

DEI S. PRAVIDE ET PRO

Revista

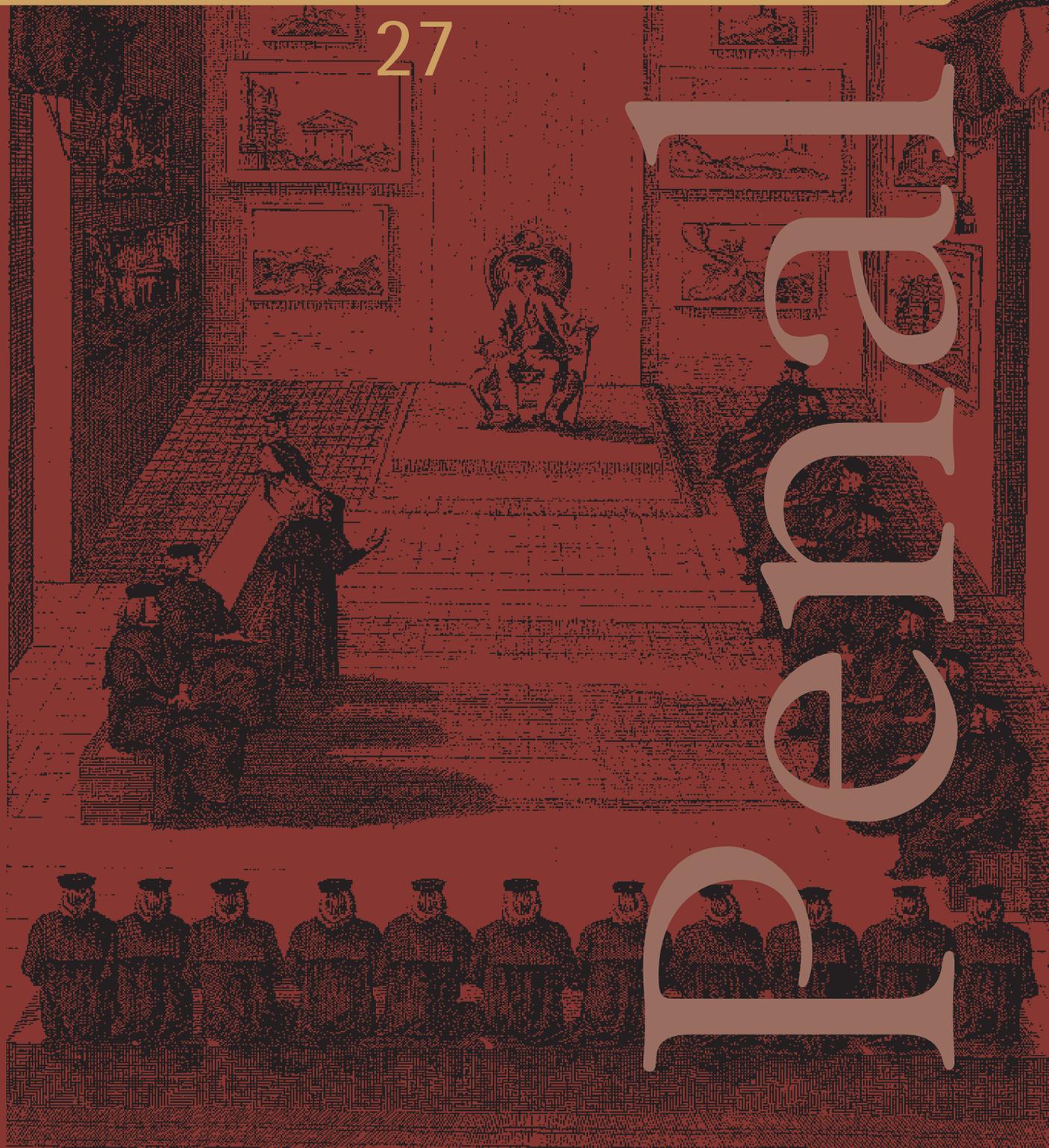
Enero 2011

27

Revista Penal

Enero 2011

Penal



Revista Penal

Número 27

Sumario

Especial Doctrina: El Derecho penal en la Unión Europea

- Obtención transnacional de pruebas. Diez tesis sobre el Libro Verde de la Comisión Europea sobre «Obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y la garantía de su admisibilidad», por *Kai Ambos* 3
- La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas, por *Alessandro Bernardi* 15
- Bienes jurídicos de relevancia comunitaria y protección penal: el caso de las falsedades en las cuentas de sociedades mercantiles por *Luigi Foffani* 41
- Evaluación Legislativa y Racionalidad en el Ámbito Penal Europeo (y Nacional) por *Marta Muñoz de Morales Romero* 51
- La armonización del derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo. *European Criminal Policy Initiative* y el Manifiesto sobre Política Criminal Europea, por *Adán Nieto Martín* 78
- Manifiesto sobre política criminal europea 83

Doctrina

- ¿Un nuevo sistema de penas?: La *probation* y la suspensión de la ejecución de la pena, por *Miguel Abel Souto* 93
- Medios de comunicación y populismo punitivo. Revisión teórica del concepto y análisis de la reforma penal en materia de hurto, por *Joan Baucells Lladós y Luiz Peres-Neto* 111
- A setenta años de la migración republicana: los juristas, por *Sergio García Ramírez* 132
- La paulatina metamorfosis del juez de instrucción como juez de garantías: pautas jurídicas para la pervivencia de una arraigada institución por *Faustino Gudín Rodríguez-Magariños* 141
- La herencia de Franz von Liszt, por *Francisco Muñoz Conde* 159
- La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo por *Francisco Muñoz Conde y Hector Olásolo* .. 175
- La relevancia justificante del consentimiento de las menores de edad en el nuevo sistema de aborto no punible (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo) *Prof. Dr. Sergio Romeo Malanda* 191
- Introducción al sistema Anti-corrupción de la República Popular China, por *Shizhou Wang* 211

Sistemas penales comparados: Derecho Penal Tributario 216

Bibliografía: Notas bibliográficas sobre terrorismo y seguridad colectiva, por *Francisco Muñoz Conde* 271

Crónica. II International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era, Beijing, 2010 por *Juan Carlos Ferré Olivé* y *Miguel Ángel Núñez Paz* 283



Universidad de Salamanca



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.
Con el apoyo económico de la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
David Baigún. Univ. Buenos Aires
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P.Fletcher. Univ.Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
José Luis González Cussac – Univ. Valencia
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
John Vervaele. Univ. Utrecht
Joachim Vogel. Univ. Tübingen
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).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)
Felipe Caballero Brun (Chile)
Shizhou Wang (China)
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)
Adán Nieto Martín y (España)
Dimitris Ziouvras (Grecia)
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)
Luigi Foffani y Luca Ramponi (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)
Victor Prado Saldarriaga (Perú)
Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)
Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)
Ana Cecilia Morún y David Infante Henríquez (República Dominicana)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Baris Erman y Pinar Yazici (Turquía)
Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

ISSN: 1138-9168

Dep. Legal: B-28.940-1997

www.revistapenal.com

Suscripciones: Marcial Pons
Departamento Suscripciones
revistas@marcialpons.es
Tel: 0034 913043303
Fax: 0034 913272367



¿Un nuevo sistema de penas?: La *probation* y la suspensión de la ejecución de la pena*

Miguel Abel Souto

Profesor titular de Derecho penal
Universidad de Santiago

Revista Penal, n.º 27.— Enero 2011

RESUMEN: Esta investigación pone de relieve las diferencias entre la *probation* y el *sursis*. Además, el autor analiza, desde un punto de vista crítico, la regulación penal española, tanto anterior como posterior al Código de 1995, y ofrece diversas propuestas de *lege ferenda* respecto a la suspensión de penas, los sustitutivos y las alternativas a la prisión.

PALABRAS CLAVE: *Probation, sursis, suspensión de penas, sustitutivos, alternativas a la prisión.*

SUMMARY: This research emphasizes the differences between *probation* and *sursis*. Moreover the author analyzes, from a critical perspective, the Spanish Criminal Law, both before and after the 1995 Code, and offers several suggestions of *lege ferenda* in suspended penalties, substitutes and alternatives to the prison.

KEY WORDS: *Probation, sursis, suspended penalties, substitutes, alternatives to prison.*

SUMARIO: I. Origen y aproximación de los modelos tradicionales. II. Alternativas a la prisión. III. Denominación, penas suspendibles, discrecionalidad, motivación y peligrosidad. IV. Plazos de suspensión. V. Requisitos: A) Delincuencia primaria. B) Penas no superiores a dos años. C) Satisfacción de la responsabilidad civil. D) Audiencia previa del ofendido en los delitos perseguibles a instancia de parte.

I. Origen y aproximación de los modelos tradicionales

Se ha señalado que el origen de la *probation* se encuentra en Massachussets, donde se aplicó a los delincuentes juveniles en 1859¹, aunque MIDDENDORFF relata que la historia de la *probation* comienza en agosto de 1841 cuan-

do el zapatero John Augustus se ofrece, en Boston, como fiador de un borracho que prometió mantenerse sobrio² y hasta se han encontrado antecedentes remotos de esta institución que la vinculan con la «*recognizance* inglesa, regulada por Eduardo III en 1361»³. También la suspensión cuenta en nuestro Derecho positivo con una «larga

* Conferencia pronunciada en Huelva, el 19 de marzo de 2010, en el XI congreso de Justicia penal.

1 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad, Comares, Granada, 2008, p. 12.

2 Cfr. MIDDENDORFF, W., *Jugendkriminologie. Studien und Erfahrungen, Ratingen, Aloys Henn Verlag*, 1956, traducido por José María Rodríguez Devesa como Criminología de la juventud. Estudios y experiencias, Barcelona, Ariel, 1964, p. 246.

3 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., Derecho penal español. Parte general. En esquemas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 582.

tradición»⁴, pues ya la Ley de condena condicional, de 17 de marzo de 1908, introdujo en España el «sistema franco-belga del *sursis*»⁵. Dos son, por tanto, las grandes modalidades de suspensión condicional; a saber: la *probation* anglosajona, por una parte, en la que, según expone MIR PUIG, se declara la culpabilidad pero no se pronuncia la pena, pronunciamiento suspendido a condición de que se supere un período de prueba con ciertos deberes y bajo vigilancia, de otro lado, el *sursis* franco-belga o pronunciamiento de pena con suspensión del cumplimiento durante un plazo de prueba sin deberes ni control⁶, sistema que, en palabras de FERRÉ OLIVÉ, «ha tenido gran repercusión en la mayoría de países de Europa y de América Latina»⁷. Pese a que ambas instituciones evitaban la entrada en la cárcel, históricamente la distinción entre suspensión de la pena y *probation* radica en que mientras la primera se reservaba para los delincuentes no necesitados de rehabilitación, la segunda se destinaba a las personas que precisaban de reforma en la comunidad⁸. Por eso, esencial en la *probation* resulta el control o supervisión⁹ y frente a ella el *sursis* no requiere asistencia ni reglas de conducta, aunque sí genera antecedentes penales¹⁰, a diferencia de la *probation*, en la que no existen, al no dictarse senten-

cia condenatoria¹¹. Ahora bien, las discrepancias iniciales entre las dos figuras han ido perdiendo consistencia hasta confluir en una «simbiosis» en la que han ganado terreno las características de la *probation*¹².

En efecto, el Código penal de 1995 contempla la realización de programas rehabilitadores en libertad o reglas de conducta que permiten calificar de *probation* a nuestra suspensión¹³, adopta el *sursis* franco-belga con diferencias que lo aproximan al modelo anglosajón o alemán¹⁴, una suspensión de la ejecución de la pena complementada con la *probation* o figura afín al *sursis avec mise à l'épreuve* francés¹⁵ o suspensión condicional de la ejecución de la pena con puesta a prueba, al *sursis probatoire* belga o a la *Strafaußsetzung zur Bewährung* alemana¹⁶, puesto que la suspensión de la ejecución de la pena, además de condicionarse a que el beneficiario no delinca en el período de prueba, también puede someterse a la condición de que se cumplan determinadas reglas de conducta¹⁷, aunque en la práctica se infrutiliza la modalidad de prueba en España y el uso de la suspensión simple se encuentra muy generalizado¹⁸, y la versión inicial del Texto punitivo vigente compartía con el modelo anglosajón la inexistencia de antecedentes penales tras la remisión de la pena¹⁹. Se trata

4 QUINTERO OLIVARES, G., Parte general del Derecho penal, 3ª ed., con la colaboración de MORALES PRATS, F., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 671.

5 NÚÑEZ PAZ, M.A., «Alternativas a la pena privativa de libertad: suspensión del fallo y suspensión condicional de la pena. (La aplicación de la *probation* en el Derecho positivo español)», en DIEGO DÍAZ-SANTOS, R./FABIÁN CAPARRÓS, E.A. (coords.), Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito, VII congreso universitario de alumnos de Derecho penal, Tecnos, Madrid, 1995, p. 142; DEL MISMO AUTOR, «La aplicación de la *probation* en el Derecho positivo. Suspensión del fallo y suspensión condicional de la pena», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 5, 1995, p. 730.

6 Cfr. MIR PUIG, S., Derecho penal. Parte general, 8ª ed., Reppertor, Barcelona, 2008, pp. 690 y 691, marginal 28.

7 FERRÉ OLIVÉ, J.C., en EL MISMO AUTOR/NÚÑEZ PAZ, M.A./RAMÍREZ BARBOSA, P.A., Derecho penal colombiano. Principios fundamentales y sistema. Presentación y prólogo de Claus ROXIN, Ibáñez, Bogotá, 2010, p. 640.

8 Vid. CID MOLINÉ, J., La elección del castigo. Suspensión de la pena o «*probation*» versus prisión, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 19-22.

9 Cfr. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., Derecho penal. Parte general, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 851, nota 26; FERRÉ OLIVÉ, J.C., en EL MISMO AUTOR/NÚÑEZ PAZ, M.A./RAMÍREZ BARBOSA, P.A., *op. cit.*, p. 639; NÚÑEZ PAZ, M.A., «La aplicación de la *probation*...», *cit.*, p. 707.

10 Cfr. MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E., Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión, La Ley, Madrid, 2008, p. 27.

11 Cfr. GRACIA MARTÍN, L. (coord.), Tratado de las consecuencias jurídicas del delito. Adaptado a las leyes orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 300.

12 Cfr. PUENTE SEGURA, L., Suspensión y sustitución de las penas, La Ley, Madrid, 2009, pp. 73 y 74.

13 Cfr. CID MOLINÉ, J., *op. cit.*, pp. 14 y 27, nota 13.

14 Cfr. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *op. cit.*, p. 852.

15 Vid. MAYAUD, Y./GAYET, C., *Code pénal, cent-septième édition*, Dalloz, Paris, 2010, arts. 132-40 a 132-53, pp. 368-379.

16 Vid. FISCHER, T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 57. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2010, §§56 y 56a-56g, pp. 450-478; LACKNER, K./KÜHL, K., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, §§56 y 56a-56g, pp. 355-380; STREE, W., en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2006, §§56 y 56a-56g, pp. 866-902.

17 Cfr. NÚÑEZ PAZ, M.A., «Alternativas...», *cit.*, pp. 138, 140 y 153; DEL MISMO AUTOR, «La aplicación de la *probation*...», *cit.*, pp. 705, 706, 711, 712 y 744.

18 Cfr. CID MOLINÉ, J., *op. cit.*, p. 15.

19 Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 301.

de una «figura híbrida»²⁰ o mixta²¹ en la que se suspende la ejecución de la pena pero no la condena²², dado que la suspensión del fallo presenta «problemas procesales»²³ en nuestro Ordenamiento jurídico y en los de su entorno, peculiaridades que no permiten equipararla a los sistemas continentales²⁴, ya que, amén de «la posibilidad de recurrir la sentencia suspendida»²⁵, en España, como puso de relieve NÚÑEZ BARBERO, «no hay más que una sentencia en la que se reconoce la culpabilidad del reo y se pronuncia la pena»²⁶, no se puede interrumpir el proceso porque «la declaración de culpabilidad y la imposición de la condena se realizan en la misma sentencia»²⁷. Nuestro sistema procesal no permite la división del proceso anglosajona en dos fases de *conviction* y condena²⁸.

Posteriormente, la Ley orgánica 15/2003 se aleja de la *probation*²⁹, pues vuelve a la suspensión de la ejecución de la pena del anterior Texto punitivo en la cual siempre surgían antecedentes, con lo que abandona el sistema de condena condicional que no comportaba antecedentes penales si no se delinquía durante el período de prueba³⁰. Habida cuenta de que en la suspensión del fallo no se inscribe la condena³¹ ni constan los antecedentes³², el Código penal de 1995 introdujo una situación similar a ella³³: la desaparición de antecedentes en caso de remisión definitiva, que armoniza con el fundamento de la institución al tratar de evitar los efectos desocializadores de los antecedentes penales³⁴. Sin embargo, la reforma de 25 de noviembre de 2003 elimina este elemento característico de la *probation*, que atendía a

razones de prevención especial³⁵. Seguramente con ello el legislador de 2003 quería salir al paso de las críticas vertidas contra el híbrido creado en 1995 entre la remisión condicional y la suspensión del fallo, al que se le atribuyeron efectos injustos y discriminatorios por el agravio comparativo relativo a que el beneficio no alcanzaba a las penas no privativas de libertad, aunque fuesen de menor entidad³⁶, obstáculos que podrían ser salvados con la apertura de la suspensión a todo tipo de penas. Semejante reforma constituye una involución del progresivo avance hacia el sistema probatorio. Lamentablemente, en este particular, el origen y destino del sistema mixto implantado en 1995 irían de la mano. Estaba condenado a no perdurar y a correr la misma suerte que reserva la naturaleza para tales criaturas, pues sabido es que en el mundo animal los híbridos son estériles.

II. Alternativas a la prisión

Tanto la suspensión como la *probation* representan alternativas a la prisión porque pretenden evitar la entrada en la cárcel³⁷. Ciertamente pudiera parecer errónea la ubicación sistemática de la suspensión en nuestro Código penal bajo la rúbrica de un capítulo titulado «De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional», pero realmente la suspensión se trata de un auténtico sustitutivo penal en la medida en que conlleva una alternativa a la ejecución de las penas cortas privativas de libertad³⁸, dado que con la suspensión

20 NÚÑEZ PAZ, M.A., «Alternativas...», *cit.*, pp. 138 y 155, DEL MISMO AUTOR, «La aplicación de la *probation*...», *cit.*, pp. 705 y 746; DEL MISMO AUTOR, «Consideración crítica en torno al Código penal español», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LII, 1999, p. 235. Así también *cf.* GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 300 y PERIS RIERA, J., en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, tomo III, artículos 24 a 94, Edersa, Madrid, 2000, pp. 1093 y 1130.

21 *Cfr.* PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 74.

22 *Cfr.* NÚÑEZ PAZ, M.A., «Alternativas...», *cit.*, p. 156; DEL MISMO AUTOR, «La aplicación de la *probation*...», *cit.*, p. 746; DEL MISMO AUTOR, «Consideración crítica...», *cit.*, p. 235.

23 GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 109.

24 *Cfr.* MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 561.

25 MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 692, marginal 35.

26 NÚÑEZ BARBERO, R., *Suspensión condicional de la pena y «probation»*. (Problemática acerca de su naturaleza jurídica), Universidad de Salamanca, 1970, p. 38.

27 GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, pp. 300 y 301.

28 *Cfr.* NÚÑEZ PAZ, M.A., «Alternativas...», *cit.*, p. 161; DEL MISMO AUTOR, «La aplicación de la *probation*...», *cit.*, p. 753; DEL MISMO AUTOR, «Consideración crítica...», *cit.*, p. 235.

29 *Cfr.* PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, pp. 157 y 158.

30 *Cfr.* CID MOLINÉ, J., *op. cit.*, p. 23, nota 7.

31 *Cfr.* LARRAURI PIJOÁN, E., «Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código penal», en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XIX, 1996, p. 209, nota 7.

32 *Cfr.* FERRÉ OLIVÉ, J.C., en EL MISMO AUTOR/NÚÑEZ PAZ, M.A./RAMÍREZ BARBOSA, P.A., *op. cit.*, p. 639.

33 *Cfr.* GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 109.

34 *Cfr.* PERIS RIERA, J., *op. cit.*, pp. 1093 y 1130.

35 *Cfr.* GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, pp. 300, 301 y nota 32.

36 *Cfr.* MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, pp. 13 y 14.

37 *Cfr.* CID MOLINÉ, J., *op. cit.*, p. 21.

38 *Cfr.* ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 306.

se sustituye la ejecución de la pena³⁹. En contra de ello se ha afirmado que la denominación no se corresponde con el contenido del capítulo, puesto que «no se sustituye la ejecución de las penas, sino que se suspende»⁴⁰ y que la suspensión no es un verdadero sustitutivo ya que no se cambia una cosa por otra, en lugar de las penas privativas de libertad no se aplican sanciones o medidas, sino que en vez de sustituirlas se suspenden o dejan sin ejecutar; no obstante, el Texto punitivo permite imponer reglas de conducta durante la suspensión y en ese sentido se puede incluir entre las formas sustitutivas de la pena⁴¹.

La suspensión constituye uno de los instrumentos «más eficaces, extendidos y consolidados en el derecho comparado»⁴² para evitar las penas cortas privativas de libertad⁴³. Con ella se pretende eludir los efectos negativos de la prisión sin renunciar a la positiva eficacia de su carácter intimidatorio⁴⁴, que permanece «latente»⁴⁵, pende como espada de Damocles sobre la cabeza del condenado durante el período de prueba, de manera que la suspensión atiende a los argumentos existentes contra las penas cortas de prisión, aunque sin ignorar las razones que abogan por

su mantenimiento⁴⁶, breves estancias carcelarias «constantemente criticadas por la doctrina»⁴⁷ desde mediados del siglo XIX.

Así, ya VON LISZT dejó escrito, en su célebre Programa de Marburgo, que «no hay nada más corruptor ni paradójico que nuestra pena privativa de libertad de corta duración respecto a los aprendices en el camino del delito»⁴⁸ y poco después dijo que una estancia breve en la cárcel no sólo «no tiene ninguna fuerza intimidatoria para el delincuente habitual»⁴⁹, ni corrige a ningún criminal, sino que «pervierte»⁵⁰ a los delincuentes ocasionales en tal manera que el gran penalista alemán identificó las prisiones, en gráficas metáforas, con «incubadoras del vicio»⁵¹ y «escuelas superiores del crimen»⁵² en las que se perfecciona la carrera criminal⁵³, «efecto desocializador»⁵⁴ que la doctrina sigue poniendo de relieve. Por eso la suspensión parte de la crisis, inutilidad y carácter perjudicial de la ejecución de las penas cortas privativas de libertad, que no desempeñan ninguna función de prevención general ni especial, no intimidan⁵⁵, ni corrigen, ni poseen eficacia inocuizante⁵⁶, son costosas en la ejecución⁵⁷ y su brevedad imposibili-

39 Cfr. PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1092.

40 MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, p. 11.

41 Cfr. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *op. cit.*, pp. 847-852.

42 MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 101.

43 Cfr. GARCÍAARÁN, M., *op. cit.*, p. 99; MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 690, marginal 28; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍAARÁN, M., *op. cit.*, pp. 560 y 561.

44 Cfr. PRATS CANUT, M./TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código penal*, tomo I, Parte general. (Artículos 1 a 137), 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 625.

45 Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C., en EL MISMO AUTOR/NÚÑEZ PAZ, M.A./RAMÍREZ BARBOSA, P.A., *op. cit.*, pp. 638 y 639.

46 Cfr. Díez Ripollés, J.L., *op. cit.*, p. 584.

47 LORENZO SALGADO, J.M., «Penas privativas de libertad. Referencia especial al arresto de fin de semana», en POZA CISNEROS, M. (dir.), *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 23; DEL MISMO AUTOR, «Las penas privativas de libertad en el nuevo Código penal español. (Especial referencia al arresto de fin de semana)», en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XX, 1997, p. 162; DEL MISMO AUTOR, «Imputabilidad, suspensión de la ejecución de la pena y cumplimiento de la condena. (Una aproximación al tratamiento jurídico del drogodependiente en el Código penal de 1995)», en BECOÑA IGLESIAS, E./RODRÍGUEZ LÓPEZ, A./SALAZAR BERNARD, I. (coords.), *Drogodependencias V. Avances 1999*, *Servizo de publicacións e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela*, Santiago, 1999, p. 36.

48 LISZT, F. VON, *Marburger Universitätsprogramm, Marburg*, 1882, obra que se reproduce poco después bajo el título *Der Zweckgedanke im Strafrecht, Berlin*, 1883, que cito por la publicación definitiva, con modificaciones en las notas, de la que fue objeto en LISZT, F. VON, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Erster Band, 1875 bis 1891, J. Guttentag, Berlin*, 1905, *Photomechanischer Nachdruck, Walter de Gruyter, Berlin*, 1970, p. 171.

49 LISZT, F. VON, «*Kriminalpolitische Aufgaben*», en EL MISMO AUTOR, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Erster Band, cit.*, p. 343.

50 LISZT, F. VON, «*Die Reform der Freiheitsstrafe. Eine Entgegnung auf Adolf Wachs gleichnamige Schrift*», en EL MISMO AUTOR, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Erster Band, cit.*, p. 513.

51 LISZT, F. VON, «*Kriminalpolitische Aufgaben*», *cit.*, p. 347.

52 *Ibidem*.

53 Cfr. RÍOS CORBACHO, J.M., *La naranja mecánica. Problemas de violencia y resocialización en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 83.

54 JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5., vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin*, 1996, §70, p. 745.

55 Cfr. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *op. cit.*, pp. 845 y 846.

56 Cfr. NÚÑEZ PAZ, M.A., «*Alternativas...*», *cit.*, p. 143 y nota 32; DEL MISMO AUTOR, «*La aplicación de la probation...*», *cit.*, p. 731 y nota 106; DEL MISMO AUTOR, «*Consideración crítica...*», *cit.*, p. 233.

57 De hecho, el ministro de gracia y justicia, CONDE DE TORREANAZ, para defender en la cámara de los diputados el proyecto de 8 de enero de 1900 sobre «condena condicional», utilizó las siguientes cicateras palabras: «esta es una de las cosas que pueden

ta un tratamiento⁵⁸, no permite intentar la resocialización, pero es suficiente para el contagio criminógeno, la pérdida laboral y familiar⁵⁹ o la estigmatización social del ex recluso⁶⁰. En definitiva, se renuncia a la prisión, debido a sus «perniciosos efectos»⁶¹, sobre bases preventivo-especiales, para eludir los efectos negativos en la rehabilitación social⁶², porque «la mejor manera de resocializar es evitar la desocialización»⁶³. O dicho en otras palabras, las de LORENZO SALGADO, se trata de sanciones «demasiado onerosas para conductas de escasa gravedad»⁶⁴, por ello el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, en su manifiesto sobre el sistema de penas y su ejecución, advierte que reaccionar con penas cortas de prisión contra delitos de poca gravedad vulnera los principios de resocialización y proporcionalidad, cuyo respeto exige alternativas a la prisión que se cumplan en libertad⁶⁵.

En consecuencia, la orientación preventivo-especial de la suspensión evita el ingreso en la cárcel, como ponen de relieve ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, con una fundamentación constitucional, pues aunque el artículo 25.2 de la Carta Magna no consagra un derecho subjetivo a la resocialización, sí establece un «principio

que abarca a todo el sistema de penas y muy significativamente la ejecución de las penas y toda la política penitenciaria»⁶⁶, fundamento constitucional que se puede concretar en la proscripción de la privación de libertad inútil⁶⁷. Se renuncia a la ejecución porque no es indispensable para la prevención general ni está indicada desde el punto de vista preventivo-especial⁶⁸. El fundamento de la suspensión de la ejecución de la pena en la prevención especial⁶⁹ la convierte en una «alternativa eficaz para el logro de finalidades resocializadoras y de reinserción social»⁷⁰.

III. Denominación, penas suspendibles, discrecionalidad, motivación y peligrosidad

El Código penal de 1995 llama suspensión de la ejecución de la pena a esta institución, denominación «más precisa»⁷¹ o «correcta»⁷² que la empleada por el anterior Texto punitivo y la Ley de condena condicional, al ajustarse en mayor medida al efecto que produce⁷³. La locución «condena condicional» resultaba inapropiada, ya que la sentencia condenatoria no se condicionaba, sino que permanecían las penas accesorias, las responsabilidades civiles e,

estudiarse y ponerse por obra sin gastar dinero. No nos equivoquemos: nuestro punto de vista ha se [sic] ser siempre no gastar dinero». El texto se toma de MAQUEDA ABREU, M.L., *Suspensión condicional de la pena y probation*, Centro de publicaciones del ministerio de justicia, Madrid, 1985, p. 58.

58 Cfr. MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 690, marginal 27.

59 Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., «Prisión y substitutivos penales», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Elcano, 2001, p. 427; DEL MISMO AUTOR, «La reforma del arsenal punitivo español», en *La Ley*, nº 5912, 12 de diciembre de 2003, vol. 5, D-279, p. 1966; DEL MISMO AUTOR, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6ª ed., revisada y puesta al día en colaboración con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.D., Tecnos, Madrid, 2005, p. 71; DEL MISMO AUTOR, *El nuevo Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 91; LORENZO SALGADO, J.M., «Penas...», *cit.*, p. 23; DEL MISMO AUTOR, «Las penas...», *cit.*, p. 162; DEL MISMO AUTOR, «Imputabilidad, suspensión...», *cit.*, p. 36, nota 28; LUZÓN PEÑA, D.-M., *Medición de la pena y substitutivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 69; SÁINZ CANTERO, J.A., «La sustitución de la pena de privación de libertad», en *Estudios Penales*, II, Universidad de Santiago de Compostela, 1978, p. 227.

60 Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 670.

61 ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 306.

62 Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C., en EL MISMO AUTOR/NÚÑEZ PAZ, M.A./RAMÍREZ BARBOSA, P.A., *op. cit.*, p. 638.

63 MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 559.

64 LORENZO SALGADO, J.M., «Penas...», *cit.*, p. 23; DEL MISMO AUTOR, «Las penas...», *cit.*, p. 162; DEL MISMO AUTOR, «Imputabilidad, suspensión...», *cit.*, p. 36.

65 Cfr. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, Gráficas Luis Mahave, Málaga, 2005, pp. 12, 13 y 15.

66 ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 306, que citan las sentencias del Tribunal constitucional 19/1988 y 209/1993.

67 Cfr. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *op. cit.*, p. 847; MAQUEDA ABREU, M.L., *op. cit.*, p. 20; PERIS RIERA, J., *op. cit.*, pp. 1094 y 1095; SÁNCHEZ YLLERA, I., en VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, volumen I, arts. 1 a 233, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 462.

68 Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 671. En sentido similar cfr. PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, pp. 77 y 79.

69 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 104.

70 ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 306.

71 MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 691, marginal 30.

72 GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 101; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, p. 13; PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1093.

73 Cfr. SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, p. 463.

incluso, los antecedentes penales, que sólo se cancelaban tras unos plazos añadidos al período de suspensión⁷⁴. No se suspendía o condicionaba la condena sino la ejecución de la pena⁷⁵.

Respecto a las penas suspendibles, a tenor del artículo 80.1 del Código penal, son las «penas privativas de libertad», esto es, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, según una interpretación auténtica que atiende al artículo 35⁷⁶, reforzada por la lectura sistemática de los artículos 80.2, que señala un plazo de suspensión para las penas leves y la prisión nunca puede tener tal carácter, y 83.1, que permite imponer reglas de conducta cuando la pena suspendida fuere de prisión, de modo que, *a contrario sensu*, admite la suspensión de otras penas privativas de libertad⁷⁷. No alcanza, pues, a la multa ni a las penas privativas de derechos⁷⁸, aunque sería conveniente su extensión, al igual que ocurre en diversas legislaciones⁷⁹, a otras sanciones como beneficio que se otorgue porque en el caso concreto la pena no resulte proporcional o adecuada para la prevención especial⁸⁰, sobre la base de argumentos distintos a la conveniencia de reducir las penas cortas privativas de libertad⁸¹. Así se evitarían situaciones contradictorias, por ejemplo, en las penas alternativas cuando el juez impone la más leve no privativa de libertad el sujeto no puede acceder a la suspensión, e injustas, *v. gr.*, si el autor es condenado a una prisión que se suspende y el partícipe a una pena no privativa de libertad que tendría que cumplir⁸², cuando el legislador permite suspender penas más graves que otras que no admiten el beneficio o la paradójica imposibilidad de suspender la multa frente a una responsabilidad personal subsidiaria suspendible, con lo que se trataba peor al que pagaba que al multado insolvente, el cual después de

la suspensión, en la redacción inicial del Código de 1995, carecía de antecedentes penales. De hecho, el artículo 40 de la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor no limita la suspensión a las medidas privativas de libertad⁸³.

En cuanto a la duración de las penas suspendibles, la Ley orgánica 15/2003 sustituyó el término «inferiores», contenido en el inciso inicial del artículo 80.1, por «no superiores», de manera que vino a acompañar su redacción con el tenor literal de la condición segunda del artículo 81, que ya incluía antes la privación de libertad por dos años⁸⁴, aunque se olvidó de llevar a cabo la misma corrección técnica en el artículo 80.2, duración sólo predicable de la prisión y que no se aviene con las otras penas privativas de libertad suspendibles⁸⁵. La barrera de los dos años se corresponde en parte con las penas menos graves y aparece como un «límite preventivo general infranqueable»⁸⁶, puesto que el legislador entiende que la renuncia a la privación de libertad más allá de dicha cuantía repercutiría en la eficacia intimidatoria del Derecho penal⁸⁷. Con tal duración el Código penal de 1995 «amplía considerablemente»⁸⁸ las posibilidades de suspensión respecto al anterior Texto punitivo, cuyo régimen ordinario se limitaba a un año y únicamente por vía excepcional podían alcanzarse los dos años ante eximentes incompletas, jóvenes entre 16 y 18 años o una atenuante muy cualificada⁸⁹. De modo que no sólo se duplica la anterior altura del listón sino que se va más allá, dado que el Código vigente prevé penas inferiores a las contempladas en el antiguo Texto punitivo⁹⁰, especialmente debido a la rebaja nominal que experimentaron a causa de la desaparición de la redención de penas por el trabajo⁹¹. La duración máxima de las penas suspendibles coincide con la prevista en el §56.2 del

74 Cfr. NÚÑEZ PAZ, M.A., «Alternativas...», *cit.*, pp. 138 y 139, nota 2, 141 y 142; DEL MISMO AUTOR, «La aplicación de la *probation*...», *cit.*, pp. 704, nota 2, 729 y 730.

75 Cfr. MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 691, nota 31; NÚÑEZ BARBERO, R., *op. cit.*, p. 29.

76 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, p. 11.

77 Cfr. Díez Ripollés, J.L., *op. cit.*, pp. 584 y 585.

78 Cfr. VIDAL CASTAÑÓN, A., Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad. Análisis crítico de nuestra jurisprudencia menor, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2006, p. 27.

79 Vid. NÚÑEZ PAZ, M.A., «Alternativas...», *cit.*, pp. 143, 145, 146 y 159; DEL MISMO AUTOR, «La aplicación de la *probation*...», *cit.*, pp. 731, 734 y 751.

80 Cfr. LARRAURI PIJOÁN, E., *op. cit.*, p. 210 y nota 9.

81 Cfr. Díez Ripollés, J.L., *op. cit.*, p. 585.

82 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 104; PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1102.

83 Cfr. PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, pp. 86-88.

84 Cfr. ABEL SOUTO, M., «Discordancias y errores introducidos en el Código penal por la simbólica reforma de 25 de noviembre de 2003, que deben ser erradicados del Texto punitivo», en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 11, diciembre de 2004, p. 80.

85 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, p. 19.

86 GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 99.

87 Cfr. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 559.

88 MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 692, marginal 33.

89 Cfr. NÚÑEZ PAZ, M.A., «Alternativas...», *cit.*, p. 147; DEL MISMO AUTOR, «La aplicación de la *probation*...», *cit.*, p. 736; QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 673.

90 Cfr. PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1118.

91 Cfr. SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, p. 477.

StGB alemán⁹², el §42.1 del Código penal suizo⁹³ o el artículo 163.1 del Código penal italiano⁹⁴, aunque en caso de menores de 18 años se permite la *sospensione condizionale* de penas de hasta tres años y para los jóvenes entre 18 y 21 años o los mayores que hayan cumplido 70 el límite de la pena suspendible es de dos años y medio⁹⁵. Con todo, el máximo actual de las penas suspendibles resulta poco ambicioso, «excesivamente restrictivo»⁹⁶ para un modelo rehabilitador, y podría haberse ampliado hasta los cinco años, que se corresponde con las penas menos graves, como dispone el artículo 132-41 del Código penal francés, algo no tan extraño para nuestro Ordenamiento jurídico, ya que el artículo 87 admite la suspensión extraordinaria de penas privativas de libertad no superiores a cinco años en los supuestos relacionados con las drogodependencias, o incluso cabría plantearse no fijar ningún tope máximo, pues en los delitos más graves también puede faltar la peligrosidad⁹⁷; de hecho, en la suspensión especial para los enfermos muy graves con padecimientos incurables el artículo 80.4 del Texto punitivo español no señala límite temporal alguno.

Por otra parte, frente a la antigua regulación de la mal llamada «condena condicional», en la que existía una suspensión por ministerio de la ley, imperativa u obligatoria para los casos de eximentes incompletas y delitos perseguibles a instancia del agraviado si mediaba solicitud expresa de la parte ofendida⁹⁸, contraria a la esencia individualizadora de la institución⁹⁹, ahora el otorgamiento del beneficio siempre resulta discrecional¹⁰⁰. Así se deduce claramente del artículo 80.1, que recoge el verbo «podrán», predicado de los jueces y tribunales en relación con la suspensión, el

cual implica una facultad¹⁰¹ que comporta gran discrecionalidad, aunque reglada¹⁰² o vinculada, en la que sólo cabe una solución justa¹⁰³. Se trata de un «arbitrio limitado»¹⁰⁴, pues la concesión debe ajustarse al criterio legal de la peligrosidad y únicamente procede cuando, además, concurren unos requisitos mínimos¹⁰⁵.

Precisamente por ello el Código exige que medie una «resolución motivada», que limite y compense la discrecionalidad, con el razonamiento expreso de los motivos que llevaron a la decisión, a la vez que ponga de manifiesto la atención del juez al criterio legal, como resalta GARCÍA ARÁN¹⁰⁶, motivación que el Tribunal constitucional considera, según las sentencias 75/2007, de 16 de abril, y 222/2007, de 14 de noviembre, la única manera de permitir el control posterior de la resolución para evitar la arbitrariedad¹⁰⁷. La resolución motivada revestirá la forma de auto, al afectar a un derecho fundamental, y su falta puede generar el amparo por quebrantar el artículo 120.3 en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución¹⁰⁸. Las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión, en palabras del mencionado órgano jurisdiccional, recogidas en su sentencia 8/2001, de 15 de enero, «han de exteriorizar los elementos necesarios para entender efectuada la ponderación de los fines de la institución y los bienes y valores en conflicto. Esto es, deben expresar la ponderación de las necesidades de seguridad colectiva (prevención general) y las necesidades de resocialización (prevención especial)». Así podrá establecerse la peligrosidad criminal del sujeto, tarea en la que habría sido recomendable que se involucrase, a través del juez de vigilancia, a los equipos técnicos

92 Vid. FISCHER, T., *op. cit.*, pp. 456 y 457, marginales 19 a 25; LACKNER, K./KÜHL, K., *op. cit.*, pp. 362 y 363, marginales 18 a 21; STREE, W., *op. cit.*, pp. 871-873, marginales 25 a 31.

93 Cfr. HURTADO POZO, J., *Droit pénale. Partie générale, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle*, 2008, p. 496, marginal 1545; STRATENWERTH, G./WOHLERS, W., *Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern*, 2009, p. 91, marginales 2 y 3.

94 Vid. ALIBRANDI, L. (*a cura di*), *Codice penale e leggi complementari, ventesima edizione, Casa editrice la Tribuna, Piacenza*, 2010, pp. 100 y 101.

95 Cfr. PALAZZO, F., *Corso di diritto penale. Parte generale, terza edizione, G. Giappichelli Editore, Torino*, 2008, p. 598.

96 CID MOLINÉ, J., *op. cit.*, p. 82.

97 Cfr. LARRAURI, PIJOÁN, E., *op. cit.*, p. 211.

98 Cfr. NÚÑEZ PAZ, M.A., «Alternativas...», *cit.*, p. 146; DEL MISMO AUTOR, «La aplicación de la probation...», *cit.*, p. 735; PRATS CANUT, M./TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.*, p. 625.

99 Cfr. PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1094.

100 Cfr. MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 691, marginales 29 y 31. En el mismo sentido cfr. LARRAURI PIJOÁN, E., *op. cit.*, p. 208; MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 101; SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, pp. 463 y 465.

101 Cfr. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *op. cit.*, p. 853; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 560; PRATS CANUT, M./TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.*, p. 625; QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, pp. 671 y 672.

102 Cfr. GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 99; PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1100; PRATS CANUT, M./TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.*, p. 626.

103 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 106. Así también cfr. GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 312.

104 ORTS BERENQUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 307.

105 *Ibidem*.

106 Cfr. GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 100.

107 Cfr. PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 97, nota 67.

108 Cfr. SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, pp. 465 y 466.

de la administración penitenciaria, por su experiencia en la emisión de informes de este tipo¹⁰⁹. En todo caso, parece recomendable el auxilio del juez por expertos que dictaminen sobre la prognosis criminal y, aun cuando su informe no sea vinculante, ya que el Código penal ni siquiera lo exige, la resolución contraria al dictamen permitiría un recurso¹¹⁰. En este sentido el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL propone, para que el juez pueda decidir con pleno fundamento, la solicitud obligatoria de un informe psico-social en el que se analice el peligro de reincidencia y la posibilidad de su neutralización mediante el tratamiento o control¹¹¹.

En cualquier caso, la suspensión se venía otorgando de una forma «rutinaria, indiscriminada y automática»¹¹² y sigue existiendo «cierto automatismo»¹¹³ una vez comprobada la concurrencia de los requisitos legales¹¹⁴, puesto que, según un estudio, en el 84% de los supuestos analizados a los condenados sin antecedentes se les aplicó la suspensión ordinaria de la pena¹¹⁵. Incluso, la predisposición judicial al beneficio afecta a la determinación de la pena, dado que se procura fijarla dentro de un marco que permita suspenderla¹¹⁶. Seguramente ello se debe a nuestro pobre sistema de substitutivos penales.

Por último, la peligrosidad constituye el «criterio fundamental»¹¹⁷, «básico»¹¹⁸ o «principal»¹¹⁹ a la hora de decidir sobre la suspensión, como se pone de manifiesto por el adverbio utilizado al inicio del párrafo segundo del artículo 80.1, que manda atender en la resolución judicial que otorgue el beneficio «fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto», con lo que se valora como improbable la futura comisión de delitos¹²⁰, en congruencia con el fundamento preventivo-especial de la suspensión¹²¹. Resulta

extraño que un criterio propio de las medidas se aplique a las penas, por ello se ha propuesto entenderlo en el sentido de valorar si la suspensión evitará un nuevo delito y no como establecimiento positivo del grado de peligrosidad, según ocurre en las medidas¹²², interpretación restrictiva desde principios aplicativos de las penas en la que la peligrosidad se valora en sentido negativo, cuando basta con la suspensión para que no se delinca, y no positivamente, como necesidad de una medida destinada a eliminar la peligrosidad¹²³. El parámetro viene a sustituir al pronóstico criminal con el que, esencialmente, se dice, coincide¹²⁴. La peligrosidad criminal, a tenor de los artículos 9, 78 y, especialmente, la circunstancia segunda del artículo 95.1 del Código penal, implica un «pronóstico de comportamiento futuro», dicción redundante, porque no existen los pronósticos de pasado, «que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos». La mentada peligrosidad representa un criterio global que también se aplica a la duración del plazo de suspensión y al señalamiento de deberes¹²⁵. Desde el punto de vista práctico debe criticarse que los jueces no empleen normalmente métodos criminológicos para evaluar el riesgo y los factores criminógenos así como que sólo se conceda la suspensión a delincuentes con bajo riesgo de reincidencia; ambos aspectos son contrarios a un modelo rehabilitador¹²⁶.

La reforma de 25 de noviembre de 2003 incorporó un inciso final al artículo 80.1 por el que también obliga a tomar en consideración para suspender la pena «la existencia de otros procedimientos penales» contra el sujeto, novedad que valora circunstancias aleatorias, al no haberse alcanzado todavía la sentencia, lo cual suscita dudas de constitucionalidad por infracción de la presunción de ino-

109 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, pp. 105 y 106.

110 Cfr. PRATS CANUT, M./TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.*, p. 626.

111 Cfr. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

112 NÚÑEZ PAZ, M.A., «Alternativas...», *cit.*, p. 147; DEL MISMO AUTOR, «La aplicación de la *probation*...», *cit.*, p. 736. Así también cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 586; PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 75.

113 MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 561; PRATS CANUT, M./TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.*, p. 625.

114 Cfr. ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 307.

115 Cfr. CID MOLINÉ, J., *op. cit.*, p. 67.

116 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 107.

117 MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 691, marginal 32.

118 SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, p. 466.

119 MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 560; VIDAL CASTAÑÓN, A., *op. cit.*, p. 39.

120 Cfr. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *op. cit.*, p. 853; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 588; ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 306; PRATS CANUT, M./TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.*, p. 625.

121 Cfr. MIR PUIG, S., *op. cit.*, pp. 691 y 692, marginal 32; PERIS RIERA, J., *op. cit.*, pp. 1097 y 1099.

122 Cfr. GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 103.

123 Cfr. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 560; PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1110; SOLA RECHE, A. DE, «Penas alternativas, formas substitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad en el nuevo Código penal», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 6, 1996, p. 1208.

124 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 106.

125 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, *loc. cit.*; PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1099.

126 Cfr. CID MOLINÉ, J., *op. cit.*, pp. 65-68.

encia¹²⁷, consagrada en el artículo 24.2 de nuestra Carta Magna, debido a la injusta anticipación mental del resultado de procesos en curso¹²⁸, y da entrada en el Texto punitivo a un Derecho penal de autor que no atiende a hechos sino a conductas de vida o a personalidades conflictivas¹²⁹. El desafortunado criterio obliga a interpretar, a juicio de MAPELLI CAFFARENA, la peligrosidad en términos demasiado objetivos, no aclara si debe mediar relación con el delito juzgado, si basta una infracción imprudente o una falta, arbitrariedades y discriminaciones que atentan contra los principios de igualdad y seguridad jurídica¹³⁰. Para salvar los escollos anticonstitucionales la referencia debería interpretarse como posibilidad denegatoria ante un «pronóstico de que el reo se sustraerá a la acción de la Justicia»¹³¹, v. gr., procedimientos previos en los que la rebeldía del acusado genere la suspensión¹³². En todo caso, no será suficiente considerar automáticamente los procedimientos no concluidos, «sino sólo en cuanto aporten concretos y suficientes indicios de peligrosidad criminal¹³³; o sea: la existencia de tales procedimientos opera como un mero complemento o indicio de la peligrosidad¹³⁴, un «síntoma»¹³⁵ que «abona»¹³⁶ dicha idea, cuya ausencia sigue siendo el núcleo esencial entorno al que gira el beneficio. Asimismo, únicamente se tendrán en cuenta los procesos vigentes por delito, ya que el término «existencia» descarta los procedimientos cerrados¹³⁷. Además, el parámetro difícilmente podrá aplicarse «por la falta de un registro

general de causas penales»¹³⁸ abiertas y poco más ayuda el nuevo registro relativo a la violencia sexista con la anotación de medidas cautelares y órdenes de protección de procedimientos en trámite y sentencias no firmes¹³⁹. Se precisaría una conexión entre todos los juzgados de consecución práctica «harto difícil»¹⁴⁰.

IV. Plazos de suspensión

El artículo 80.2 del Texto punitivo dispone dos plazos de suspensión. El primero abarca «de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años», período de suspensión idéntico al previsto en el §56a.1 del *StGB* alemán¹⁴¹ y en el §44.1 del Código penal suizo¹⁴² y cuya duración máxima coincide con la señalada por el artículo 163.1¹⁴³ del *Codice penale* italiano, pero que supera a los establecidos en otros países de nuestro entorno jurídico, que fijan plazos de suspensión inferiores, v. gr., tres años en Inglaterra y Francia¹⁴⁴, aunque el 12 de diciembre de 2005 se modificó el artículo 132-42 del Código penal francés para permitir ampliar a los reincidentes el período de prueba hasta cinco años o siete si se encuentran en una nueva situación de reincidencia legal¹⁴⁵.

De otro lado, la redacción legal «penas privativas de libertad inferiores a dos años» constituye una «antinomía»¹⁴⁶, porque contradictoriamente¹⁴⁷ excluye la prisión de dos años cuando de forma expresa se incluye en los ar-

127 Cfr. ABEL SOUTO, M., «Discordancias y errores...», *cit.*, p. 80; MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 692, marginal 32; MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 106; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 560; PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, pp. 133 y 134; VIDAL CASTAÑÓN, A., *op. cit.*, p. 38.

128 Cfr. SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, p. 473.

129 Cfr. ABEL SOUTO, M., «Discordancias y errores...», *cit.*, p. 80; PRATS WESTERLINDH, C., Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003, Dykinson, Madrid, 2004, p. 42.

130 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, pp. 106 y 107.

131 MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 560.

132 Cfr. 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 CASTELLANO RAUSELL, P. (dir.), Las últimas reformas penales, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 290; MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E., *op. cit.*, p. 45.

133 MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 692, marginal 32.

134 Cfr. VIDAL CASTAÑÓN, A., *op. cit.*, pp. 36-39.

135 GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 312.

136 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 588.

137 Cfr. VIDAL CASTAÑÓN, A., *op. cit.*, p. 37.

138 MANZANARES SAMANIEGO, J.F., *op. cit.*, p. 17.

139 Cfr. CERES MONTES, J.F., *op. cit.*, p. 293; PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 134.

140 MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E., *op. cit.*, p. 45; VIDAL CASTAÑÓN, A., *op. cit.*, p. 39.

141 Vid. FISCHER, T., *op. cit.*, p. 458, marginal 1; LACKNER, K./KÜHL, K., *op. cit.*, p. 364, marginal 1; STREE, W., *op. cit.*, p. 878, marginal 2.

142 Cfr. HURTADO POZO, J., *op. cit.*, p. 497, marginal 1551; STRATENWERTH, G./WOHLERS, W., *op. cit.*, pp. 98 y 99, marginal 2.

143 Cfr. PALAZZO, F., *op. cit.*, p. 598.

144 Cfr. NÚÑEZ PAZ, M.A., «La aplicación de la probation...», *cit.*, pp. 709, 710, nota 26, 712, 718 y 722.

145 Cfr. MAYAUD, Y./GAYET, C., *op. cit.*, p. 370.

146 PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 136.

147 Cfr. MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E., *op. cit.*, p. 51.

títulos 80.1 y 81, condición segunda, que aluden a la posibilidad de que la suspensión alcance a penas no superiores a dos años, discordancia que debe ser resuelta a favor de estos últimos preceptos, pues lógicamente no cabe suspender una prisión de dos años y que se deje sin plazo de suspensión cuando a una pena menor, de dos años menos un día, puede fijársele un plazo de suspensión de cinco años.

Respecto al segundo plazo de suspensión, comprende, a tenor del artículo 80.2, «de tres meses a un año para las penas leves», mención final confusa¹⁴⁸ si se la contrapone a la anterior referencia a las «penas privativas de libertad inferiores a dos años». Únicamente se trata de una referencia «puramente gramatical y de estilo»¹⁴⁹, la cual no permite entender que puedan suspenderse todas las penas leves, ya que prevalece la referencia a las penas privativas de libertad registrada en las rúbricas del capítulo y de la sección así como en el artículo 80.1.

El anterior Texto punitivo no distinguía plazos de suspensión para las penas correspondientes a delitos y faltas¹⁵⁰ sino que fijaba un solo plazo suspensivo de dos a cinco años¹⁵¹, tratamiento conjunto denunciado por la doctrina al generar «períodos de prueba excesivamente largos para hechos penalmente poco significativos»¹⁵². En consecuencia, la acertada modificación acaba con las «injusticias materiales por desproporción»¹⁵³, que permitían convertir la institución ideada para beneficiar al reo en algo que le perjudicaba.

Así las cosas, en caso de faltas las penas suspendibles son la responsabilidad personal subsidiaria, de hasta un mes de duración, que proceda del impago de una multa cuya duración no supere los dos meses¹⁵⁴, y la localización permanente.

En lo que atañe a la posibilidad de suspender la ejecución de la localización permanente¹⁵⁵, algún autor se ha opuesto¹⁵⁶. Aun cuando dicha pena no implique riesgos de contagio criminógeno y aunque la redacción de los artículos 80 y siguientes del Texto punitivo pudiera sugerir un instituto ideado para las sanciones impuestas por delitos, pues se exige, entre las condiciones que figuran en el artículo 81, haber «delincuado por primera vez» y se alude a la cancelación de antecedentes penales o a que la pena no sea superior a dos años¹⁵⁷, tanto «la literalidad de la Ley»¹⁵⁸ como el espíritu que inspira la suspensión¹⁵⁹ permiten el acceso de la localización permanente a esta alternativa. En efecto, la rúbrica que encabeza los artículos 80 y siguientes del Código penal lleva por título «de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad» y los apartados primero y segundo del artículo 80 también se refieren a «las penas privativas de libertad». Por tanto, dado que la localización permanente se erige en pena privativa de libertad, por disposición legal del Código¹⁶⁰ y según su contenido, puede suspenderse¹⁶¹. Asimismo, el artículo 80.2 del Código penal al fijar los plazos de suspensión habla de «las penas leves», plural que abarca la localización permanente, pena privativa de libertad leve por antonomasia, y la responsabilidad personal subsidiaria, cuando proceda del impago de una multa leve¹⁶², penas ambas suspendibles durante un plazo de tres meses a un año. Por último, el tenor literal del artículo 83.1 del Texto punitivo admite la imposición de reglas de conducta «en el caso de que la pena suspendida fuese de prisión», redacción que sugiere, «a sensu contrario»¹⁶³, otros supuestos de suspensión distintos de la mencionada pena. No obstante, existe una línea jurisprudencial que excluye las faltas de la suspensión

148 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, pp. 19 y 24.

149 PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1105, nota 32.

150 Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 672.

151 Cfr. PRATS CANUT, M./TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.*, p. 626.

152 SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, p. 466.

153 PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1104.

154 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 117; PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 138.

155 Vid. ABEL SOUTO, M., La pena de localización permanente, Comares, Granada, 2008, pp. 84-86.

156 Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, p. 22; MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, pp. 102 y 103. El primer autor afirma que «es poco razonable que una sanción de tan escasa entidad conlleve... un control posterior que abarcaría, en su caso, a las obligaciones o deberes del artículo 83», lo cual no es cierto, pues el mismo precepto que cita restringe la posibilidad de señalar tales cargos al «caso de que la pena suspendida fuese de prisión».

157 Cfr. VIDAL CASTAÑÓN, A., *op. cit.*, p. 59.

158 COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., «La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la Ley orgánica 15/2003», en VIERA MORANTE, F.J. (dir.), Las penas y sus alternativas, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 186.

159 Cfr. VIDAL CASTAÑÓN, A., *op. cit.*, p. 60.

160 Vid. art. 35.

161 Cfr. CERES MONTES, J.F., *op. cit.*, p. 340; CID MOLINÉ, J., *op. cit.*, p. 77, nota 1; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 585; PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, pp. 83-85.

162 Cfr. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., *op. cit.*, p. 186.

163 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 585; GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 302.

para no dar sensación de impunidad¹⁶⁴. En tal sentido desde el Tribunal supremo se aconseja ejecutar la localización permanente «en la mayoría de los casos por lo que tiene de respuesta rápida, leve y significativa a la comisión del hecho»¹⁶⁵. Mas, si tenemos en cuenta que el juez, según el Código penal, para conceder la suspensión «atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto», entonces la regla general en sede de localización permanente debería ser la suspensión¹⁶⁶, justamente la contraria a la propuesta por algún magistrado del Tribunal supremo, pues en el campo de las faltas, que no generan antecedentes penales, resulta difícil concebir una «prognosis de peligrosidad criminal»¹⁶⁷.

Después añade el artículo 80.2, para fijar el plazo de suspensión, una «previa audiencia de las partes», que ha sido calificada de «enigmática»¹⁶⁸. Ciertamente, es curioso que el legislador exija semejante trámite para señalar el período de prueba y no para la suspensión misma, salvo lo previsto excepcionalmente en el artículo 86 del Código penal¹⁶⁹, para los delitos perseguibles previa denuncia o querrela del ofendido, cuando el juez dicte sentencia oral en el acto del juicio según el artículo 789.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal o en la conformidad del artículo 787.6 si el fiscal y las partes manifiestan su decisión de no recurrir¹⁷⁰. El resultado del trámite no deviene, desde luego, vinculante¹⁷¹ y la audiencia se extiende a los personados, incluido el condenado¹⁷², para el que puede ser más oneroso un largo plazo de suspensión que cumplir una pena leve¹⁷³, pero también al ministerio fiscal, al acusador particular¹⁷⁴ y a los perjudicados, conforme a las actuales tendencias orientadas a la protección de la víctima¹⁷⁵, pues

también se trata de ofrecerle mayor participación en el proceso¹⁷⁶. Pese al silencio legal, parece razonable que la audiencia relativa al plazo se conecte con la necesidad de motivación¹⁷⁷ e igualmente se aproveche para que las partes presenten sus alegaciones sobre la concesión o denegación del beneficio, las cuales deberían tenerse en cuenta al motivar la resolución¹⁷⁸.

Por último, tres criterios legales orientan la tarea del legislador a la hora de fijar el plazo¹⁷⁹: «las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena». Las dos primeras referencias deben valorarse como índices preventivo-especiales que revelen la suficiencia de la suspensión y el plazo para evitar un nuevo delito¹⁸⁰, «teniendo en cuenta que a mayor duración del plazo mayor rigor de la respuesta penal»¹⁸¹, y al estar relacionadas con el concepto de peligrosidad ya habrán sido tomadas en consideración para acordar la suspensión, aunque no existe inconveniente en que vuelvan a ponderarse con el fin de establecer el plazo de prueba¹⁸². Concretamente, «las circunstancias personales del delincuente» contienen, en palabras de DÍEZ RIPOLLÉS, «referencias claramente resocializadoras»¹⁸³, las «características del hecho» apuntan, según PRATS CANUT y TAMARIT SUMALLA, a los «elementos fácticos y personales que rodean la ejecución»¹⁸⁴ y «la duración de la pena» impide señalar períodos de prueba inferiores a la extensión de la pena suspendida, como se deduce de las proporciones mantenidas en la Ley¹⁸⁵, interpretación que cuenta con asidero legal en la en otro caso antinómica referencia a las «penas privativas de libertad inferiores a dos años» del artículo 80.2, cuyo único sentido sería manifestar que el período de prueba siempre

164 Vid. VIDAL CASTAÑÓN, A., *op. cit.*, pp. 60 y 61, con ulteriores referencias.

165 COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., *op. cit.*, p. 187.

166 Cfr. ABEL SOUTO, M., La pena de localización..., *cit.*, pp. 84 y 85.

167 VIDAL CASTAÑÓN, A., *op. cit.*, p. 60.

168 GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 104.

169 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, p. 25.

170 Cfr. MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E., *op. cit.*, p. 57.

171 Cfr. GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 104; MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E., *op. cit.*, p. 57; MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 117; PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1106.

172 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 118.

173 Cfr. PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1106 y nota 34.

174 Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 314.

175 Cfr. MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E., *op. cit.*, p. 57.

176 Cfr. LARRAURI PIJOÁN, E., *op. cit.*, p. 214.

177 Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 314.

178 Cfr. MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E., *op. cit.*, p. 57.

179 Cfr. ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 307; PRATS CANUT, M./TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.*, p. 627.

180 Cfr. GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 104.

181 *Ibidem*.

182 Cfr. PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 138.

183 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 588.

184 PRATS CANUT, M./TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.*, p. 627.

185 Cfr. GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 104; PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 137.

superará la extensión de la pena suspendida; en definitiva, con ello se atiende a necesidades preventivo-generales y especiales, intimidatorias e inocuidadoras¹⁸⁶, pero también se pretende evitar desproporciones entre la duración de la pena suspendida y el período de prueba¹⁸⁷.

V. Requisitos:

A) Delincuencia primaria

El artículo 81 del Código penal, en su condición 1ª, exige para suspender la ejecución de la pena «que el condenado haya delinquido por primera vez».

Antes de analizar este requisito, conviene denunciar que el legislador de noviembre de 2003 incurrió, en el párrafo segundo del artículo 94, en una errónea mención a la suspensión que contradice lo dispuesto en el párrafo primero, el cual circunscribe la definición de reos habituales «a los efectos previstos en la sección 2ª», referida a la sustitución, cita de la suspensión que carece de sentido, dado que la no habitualidad fue suprimida del artículo 87 por la Ley orgánica 15/2003 como circunstancia necesaria para que los drogodependientes accediesen a la suspensión, respecto a los enfermos muy graves con padecimientos incurables el artículo 80.4 nunca exigió esa condición y en cuanto al régimen general el requisito para la suspensión sigue siendo la primariedad delictiva, concepto distinto de la no habitualidad. Además, con mayor diligencia en la elaboración de las normas se habría cambiado la rúbrica que encabeza el artículo 94, pues ya no contiene «disposiciones comunes», sino que sólo alude a la sustitución¹⁸⁸.

En cuanto a la noción de delincuente primario, no es fáctica sino que se trata de un «concepto jurídico»¹⁸⁹, ya que no impiden la primariedad delictiva, conforme al artículo 81, los delitos imprudentes ni los antecedentes cancelados, de modo que, aun cuando normalmente los reincidentes no serán delincuentes primarios¹⁹⁰, la categoría no coincide

con la ausencia de la agravante octava del artículo 22, que exige la misma naturaleza de las infracciones y no se limita a los delitos dolosos¹⁹¹. En este sentido el anteproyecto de 14 de julio de 2006 puso de relieve que nos hallamos en presencia de nociones diferentes, pues pretendió sustituir el concepto de delincuente primario, de la condición primera del artículo 81, por «que el condenado no sea reincidente o habitual», lo que fue criticado en el informe del Consejo General del Poder Judicial por ampliar el ámbito de la suspensión, aunque sí le pareció oportuna a este órgano la restricción que suponía al incluir la dicción los delitos imprudentes¹⁹². El inciso no pasó a los proyectos posteriores.

En el fondo subyace la idea de que los «delincuentes debutantes» acceden a la suspensión porque para ellos «la amenaza de la pena genera un efecto intimidatorio suficiente y más eficaz»¹⁹³ que su imposición. Las posibilidades de reinserción permiten otorgarles «un voto de confianza»¹⁹⁴.

Inicialmente el Código penal alude a que se «haya delinquido por primera vez», términos que la «doctrina mayoritaria»¹⁹⁵, casi «unánime»¹⁹⁶, interpreta en el sentido «estricto»¹⁹⁷, «literal»¹⁹⁸, «riguroso»¹⁹⁹ o «gramatical»²⁰⁰ de que delinquir es cometer un delito y la realización previa de faltas no impide la consideración de delincuente primario²⁰¹. En contra de esta interpretación restrictiva que favorece al reo se ha escrito que tradicionalmente el uso del verbo «delinquir» en el Código penal abarca los delitos y faltas, así como que al permitirse la suspensión de las penas leves las faltas deben incluirse en el requisito «que el condenado haya delinquido por primera vez» del artículo 81, aunque una interpretación histórica que atiende a que la finalidad de extender la «condena condicional» a las faltas fue beneficiar al reo y no endurecer la suspensión podría excluir las faltas del término «delinquir»²⁰². Además, el criterio contrario sería impracticable por la dificultad de conocer esas condenas al no anotarse las faltas en el registro de penados y rebeldes²⁰³. Asimismo, parece «inco-

186 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 588.

187 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 105.

188 Cfr. ABEL SOUTO, M., «Discordancias y errores...», *cit.*, p. 83 y bibliografía allí citada.

189 PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1115; SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, p. 472.

190 Cfr. ORTS BERENQUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 307.

191 Cfr. PRATS CANUT, M./TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.*, p. 629.

192 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, pp. 179 y 180.

193 SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, p. 472.

194 FERRÉ OLIVÉ, J.C., en EL MISMO AUTOR/NÚÑEZ PAZ, M.A./RAMÍREZ BARBOSA, P.A., *op. cit.*, p. 641.

195 ORTS BERENQUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 307.

196 PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1116.

197 MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 561.

198 MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 109. Así también cfr. VIDAL CASTAÑÓN, A., *op. cit.*, p. 33.

199 PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 104.

200 ORTS BERENQUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 307.

201 Cfr. MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E., *op. cit.*, p. 49.

202 Cfr. MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 693, marginal 41 y nota 36.

203 Cfr. SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, pp. 472 y 473. En el mismo sentido cfr. PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1116; PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 104, nota 75.

herente»²⁰⁴, ilógico²⁰⁵ y desproporcionado excluir las condenas por delitos imprudentes y no las faltas, escasamente relevantes desde el punto de vista penal²⁰⁶. Igualmente, se dice que el artículo 80.3 distingue entre delitos y faltas, lo cual implica que cuando el legislador estima necesario referirse a la infracción criminal leve lo hace expresamente²⁰⁷. Por último, desde una perspectiva político-criminal²⁰⁸ y teleológica²⁰⁹, que atienda al criterio fundamental de la peligrosidad²¹⁰, debe considerarse que, al ser la suspensión facultativa, el legislador ha optado por dejar al juez la decisión de los casos en que una condena anterior por falta comporta un síntoma de peligrosidad criminal que neutralice la suspensión²¹¹, infracciones leves que, por lo demás, no suelen ser reveladoras de tal pronóstico²¹².

Por otra parte, aunque a veces la cuestión suscite «críticas sociales»²¹³, «es necesaria»²¹⁴ una sentencia firme²¹⁵ para impedir la suspensión al entender que se ha «delincuado», pues hasta el momento en que gane firmeza la sentencia prevalece el mandato constitucional de la presunción de inocencia²¹⁶, como pone de manifiesto unánimemente la doctrina y en el mismo sentido se pronuncia con claridad la jurisprudencia²¹⁷ e incluso la Fiscalía General del Estado en su consulta nº 4/1999, de 17 de septiembre²¹⁸, en caso contrario se produciría una injusta anticipación mental del resultado de un proceso en curso²¹⁹, aunque la reforma de 25 de noviembre de 2003 permite tener en cuenta procedimientos no concluidos para valorar la peligrosidad

del sujeto a los efectos de conceder la suspensión²²⁰. Con todo, el carácter de *conditio sine qua non* de la delincuencia primaria conectado a la exigencia de sentencia firme puede generar disfunciones al permitir la consideración de delincuente primario del autor de varios delitos, cometidos en momentos distintos y juzgados en diferentes procedimientos²²¹, con agravios comparativos al admitir o descartar el acceso a la suspensión dependiendo de la lentitud o rapidez en la tramitación de los procedimientos. Además, como denuncia QUINTERO OLIVARES, puede darse la paradoja de que un delito menos grave impida el beneficio y no otro grave al estar todavía pendiente de juicio²²².

Seguidamente, aclara la condición primera del artículo 81, respecto al concepto de delincuente primario, que «a tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes», de manera que, al excluir todas las condenas por comisión negligente, el Código penal de 1995 «supone una ampliación de las posibilidades de suspensión condicional»²²³, que el derogado Texto punitivo limitaba en su artículo 93 a «la primera condena por imprudencia», lo cual ya había representado otro ensanchamiento del campo aplicativo gracias a la Ley 8/1983, de 25 de junio²²⁴, pese a que la diferencia entre infracciones dolosas y negligentes se venía reclamando por la doctrina desde principios del pasado siglo dada «la menor peligrosidad criminal del delincuente culposo frente al doloso»²²⁵ y el criterio político-criminal del «distinto desvalor ínsito

204 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 586.

205 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, p. 34.

206 Cfr. SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, p. 473; VIDAL CASTAÑÓN, A., *op. cit.*, pp. 32 y 33.

207 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, p. 34; PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1116; SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, p. 473.

208 Cfr. PERIS RIERA, J., *op. cit.*, *loc. cit.*

209 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 586.

210 Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 306; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, p. 34.

211 Cfr. SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, p. 473.

212 Cfr. GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 105.

213 QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 673.

214 MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 561.

215 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 586; GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 105; GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 307 y nota 50; MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E., *op. cit.*, p. 48; MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 108; ORTS BERENQUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 307; PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 103; QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 672; SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, p. 473; VIDAL CASTAÑÓN, A., *op. cit.*, p. 30.

216 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 109; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 561; PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, *loc. cit.*; SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, *loc. cit.*

217 Cfr. VIDAL CASTAÑÓN, A., *op. cit.*, p. 30, que cita sentencias de diversas audiencias provinciales.

218 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, p. 33.

219 Cfr. SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, p. 473.

220 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 586; GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 307.

221 Cfr. PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, pp. 103, 104 y nota 74.

222 Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 673.

223 MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 694, marginal 43.

224 NÚÑEZ PAZ, M.A., «Alternativas...», *cit.*, pp. 144 y 145; DEL MISMO AUTOR, «La aplicación de la *probatión*...», *cit.*, pp. 732 y 733; QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 672.

225 SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, p. 474.

en los delitos culposos»²²⁶, aunque a algún autor le pareció oportuna la propuesta, contenida en el anteproyecto de 14 de julio de 2006, relativa a la inclusión de los delitos imprudentes al tomar en consideración los «tipos criminológicos que revelan una tendencia a la causación de resultados lesivos o dañosos»²²⁷, propuesta que, por fortuna, desapareció de los proyectos posteriores. En cualquier caso, los delitos contra la seguridad vial de los artículos 379.2 y 381.1, al tratarse de infracciones dolosas, impedirán catalogar al condenado por ellas como delincuente primario²²⁸.

Por último, la condición primera del artículo 81 tampoco tiene en cuenta para la delincuencia primaria «los antecedentes penales que hayan sido cancelados o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código», lo que adecua la legislación penal a la Constitución, en la medida en que equipara al delincuente rehabilitado con el primario, porque cumplidas las condiciones y superados los plazos que se exigen «es un ciudadano tan «resocializado» como los demás»²²⁹, equiparación que ya se remonta a la reforma de 1983²³⁰. La fórmula «o debieran serlo» evita que los errores o demoras en la cancelación afecten negativamente al penado, de modo que lo definitivo para la suspensión es el transcurso de unos plazos y no la conclusión del expediente rehabilitador²³¹. Con todo, desde el punto de vista político-criminal, resulta oportuno que los antecedentes penales no excluyan el beneficio, a pesar de la escasa aceptación social de esta idea²³² en una comunidad que no comprende la resocialización²³³, puesto que la *probation* puede constituir el mejor remedio para las personas con antecedentes vivos necesitadas de un tratamiento de los factores que reduzcan la probabilidad de reincidencia²³⁴.

De lege ferenda resulta discutible el requisito de la delincuencia primaria, especialmente si se toman en conside-

ración investigaciones que arrojan un 47% de reincidencia entre los adultos y hasta un 70% en los menores²³⁵ para los que la juventud es un factor de criminalidad, delincuentes juveniles a los que la propia madurez de los años ya resocializa²³⁶. La exigencia entraña una «fuerte objetivización de rancio sabor retribucionista»²³⁷, porque unas veces la falta de primariedad delictiva refleja una peligrosidad que justifica la exclusión del beneficio, pero otras constituye un «dato irrelevante incapaz de explicar»²³⁸ la no concesión. En consecuencia, no resulta oportuno que la reincidencia legal descarte *a priori* la suspensión²³⁹, ni la habitualidad debería excluir o dificultar las alternativas a la prisión, ni los antecedentes penales, que se ponderarían para imponer programas de tratamiento en libertad. Conviene ampliar las posibilidades de suspender la prisión y la discrecionalidad judicial para individualizar la pena alternativa, dada la inefectiva aplicación práctica de los sustitutivos a sujetos con antecedentes cuyas necesidades de rehabilitación podrían satisfacerse en libertad, por ello el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL ya propuso hace unos años que los antecedentes no puedan excluir las penas sustitutivas²⁴⁰ y, para evitar eventuales problemas con los reincidentes y habituales, en la reunión celebrada el 11 y 12 de diciembre de 2009, se sugirió la posibilidad de aplicarles, adicionalmente, una vigilancia electrónica. De hecho en Alemania, según el §56.1 del *StGB*, las condenas anteriores permiten la suspensión cuando concorra una prognosis social favorable²⁴¹, la *probation* anglosajona se aplica a los reincidentes, también en Francia la *mise à l'épreuve* se abre más a los mencionados delincuentes no primarios que el simple *sursis*, en Italia se admite la suspensión con antecedentes de escaso relieve²⁴² y tampoco en países iberoamericanos, como Colombia, se excluye a los reincidentes de la suspensión²⁴³. Si se pretende, eludir

226 PRATS CANUT, M./TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.*, p. 631.

227 MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, p. 180.

228 Cfr. MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E., *op. cit.*, pp. 50 y 51; PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 105.

229 SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, p. 475.

230 Cfr. PRATS CANUT, M./TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.*, p. 630.

231 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 110.

232 Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 673.

233 Cfr. RÍOS CORBACHO, J.M., *op. cit.*, p. 73.

234 Cfr. CID MOLINÉ, J., *op. cit.*, p. 85 y bibliografía citada en la nota 11.

235 Cfr. LARRAURI PIJOÁN, E., *op. cit.*, p. 210 y nota 10.

236 Cfr. RÍOS CORBACHO, J.M., *op. cit.*, pp. 93 y 94.

237 MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 108.

238 *Ibidem*.

239 Cfr. SOLA DUEÑAS, A. DE, en EL MISMO AUTOR/GARCÍA ARÁN, M./HORMAZÁBAL MALARÉE, H., Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba, PPU, Barcelona, 1986, p. 187.

240 Cfr. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *op. cit.*, pp. 15 y 50.

241 Vid. FISCHER, T., *op. cit.*, pp. 452 y 453, marginales 3 y 6; LACKNER, K./KÜHL, K., *op. cit.*, p. 359, marginal 10; STREE, W., *op. cit.*, p. 870, marginales 21 y 22.

242 Cfr. NÚÑEZ PAZ, M.A., «Alternativas...», *cit.*, p. 140; DEL MISMO AUTOR, «La aplicación de la *probation*...», *cit.*, pp. 708, 709, 712 y 723.

243 Cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C., en EL MISMO AUTOR/NÚÑEZ PAZ, M.A./RAMÍREZ BARBOSA, P.A., *op. cit.*, p. 641.

el contagio carcelario, el que delinque por segunda vez podría no haber ingresado nunca en prisión y no sería inmune a tal contagio; por consiguiente, la delincuencia primaria no debería representar una condición preventivo-general necesaria sino sólo un elemento que pondere el juez desde la prevención especial²⁴⁴. Conviene valorar los antecedentes en el estudio de la personalidad y no mantenerlos como una *conditio sine qua non* de acceso al beneficio²⁴⁵.

B) Penas no superiores a dos años

La Ley orgánica 15/2003 se detuvo en la condición segunda del artículo 81 para realizar algún cambio, la cual ahora exige para la suspensión «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». Parece que el legislador de noviembre de 2003 ha jugado y perdido a las siete y media con la redacción de este precepto, pues se ha excedido en la farragosa y redundante dicción del inciso inicial, al incluir las «penas impuestas», en plural, y se ha quedado demasiado pronto en las últimas palabras del precepto, dado que entre «la» y «derivada» falta algo: una alusión a la responsabilidad personal subsidiaria o a la privación de libertad²⁴⁶.

Comienza la condición segunda con una referencia a las sanciones «impuestas» de la que se deduce que no se trata del marco penal abstracto recogido en los tipos de la parte especial sino de la «concreta pena impuesta»²⁴⁷ establecida en la sentencia después de su individualización²⁴⁸, con lo que es posible suspender la prisión correspondiente a delitos graves tras las oportunas rebajas penológicas²⁴⁹.

Inicialmente el Código penal de 1995 aludía a la suma de las penas impuestas «en una misma sentencia», inciso que suprimió la Ley orgánica 15/2003, por lo que ahora resulta indiferente que los sumandos correspondan a pe-

nas impuestas en el mismo o diferentes procesos²⁵⁰, aunque sorprendentemente la circular de la Fiscalía General del Estado n° 1/2005, de 25 de noviembre, estima la reforma una simple mejora técnica que elimina una redundancia pero mantiene el parámetro anterior de cómputo en la misma sentencia²⁵¹. Claramente se aplica la suspensión a varias penas de prisión impuestas en un mismo procedimiento por pluralidad de delitos, respecto al concurso real, con independencia de si existe conexión, pues basta su acumulación por economía procesal²⁵², —aunque en el concurso real, estrictamente, sólo se delinque por primera vez cuando se comete la primera infracción, mas la redacción de la condición segunda parece favorecer la inclusión, posible gracias a una interpretación restrictiva-correctiva de la condición primera²⁵³, amén de que la jurisprudencia viene admitiendo la primariedad delictiva en los casos de concurso real²⁵⁴ y la consulta de la Fiscalía General del Estado n° 4/1999, de 17 de septiembre, considera indiferente la naturaleza real o ideal del concurso²⁵⁵— y también en el marco del concurso ideal cuando se apliquen distintas penas de prisión por separado a tenor del artículo 77.3²⁵⁶, ya que en el resto de los supuestos realmente no concurre pluralidad de penas, porque el artículo 77.2 las acumula todas en una²⁵⁷. Igualmente, cabe suspender las penas de prisión impuestas en varios procedimientos por pluralidad de delitos²⁵⁸ si, según el artículo 76.2, «los hechos, por su conexión o el momento de su comisión» pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso y ninguna de las sentencias en las que se recoja esa prisión haya ganado firmeza, pues se excluiría la primariedad delictiva, salvo que versen sobre delitos imprudentes o antecedentes cancelados²⁵⁹.

Por otra parte, la mención a «la suma de las impuestas» resuelve una controversia doctrinal y jurisprudencial existente durante la vigencia del anterior Texto punitivo²⁶⁰, ya que no permite suspender una pluralidad de penas que

244 Cfr. PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 98, nota 68 y p. 99.

245 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 102.

246 Cfr. ABEL SOUTO, M., «Discordancias y errores...», *cit.*, p. 80.

247 MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E., *op. cit.*, p. 51.

248 PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 113; SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, p. 477.

249 Cfr. Díez RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 586.

250 Cfr. MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E., *op. cit.*, p. 652; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, pp. 36 y 37; ORTOS BERENQUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 308.

251 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, *loc. cit.*

252 Cfr. Díez RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 586; GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, pp. 307 y 308, aunque advierte que el criterio de la peligrosidad y la existencia de otros procedimientos restringirá la aplicación; MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 111. De otra opinión *vid.* GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 108, que exige conexidad delictiva dado el fundamento preventivo-general del límite, que no debe alterarse por razones de economía procesal.

253 Cfr. MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 694, marginal 45.

254 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 109.

255 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, p. 33; PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, pp. 106 y 107.

256 Cfr. Díez RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 586.

257 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, pp. 109 y 111.

258 En contra *vid.* GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 308.

259 Cfr. Díez RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, pp. 586 y 587.

260 Cfr. SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, p. 477.

aisladamente no superen el límite de dos años si su suma lo rebasa, solución acorde con el límite preventivo-general de los dos años²⁶¹, pero restrictiva, pues acaba con las prácticas judiciales que suspendían múltiples penas cuando ninguna por sí sola excedía del tope máximo de las penas suspendibles²⁶².

Asimismo, según el auto de la sala segunda del Tribunal supremo, de 29 de mayo de 2001, cabe suspender la prisión superior a dos años que debido a un indulto parcial posterior vea rebajada su duración por debajo de dicho tope²⁶³. Por tanto, aunque el tenor literal del precepto pudiera permitir otra interpretación, a estos efectos se entenderá por pena impuesta el resultado de restarle a la prisión inicial el indulto parcial concedido²⁶⁴, pues el artículo 193.2 del reglamento penitenciario se muestra favorable al cómputo del indulto y el artículo 82 del Código penal exige un pronunciamiento urgente sobre la suspensión en armonía con el artículo 4.4, que permite paralizar la ejecución cuando pueda vulnerarse el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas²⁶⁵.

Finalmente, la reforma de 25 de noviembre de 2003 excluyó del cómputo de los dos años la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, cuestión distinta a la posibilidad de suspender este arresto sustitutivo²⁶⁶, que resulta evidente²⁶⁷. Es decir, *v. gr.*, la imposición de una prisión de dos años y una multa de seis meses, que impagada se convierte en una responsabilidad personal subsidiaria de tres meses, no impide la suspensión al no considerarse rebasado el tope de dos años²⁶⁸. La versión

inicial del Código vigente obligaba a, según unos²⁶⁹, o permitía, a juicio de otros²⁷⁰, computar la responsabilidad personal subsidiaria por constituir pena privativa de libertad, lo que, en todo caso, perjudicaba al insolvente doblemente, porque al no pagar no sólo cumplía el arresto por impago sino también la prisión con la que se superaban los dos años²⁷¹. La reforma, que atiende a las demandas doctrinales, jurisprudenciales²⁷² y hasta de la Fiscalía General del Estado, que intentó en su consulta 4/1999 marginar la responsabilidad personal subsidiaria de la suma de la condición segunda del artículo 81²⁷³, persigue «que la condición patrimonial más desventajosa no vuelva a perjudicar al reo»²⁷⁴, obedece a «razones de justicia material»²⁷⁵. Aunque ya antes de la Ley orgánica 15/2003 algunos autores descartaban la acumulación para el cómputo de los dos años de la responsabilidad personal subsidiaria a la prisión sobre la base de la sentencia del Tribunal constitucional de 16 de septiembre de 1991 y el diferente cumplimiento, al no poder eludirse la prisión pagando pero sí la responsabilidad personal subsidiaria²⁷⁶. Tampoco ha faltado quien resalte la contradicción entre permitir la suspensión de la responsabilidad personal subsidiaria al ser una pena privativa de libertad y luego rechazar la suma con la prisión²⁷⁷, pero todo ello se explica por el fundamento preventivo-especial de la suspensión, que se configura como facultativa, unido a razones humanitarias y de proporcionalidad que inspiran otros preceptos del Código, *v. gr.*, el límite a la imposición de la responsabilidad personal subsidiaria.

261 Cfr. GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 106; GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 308.

262 Cfr. LARRAURI PIJOÁN, E., *op. cit.*, p. 209, nota 6; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, p. 35; PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1118. En contra de ello *vid.* PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, pp. 109-113, que continúa admitiendo actualmente tal posibilidad.

263 Cfr. MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E., *op. cit.*, p. 53; PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 114.

264 Cfr. SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, p. 478.

265 Cfr. PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1120.

266 Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 304; MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E., *op. cit.*, p. 39; MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 694, marginal 46.

267 *Vid.* CID MOLINÉ, J., *op. cit.*, p. 77, nota 1; Díez RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 585; GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 101; GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, pp. 302 y 303; LARRAURI PIJOÁN, E., *op. cit.*, p. 209, nota 4; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, pp. 20 y 21; MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 102; MIR PUIG, S., *op. cit.*, pp. 694 y 695, marginales 46 y 47; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 561; ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 306; PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, pp. 83-85 y 89; SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, pp. 475 y 476.

268 Cfr. MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 694, marginal 46.

269 Cfr. SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, pp. 477 y 478.

270 Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 309.

271 Cfr. GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, pp. 106 y 107.

272 *Vid.* VIDAL CASTAÑÓN, A., *op. cit.*, p. 33.

273 Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, p. 36; MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 110; PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 108, nota 78.

274 Díez RIPOLLÉS, J.L., *op. cit.*, p. 586.

275 GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 309.

276 Cfr. PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1120; PRATS CANUT, M./TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.*, p. 633.

277 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 100.

C) Satisfacción de las responsabilidades civiles

La condición tercera del artículo 81 requiere para la suspensión «que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado», exigencia novedosa no prevista en el anterior Texto punitivo que manifiesta la preocupación de la política criminal actual por satisfacer a la víctima su derecho a indemnizarle el daño originado por el delito, aunque ello se intenta, como advierte MIR PUIG, desde el Derecho penal, negando la suspensión, salvo la excepción que se verá, si tal satisfacción no se produce²⁷⁸. El requisito guarda paralelismo con las exigencias que ya se precisaban antes para la rehabilitación y se encamina a estimular la atención a los intereses de la víctima²⁷⁹ mediante la reparación del daño²⁸⁰, debida relevancia de los intereses de la víctima que también se reconoce en los artículos 88.1 del Código penal respecto a la sustitución, 90.1 c) en relación con la libertad condicional, los apartados quinto y sexto del artículo 72 de la Ley orgánica general penitenciaria²⁸¹ y en la atenuante quinta del artículo 21 del Texto punitivo, referente a la reparación del daño. La verdadera perspectiva victimológica radica en que para prescindir de este requisito, por imposibilidad total o parcial para hacer frente a las responsabilidades civiles, debe escucharse a la víctima²⁸², aunque su criterio no resulte vinculante²⁸³, como reconoce el artículo 81 al exigir una audiencia previa de los interesados.

Concretamente, el Código alude a las «responsabilidades civiles», que abarcan, según el artículo 110, la restitución, reparación e indemnización²⁸⁴, y a que éstas «se hayan satisfecho», lo que exige un resultado anterior a la resolución sobre el beneficio, aunque en los juicios rápidos para las sentencias de conformidad es suficiente, a tenor

del artículo 801.3 de la Ley de enjuiciamiento criminal, un compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles en un plazo prudencial²⁸⁵.

Sin embargo, la condición tercera del artículo 81 permite descartar el requisito de la satisfacción de las responsabilidades civiles al establecer que la exigencia existe «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».

Así pues, la «absoluta imposibilidad»²⁸⁶ o la «declaración de insolvencia»²⁸⁷ eliminan o «niegan virtualidad»²⁸⁸ a este requisito, porque no puede hacerse al insolvente de peor condición, como ya puso de relieve la sentencia del Tribunal constitucional 14/1988, al descartar que se vincule la suspensión al pago de responsabilidades civiles si el penado fuera insolvente²⁸⁹. Se trata de una saludable cautela para salvaguardar el principio de igualdad²⁹⁰, máxime si se tiene en cuenta que el legislador suaviza el requisito al limitarlo a los impagos pese a constatarse la solvencia económica²⁹¹. Además, el aplazamiento del pago de la responsabilidad civil conlleva un reconocimiento implícito de insolvencia parcial, de manera que tal decisión judicial no puede impedir el acceso al beneficio²⁹².

Ahora bien, la responsabilidad civil se tramita, según los artículos 590 y 785.8 b) de la Ley de enjuiciamiento criminal, en pieza separada, que desempeña un papel decisivo para determinar la capacidad de pago, pero «no será el único elemento de valoración»²⁹³, pues la condición tercera del artículo 81 exige una audiencia de los interesados y el ministerio fiscal²⁹⁴, como rememora el Tribunal constitucional en su auto 259/2000, de 13 de noviembre²⁹⁵. Asimismo, habida cuenta de que la pieza

278 Cfr. MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 695, marginal 49.

279 Cfr. PRATS CANUT, M./TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.*, pp. 634 y 635.

280 Cfr. NÚÑEZ PAZ, M.A., «Alternativas...», *cit.*, p. 157; DEL MISMO AUTOR, «La aplicación de la *probatión...*», *cit.*, p. 748; SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, p. 480.

281 Cfr. Díez Ripollés, J.L., *op. cit.*, p. 587.

282 Cfr. PERIS RIERA, J., *op. cit.*, pp. 1121 y 1122.

283 Cfr. PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 118.

284 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 111; PRATS CANUT, M./TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.*, p. 634.

285 Cfr. Díez Ripollés, J.L., *op. cit.*, p. 587; MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E., *op. cit.*, pp. 53 y 54; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, pp. 25 y 38; MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, pp. 112 y 113.

286 ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 308.

287 MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 561.

288 LARRAURI PIJOÁN, E., *op. cit.*, p. 209.

289 Cfr. SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, p. 480. Así también cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, p. 38; PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1122; VIDAL CASTAÑÓN, A., *op. cit.*, p. 35.

290 Cfr. GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 108; PRATS CANUT, M./TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.*, p. 635.

291 Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *op. cit.*, p. 112.

292 Cfr. GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, pp. 108 y 109; GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 310.

293 PRATS CANUT, M./TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.*, p. 635.

294 Cfr. GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 108.

295 Cfr. PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 121, nota 94.

de responsabilidad civil no suele ser la de mayor rapidez en su tramitación, retrasará la decisión sobre la suspensión²⁹⁶, lo cual «no se compagina bien con la «urgencia» que el artículo 82 demanda»²⁹⁷.

Íntimamente relacionado con esta condición se encuentra el artículo 80.3, que afirma, «por supuesto»²⁹⁸, que «la suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados». La condición tercera del artículo 81 demuestra que el artículo 80.3 contiene una mención «innecesaria»²⁹⁹ o superflua y confusa³⁰⁰, arrastrada desde el Código penal de 1932³⁰¹. Se registra una «obviedad»³⁰² porque, «desde luego»³⁰³, lo que se suspende es la pena y no la condena³⁰⁴, el delito y sus efectos no desaparecen, pues la suspensión sólo evita el ingreso en prisión y no extingue las otras consecuencias jurídicas³⁰⁵.

D) Audiencia previa del ofendido en los delitos perseguibles a instancia de parte

El Texto punitivo de 1995 ha superado, en los delitos privados, «el atávico poder de disposición sobre la pena»³⁰⁶ que tenía la parte ofendida, ya que dependía de su voluntad

la suspensión, lo cual no impide que hoy para la concesión del beneficio se exija una audiencia previa, como recuerda el artículo 86, a cuyo tenor: «en los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los jueces o tribunales oírán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena».

Ciertamente, en el antiguo Código penal era lógico requerir la audiencia del perjudicado en los delitos perseguibles a instancia de parte, porque su conformidad convertía en preceptiva la suspensión, pero la desaparición de la «condena condicional» por ministerio de la ley hace que la operatividad del artículo 86 parezca dudosa y convierte este precepto en innecesario³⁰⁷. Carece de sentido mantener el artículo 86, puesto que el principio de contradicción ya se reconoce en el artículo 80.2³⁰⁸. Tal vez, por la ubicación sistemática del precepto, «el legislador quería decir aquí que se oyera al ofendido antes de conceder la remisión definitiva»³⁰⁹, lo que hubiera tenido sentido en los delitos perseguibles a instancia de parte³¹⁰, pero lo cierto es que ha venido a repetir «lo mismo, si bien más restringido, que establece el propio artículo 80.2»³¹¹.

296 Cfr. PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1122.

297 MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *op. cit.*, p. 37.

298 MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 695, marginal 50.

299 GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 305.

300 Vid. PRATS CANUT, M./TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.*, p. 627.

301 Cfr. PUENTE SEGURA, L., *op. cit.*, p. 96, nota 66.

302 PERIS REIRA, J., *op. cit.*, p. 1104.

303 ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, p. 306.

304 Cfr. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 560.

305 Cfr. SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, pp. 465 y 480.

306 QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 672.

307 Cfr. PRATS CANUT, M./TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.*, pp. 648 y 649.

308 Cfr. SÁNCHEZ YLLERA, I., *op. cit.*, p. 489. En la misma línea cfr. LARRAURI PIJOÁN, E., *op. cit.*, p. 209, nota 3.

309 COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *op. cit.*, p. 856.

310 Cfr. PERIS RIERA, J., *op. cit.*, p. 1125.

311 COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *op. cit.*, p. 856.