38 En dicha sentencia se analizan también otros requisitos a tener en cuenta: *“Los tratamientos posteriores a la fecha del hecho enjuiciado, si media excesivo tiempo, son de interpretación equívoca, ya que la dependencia pudo haber aflorado con posterioridad, aunque conviene recordar que el proceso de adicción se desarrolla siguiendo una línea de continuidad, sin poderse distinguir una fecha de corte cronológicamente identificable.*

Sujeción, antes de la comisión del delito, a tratamientos para superación de una dependencia de drogas de abuso: centro o establecimiento en que se sigue, facultativo director, método terapéutico, mecanismos de control de consumo, respuestas en caso de reincidencia.

La iniciación de tratamientos después de la perpetración del delito puede responder, sin duda, a una toma de conciencia del propio problema, pero cabe la duda de que responda a una estrategia para preconstituir fraudulentamente la prueba de la dependencia. En este sentido habrá que tener en cuenta:

– *el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y el estado del procedimiento penal, siendo especialmente sospechosas las demandas de incorporación a programas de recuperación tras el ingreso en prisión, sobre todo si no hay indicios anteriores de adicción;*

– *la competencia del centro o establecimiento y su carácter público o privado; la del director o coordinador del programa; la cientificidad del método terapéutico, su estrategia (de mantenimiento con suministro de sucedáneos o en régimen de abstinencia) y la previsión de mecanismos de control de consumo, a fin de evitar intervenciones de complacencia o de opción por programas sin verdadero compromiso deshabituador.*

El examen de la constancia documental de la información conseguida durante la instrucción y el juicio permitirá:

– *comprobar si, durante ella, el condenado precisó atención facultativa por haber padecido síndrome de abstinencia; y*

– *si el delito cometido responde a la tipología de los llamados instrumentales o funcionales para la adquisición de la droga de la que se depende.”*

39 Berdugo Gómez de la Torre, J.R.: “Alternativas a las penas de prisión. La libertad condicional. El tercer grado penitenciario y los problemas que plantea el artículo 36 del Código penal” en *Las últimas reformas penales. Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, pág. 199.

40 Ceres Montes, J.F.: “Las reformas penales en la fase de...”, pág. 301.

2.2. *El delincuente habitual tras las modificaciones en materia de suspensión de la pena en el proyecto de reforma*

El requisito primero del artículo 80.2 del Proyecto, en donde se regulan las condiciones para la suspensión ordinaria (haber delinquido por primera vez), impediría la concesión de la suspensión al delincuente habitual (conforme a la definición ofrecida por el artículo 94, que se mantiene ya que no ha sido modificado). No obstante, nada impide que puedan disfrutar de este beneficio en el supuesto de suspensión excepcional en casos de drogodependencias (artículo 80.6 del Proyecto), por lo que teóricamente pueden quedar incluidos en este régimen de excepción siempre y cuando se den los restantes requisitos del precepto comentado. Así también lo aprecia la jurisprudencia. Especialmente significativo es el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 15 de febrero de 2005 [JUR 2005/139594] en donde la resolución impugnada denegaba al condenado recurrente el beneficio de suspensión de ejecución de la pena de prisión por el argumento fundamental de que el penado referido era reo habitual, al haber sido condenado por delitos de los comprendidos en un mismo capítulo [del Código Penal] en un plazo no superior a cinco años, conforme a lo dispuesto en el artículo 94. En dicha sentencia se afirmaba:

“Una de las cuestiones en las que parece haber consenso implícito en la doctrina es en que la específica exigencia de homogeneidad de los delitos de los que se predica la habitualidad del reo, requerir que los tres o más que la integran se comprendan en un mismo capítulo, ha de entenderse referida precisamente al capítulo en que se incluya el delito por cuya pena se plantea la posibilidad de suspensión, y no a otro distinto; pues en tal caso no tendría sentido esa exigencia de homogeneidad, que si no se relaciona con el delito actual llevaría a consecuencias absurdas desde la perspectiva de prevención especial a que obedece el precepto, como sería la imposibilidad de conceder la suspensión al autor de un robo con fuerza en las cosas que en los cinco años anteriores hubiese cometido tres delitos contra la seguridad del tráfico y hubiese sido condenado por ellos.

De esta suerte, el concepto de habitualidad viene a constituir una forma de multirreincidencia, muy similar, salvo en el plazo temporal y en el ámbito sistemático de los delitos incluidos, a la establecida en la nueva regla quinta del artículo 66 del Código Penal, introducida por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, y que obviamente sólo puede referirse a delitos comprendidos en el mismo título y de la misma naturaleza que el que es

objeto de enjuiciamiento, lo que constituye un argumento adicional de interpretación sistemática. Del mismo modo, la tan aludida reforma del artículo 94, al despejar en sentido afirmativo las dudas acerca de si en los tres delitos integrantes de la habitualidad ha de computarse también aquél por cuya pena se plantea la posibilidad de suspensión, viene a reforzar la idea de que la homogeneidad delictiva ha de referirse a este último delito.”

En definitiva, la referencia al delincuente habitual en el proyecto se lleva a cabo en la modalidad de suspensión/sustitución y, exceptuando que el artículo 94 del actual Código penal no ha sido modificado, se sigue manteniendo la definición de delincuente habitual a los efectos previstos en el capítulo III del Título III del Proyecto de Código Penal. Dicho lo cual, nada impide, al igual que ocurre en la actualidad, que el delincuente habitual pueda disfrutar del régimen excepcional de suspensión de la pena: en casos de sujetos drogodependientes y en supuestos en los que el penado se encuentre aquejado de una enfermedad grave.

2.3. *El delincuente reincidente tras las modificaciones en materia de suspensión de la pena en el proyecto de reforma.*

La reincidencia es un concepto normativo, jurídico. Reincidir en el delito significa volver a delinquir, pero el hecho de cometer un segundo delito no tiene por qué dar lugar la reincidencia. De hecho, el legislador exige una serie de requisitos para afirmar la reincidencia. El Código Penal de 1995 considera la reincidencia como una circunstancia agravante y con sus mismos efectos. El Proyecto de reforma de 2013 lleva a cabo una modificación del concepto en virtud de la nueva redacción del número 8 del artículo 22 del Proyecto:

“Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves.

Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado, o pudiera serlo con arreglo al derecho español”.

a) En primer lugar el reincidente ha debido ser condenado ejecutoriamente.

Para ser reincidente no basta con haber delinquido: será necesario haber sido condenado y además ejecutoriamente, por lo que este nuevo delito tiene que ser pos-

terior a la sentencia ejecutoria⁴¹, es decir, el culpable ha debido ser condenado por sentencia firme.

b) En segundo lugar, por un delito comprendido en el mismo Título.

Este requisito supone que la reincidencia se apreciará en casos de reiteración de delitos. Además, esos delitos tienen que estar comprendidos en el mismo Título; expresión esta que se introdujo por razones de mejoras técnicas.

c) Junto a la exigencia de encontrarse comprendidos en el mismo Título, los delitos deben ser de la misma naturaleza. Este requisito ofrece al juez o tribunal un mayor margen de libertad por cuanto que habrá que determinar qué se entiende por misma naturaleza de los delitos, a la vez que reduce el ámbito de actuación de la agravante. Según la doctrina⁴², dos delitos son de la misma naturaleza cuando se ataca al mismo bien jurídico y de ello se deduce una tendencia criminal del autor. Esta tendencia criminal se interpreta teniendo en cuenta dos factores: la gravedad de los medios empleados para lesionar el bien jurídico y la gravedad de los delitos. Dentro de este último se tendrían en cuenta: la identidad de la naturaleza de la conducta (dolosa o imprudente) y la identidad de la gravedad del hecho o gravedad de las penas (o la misma clase de culpabilidad⁴³).

La jurisprudencia⁴⁴ tampoco tiene una postura clara respecto de esta cuestión. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2002 [RJ 2002/771] se planteaba, a raíz del recurso del ministerio fiscal a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 20-3-2001, si los subtipos agravados del artículo 369 era de la misma naturaleza que el tipo básico del artículo 368. El Tribunal Supremo estima el recurso alegando:

“En el caso enjuiciado, el delito contra la salud pública en su tipo básico (tenencia preordenada al tráfico de drogas) y el subtipo agravado del art. 369-1º del Código Penal (cuando ‘las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas... se introduzcan o difundan en... establecimientos penitenciarios’) tienen la misma denominación y atacan idéntico bien jurídico protegido, y en cuanto a la misma naturaleza, no puede dejar de declararse que si algún delito es de la misma naturaleza es precisamente la relación que existe entre el tipo básico y el subtipo agravado, pues parten de la misma acción, atacan el mismo bien jurídico, si bien contemplan características adicionales que, sin variar la esencia de la infracción ni su naturaleza, comportan una mayor gravedad y, por consiguiente, una mayor dosificación punitiva. Ni siquiera el criterio del distinto modo de agresión al bien jurídico protegido puede ser sostenible en este caso, pues la difusión de la droga (tráfico ilícito, en definitiva) es la esencia de la estructura misma de la ac-

41 Sobre esta cuestión existe unanimidad doctrinal, por todos, Marín de Espinosa Ceballos, E.B.: *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, ed. Comares, 1999, pág. 217; Andrés Domínguez, A.C.: “Habituales y reincidentes” en *Revista de Derecho Penal*, n.º 22, 2007, pág. 80.

42 Marín de Espinosa Ceballos, E.: *Op. cit.*, pág. 236.

43 Rubio Lara, J.: “El tratamiento de la reincidencia en el Derecho Penal español (siglos XIX y XX)” en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 16, 2006, pág. 114.

44 Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de enero de 2001 [JUR 2001/132407]. Ahora esta agravante genérica queda definida en el art. 22.8º CP en los siguientes términos: “cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”. Tiene que ser la aplicación concreta al caso, al confrontar la norma con la realidad que la práctica judicial nos ofrece, lo que nos sirva para ir delimitando el alcance de esta norma penal. De los dos requisitos de identidad exigidos en tal art. 22.8 —mismo Título y misma naturaleza— parece que el primero ha de crear pocos problemas, con la aclaración que nos ofrece la Disposición Transitoria 7.ª de la LO 10/1995 por la que se publicó el nuevo CP. No así el segundo, por la indeterminación propia de los términos en que se halla redactado: “misma naturaleza”. Tal Disposición Transitoria 7.ª nos da unas pistas al respecto cuando nos dice que “ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico”. Es decir, hay que tener en cuenta el bien jurídico atacado y también el modo concreto en que ese ataque se haya producido, a los efectos de medir la identidad de naturaleza entre el delito antecedente y el examinado en el caso. Las sentencias de 17-10-98 (RJ 1998, 6879), 15-3-99 (RJ 1999, 2400), 23-7-99 (RJ 1999, 6684) y 11-5-2000 (RJ 2000, 4892) se refieren a la finalidad político-criminal de la reincidencia como agravante, diciendo que responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial. Es decir, que ahora la reincidencia no se corresponde con la idea de que hay que castigar más por haber cometido antes otro delito u otros muchos delitos, sino con la de que hay que sancionar con pena más grave a quien, por la repetición de hechos delictivos de la misma clase, revele una inclinación a cometerlos. Existirá, pues, una “misma naturaleza” cuando, al menos, concurre una doble identidad: la del bien jurídico protegido y la del modo concreto en que se haya producido el ataque a ese bien jurídico, pero ello en cuanto sea revelación de una determinada inclinación delictiva. A veces bastará solo con conocer el delito cometido para llegar a precisar que hubo un mismo modo de comisión; pero esto no puede ser suficiente en otros casos, porque la diversidad de formas en que estos hechos punibles pueden realizarse impide el que por la sola constancia de la clase de delito cometido (el único dato de interés para estos efectos que consta en las hojas de antecedentes expedidas por el Registro Central de Penados del Ministerio de Justicia) pueda conocerse el modo concreto de su comisión con la precisión necesaria para afirmar esa identidad de naturaleza que se exige para esta agravante, identidad que, como ya se ha dicho, ha de revelar la inclinación de la persona a cometer una misma clase de delitos”.

ción, y lo accesorio el lugar de dicha difusión; ahora bien, el legislador ha considerado que tal difusión en el interior de centros docentes, o en centros, establecimientos y unidades militares, o en establecimientos penitenciarios o en centros asistenciales, suponían una mayor gravedad de la acción y, por consiguiente, una más intensa antijuridicidad material, lo que hace acreedores a sus autores de una mayor graduación punitiva, siempre contemplándose ambos comportamientos de la misma naturaleza. No es la reiteración del mismo delito (tipo delictivo) lo que fundamenta la reincidencia, como parece entender la Sala sentenciadora, sino de una infracción delictiva situada en el mismo rubro legal (título, en el caso del art. 22-8ª del Código penal) y de la misma naturaleza, en los términos expuestos.”

La jurisprudencia tampoco mantiene una misma línea interpretativa respecto de su fundamento⁴⁵. Mayoritariamente, el Tribunal Supremo considera el fundamento de la agravación en la prevención especial⁴⁶, y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2002 expresaba:

“En efecto, la circunstancia agravante de reincidencia se fundamenta en razones de prevención especial, de modo que la respuesta punitiva anterior que dispensó el ordenamiento jurídico no cumplió con la finalidad de la pena, y el delito fue nuevamente cometido, razón por la cual el legislador prevé en tal caso una circunstancia modificativa que supone un agravamiento de la penalidad que resulte aplicable. Para tal diseño, puede partirse de dos sistemas: el puramente formal o sistemático, que entiende producida la reincidencia específica cuando el delito que vuelva a cometerse lo sea de la misma rúbrica legal (título, capítulo, sección), que dota al sistema de seguridad jurídica y certeza, pero que pierde en metodología material, en tanto no siempre el legislador dota a los rubros que diseña de una sistemática delictiva congruente, por lo que el sistema opuesto es el de la identidad o semejanza de naturaleza, en el que predomina la interpretación judicial en aras de una mayor semejanza delictiva”.

El Código penal actual y el Proyecto de Reforma han combinado ambos sistemas: “Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”. El debate doctrinal también ha sido intenso, ofreciendo diversas interpretaciones de las que sólo destacamos las más significativas. Para un sector doctrinal⁴⁷, el fundamento de esta agravación especial se encontraría en la mayor peligrosidad criminal del sujeto, pero la peligrosidad no puede presumirse *iure et de iure*, ni sobre ella puede fundamentarse una mayor agravación de la pena. Para otros, el fundamento se encontraría en una mayor culpabilidad del sujeto, sobre la base de que los reincidentes tendrían una mayor capacidad para delinquir⁴⁸. Una mención especial exige la interpretación de Martín de Espinosa Ceballos⁴⁹, según la cual el fundamento se puede encontrar en los propios requisitos legales para apreciar la agravante: por el primero (los delitos estén comprendidos en un mismo título) se tiene en cuenta la tendencia a un determinado delito; el segundo (que los delitos sean de la misma naturaleza) aludiría a una especialización un hechos delictivos concretos. Para la autora⁵⁰ la definición del delincuente habitual presenta una importante similitud con la agravante de reincidencia, pues con ambas el legislador está contemplando dos etapas de especialización al delito: la habitualidad y la reincidencia. En este último caso, el delincuente se está iniciando en una especialización delictiva, mientras que el delincuente habitual estaría ya especializado y este inicio al hábito delictivo no es suficiente fundamento para legitimar la agravación de la pena. Tiene razón la autora al entender que tal fundamentación no es suficiente por sí misma para legi-

45 Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2008, en donde se recogen resumidamente las diversas interpretaciones jurisprudenciales posibles: “El fundamento de la agravación de la medida de la pena a causa de la reincidencia es cuestionable en cuanto pueda superar la culpabilidad del autor por el hecho concreto imputado. Son muy numerosos los criterios seguidos para identificarlo, entre ellos, como se recordaba en la STC núm. 150/1991 (RTC 1991, 150), que declaró la constitucionalidad de la agravante, los que se detienen en la mayor peligrosidad del autor; en su mayor culpabilidad, bien por la conducta de vida o por el acto aislado; en la insuficiencia de las penas impuestas por el anterior o anteriores delitos a efecto de la prevención sobre el delincuente; en la perversidad del reo; en la habitualidad del delincuente; en el desprecio y rebeldía del reincidente frente al Ordenamiento jurídico

46 Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de mayo de 2000 que recoge como fundamento: “... las necesidades de prevención especial o individual que requiere el autor que recae en el delito; y, por tanto, el elemento fundamental que se debe tomar en cuenta para establecer la identidad de naturaleza es la tendencia criminal expresada por el autor del delito respecto de determinados bienes jurídicos, por lo que la naturaleza de los delitos se debe considerar en primer lugar al bien jurídico protegido y en segundo lugar respecto de la tendencia criminológica del autor”.

47 Muñoz Conde, F./García Arán, M.: *Derecho Penal. Parte General...*, pág. 492.

48 Cerezo Mir, J.: *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, ed. Tecnos, 1993, págs. 202 y 203.

49 Marín de Espinosa Ceballos, E.B.: *La reincidencia: tratamiento...*, págs. 192 y ss.

50 Marín de Espinosa Ceballos, E.B.: *Op. cit.*, pág. 194.

timar esta agravación. En el fondo, si lo que pretende el legislador es castigar la especialización criminal, el fundamento de la reincidencia se encontraría en la mayor peligrosidad criminal del sujeto. Y esta conclusión nos lleva a resultados un tanto perturbadores, pues el “*quantum*” de pena se puede ver aumentado por razones de peligrosidad criminal.

Mayor significación cobra el debate en torno al fundamento de esta agravación sobre todo a raíz de los cambios operados por la Ley 5/2010 al permitir la imposición conjunta de pena y medida de seguridad a sujetos imputables. Desde luego, si nos atenemos a la línea acogida por la citada ley parece que el legislador no considera la peligrosidad criminal como fundamento de tal agravación, pues instaurando la imposición conjunta de pena y medida de seguridad para determinados sujetos culpables y peligrosos ha dejado pasar esta oportunidad para los reincidentes. No obstante, me inclino más a pensar que la no inclusión de los reincidentes en esta dualidad de respuesta penal responde a otras razones que nada tienen que ver con su fun-

damento: las dificultades existentes para determinar la reincidencia y el número de reincidentes que pueblan nuestras prisiones harían inviable una aplicación efectiva o real de la medida de libertad vigilada.

El artículo 80 del Proyecto de Reforma únicamente alude en su número 6 al supuesto excepcional de concesión de la suspensión a sujetos drogodependientes si no concurren las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el apartado 2 del mismo precepto. Ello parece sugerir que nada impediría la concesión de la suspensión a sujetos reincidentes siempre que se certificara “*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.*” Desde este punto de vista, hay que valorar positivamente la supresión de la expresa referencia al delincuente reincidente para que sean consideraciones preventivo especiales las que se tengan en cuenta a la hora de otorgar la suspensión en este supuesto excepcional de suspensión de la pena.