

EGUZKILORE

Número 29.
San Sebastián
2015
199-210

LOS MODELOS DE INEJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN PREVISTOS EN LA LEY 1/2015, DE 30 DE MARZO, POR LA QUE SE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL DE 1995

Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI

*Magistrado
Presidente Audiencia Provincial de Gipuzkoa
Doctor en Derecho*

Resumen: El presente trabajo realiza un comentario de las reformas introducidas en la materia de ejecución penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo que modifica de forma significativa el denominado Código Penal de 1995. En concreto, se hace un recorrido de las modalidades alternativas a la ejecución penitenciaria de la pena de prisión a la luz del paradigma de subsidiariedad punitiva, según el cual, procede acudir a los modos de ejecución de la pena privativa de libertad menos aflictivos para la libertad personal siempre que con los mismos se puedan cumplir los objetivos preventivos asignados a la intervención penal. A la luz de esta premisa axiológica se examinan los modelos de inejecución condicionada, sean simples o con componentes sustitutivos, inejecución terapéutica e inejecución de la pena para extranjeros.

Laburpena: Exekuzio penalaren eremuan 1/2015 Lege Organikoak, martxoaren 30ekoak, eragindako erreformen iruzkina jasotzen du artikuluak. Aipatutako legeak nabarmen aldatu du 1995eko Zigor Kodea. Zehazki, espetxe-zigorren exekuzioaren ordeko modalitateak aztertzen ditu subsidiariotasun zigortzailearen argitan. Subsidiariotasun zigortzailearen arabera, espetxe-zigorra exekutatze moduen artean, askatasun pertsonala ahalik eta gutxien urratzen dutenak aplikatu beharko lirateke; betiere, horiekin interbentzio penalak dituen xede prebentiboak lor badaitezke. Premisa axiologiko horretatik abiatuta, artikulu honek aztergai ditu baldintzapeko exekuzio-eza –eredu sinpleak zein osagai ordezkatzailak dituztenak-, exekuzio-eza terapeutikoa eta atzerritarrentzako zigorraren exekuzio-eza.

Résumé: Le présent travail explique les réformes introduites en matière d'exécution de la peine par la loi organique 1/2015, du 30 mars, qui modifie de manière significative le Code Pénal de 1995. En particulier, il passe en revue les modalités alternatives à l'exécution pénitentiaire de la peine de prison à la lumière du paradigme de subsidiarité punitive, selon lequel il y a lieu d'utiliser les modalités d'exécution de la peine privative de liberté qui violent dans une moindre mesure la liberté personnelle, à condition que celles-ci atteignent les objectifs préventifs de l'intervention pénale. À la lumière de cette prémisse axiologique, l'article examine les modèles de non-exécution conditionnée, simples ou avec des éléments substitutifs, non-exécution thérapeutique et non-exécution de la peine pour les étrangers.

Summary: The present paper studies the reforms regarding penal enforcement which have been introduced by the Organic Law 1/2015, of 30 March, which amends significantly the Penal Code of 1995.

In particular, it analyses the alternative measures to the penitentiary enforcement of imprisonment in light of the punitive subsidiarity paradigm. According to such paradigm, the less grievous enforcement models (regarding sentences of imprisonment) should be applied, provided that they are suitable to reach the preventive goals of Criminal Law. In light of such an axiological premise, the paper analyses the models of conditional non-enforcement (both simple and with substitutive elements), therapeutic non-enforcement and non-enforcement concerning foreigners.

Palabras clave: *subsidiariedad punitiva, inexecución condicionada, neutralización del riesgo de reincidencia.*

Hitz gakoak: subsidiarotasun zigortzailea, baldintzapeko exekuzio-eza, delitua berriro gauzatzeko arriskuaren neutralizazioa.

Mots clés : subsidiarité punitive, non-exécution conditionnée, neutralisation du risque de récidive.

Keywords: punitive subsidiarity, conditional non-enforcement, neutralization of the risk of recidivism.

Sumario:

I. Introducción. II. La inexecución condicionada simple de la pena de prisión: II.1. Presupuestos. II.2. Prohibiciones, deberes y prestaciones. II.3. La revocación y la revisión. III. La inexecución condicionada con componentes sustitutivos de la pena de prisión. IV. La inexecución terapéutica. V. La inexecución de la pena para extranjeros. VI. La libertad condicional.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal de 1995 (así como las numerosas reformas posteriores) contemplaba los siguientes modelos de ejecución de la pena de prisión:

- i) La ejecución penitenciaria, cuyo último tramo de cumplimiento era la libertad condicional (artículo 90 y ss CP);
- ii) La inexecución condicionada (artículos 80 y ss CP);
- iii) La inexecución sustitutiva (artículo 88 CP);
- iv) La inexecución terapéutica (artículo 87 CP) y
- v) La inexecución por expulsión de extranjeros no residentes legalmente en territorio nacional (artículo 89 CP).

La reforma introducida por la LO 1/1015, de 30 de marzo (que entró en vigor el pasado 1 de julio de 2015):

- i) Elimina el modelo de inexecución sustitutiva.
- ii) Amplia el modelo de inexecución condicionada, introduciendo la modalidad simple y la modalidad con componente sustitutivo.
- iii) Mantiene el modelo de inexecución terapéutica.
- iv) Modifica la ejecución penitenciaria al contemplar la libertad condicional como una modalidad específica de suspensión de la ejecución y no como un período de cumplimiento de la pena de prisión.
- v) Mantiene con modificaciones la sustitución de la pena de prisión por la medida de expulsión cuando el penado es un extranjero.

Los modelos de ejecución de la pena de prisión se integran en un sistema jurídico que se articula en torno a tres principios que sirven de marco hermenéutico a cada uno de los preceptos reguladores de la materia. A saber:

- i) Principio de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho, que trata de satisfacer las exigencias de reafirmación de la ley penal como pauta válida de regulación de la vida social.
- ii) Principio de protección de las víctimas, que persigue neutralizar el riesgo de que la víctima sea nuevamente victimizada, o que la victimización se extienda a terceras personas.
- iii) Principio de reintegración comunitaria del penado, cuyo fin es permitir que quien ha sido sancionado por haber cometido un delito se incorpore al entramado social en condiciones idóneas para no volver a delinquir.

Además, toda la materia referida a la ejecución de la pena de prisión está presidida por un paradigma: la subsidiariedad del modelo de ejecución que conlleva una privación efectiva de libertad. Conforme a este paradigma, que cabe traducir como necesidad punitiva, únicamente cabe acudir a la ejecución penitenciaria de la pena de prisión cuando no exista un remedio jurídico que, con un nivel de injerencia menor en la esfera de libertad del penado, permita obtener de una forma igualmente idónea la satisfacción de los principios de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho, protección de las víctimas y reintegración comunitaria del penado. Esta ubicación de lo penitenciario en la línea de cierre de los modelos de ejecución de la pena de prisión engarza con nitidez con un discurso constitucional, del que se hace eco la STC 209/1993, de 28 de junio, que estima que el modelo de inejecución condicionada viene inspirado por la necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que, en tales casos, la ejecución de una pena de tan breve duración no sólo impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo.

II. INEJECUCIÓN CONDICIONADA SIMPLE DE LA PENA DE PRISIÓN

II.1. Presupuestos

Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos (artículo 80.1 CP). El precepto deja bien a las claras que el modelo de inejecución condicionada únicamente es factible cuando permite construir un modelo de neutralización del riesgo de reincidencia. Para ello deberá ponderarse, según indica el artículo 80.1 CP: i) las circunstancias del delito cometido, ii) las circunstancias personales del penado, iii) sus antecedentes, iv) su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, v) sus circunstancias familiares y sociales y, finalmente, vi) los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. Muchas de estas variables

incorporan nociones propias de la ciencia criminológica y, atendiendo a la escasa presencia de los informes criminológicos en el sistema institucional de justicia, es de esperar que, desgraciadamente, lo intuitivo siga presidiendo este espacio jurisdiccional.

En la medida de lo posible la inexecución condicionada se fija en la sentencia y, de no ser así, en la ejecución, previa audiencia de las partes (artículo 82.1 CP), y tiene un plazo de dos a cinco años (salvo para las penas leves que será de tres meses a un año), plazo que será computable desde la firmeza de la sentencia o, de acordarse en la ejecución, desde la fecha de la resolución, sin que se compute en el plazo suspensivo el tiempo en el que el penado estuviera en situación de rebeldía (artículo 82.2 CP). La novedad que reside en el dato de que, como principio de actuación, en la propia sentencia se fije este modelo de inexecución precisa que al juicio se aporten los datos informativos que nutren tanto la presencia de los requisitos legales para su implantación –los contenidos en el artículo 80.1 CP– como los fundamentos que justifiquen su adopción –los referidos en el artículo 80.2 CP–. Desde esta perspectiva habrá de interpretarse la mención legal a “en la medida de lo posible”. –En todo caso cualquiera que sea el momento jurídico en el que se adopte será preciso la audiencia de las partes, incluido el penado y la víctima (al respecto, véase lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito), pudiendo celebrarse una vista oral así como practicarse las diligencias de comprobación que fuesen necesarias (artículo 86 *in fine* CP). Esta previsión es loable, tanto desde la perspectiva del respeto a las garantías jurídicas (principio de contradicción y acusación), como desde la óptica de la calidad del contexto epistémico de la decisión jurisdiccional.

El modelo de inexecución condicionada simple precisa para su implantación que se cumplan las siguientes condiciones necesarias ex artículo 80.2 CP:

- i) Que el condenado haya delinquido por primera vez. Es una exigencia vinculada al principio de reintegración comunitaria dado que se estima que quien, por primera vez, ha privado de vigencia a la norma, lo que supone su desautorización factual, se encuentra en condiciones de seguir conviviendo socialmente sin infringir la ley penal sin acudir, para la consecución de tal objetivo público, a un remedio tan afflictivo como el ingreso en prisión. A estos efectos, no se tienen en cuenta las condenas anteriores por delitos imprudentes (dado que no existe una voluntad encaminada a privar de vigencia a la norma penal), por delitos leves (dada su liviandad), por delitos graves o menos graves cuyos antecedentes penales estén cancelados o deban ser cancelados (forman parte del universo del olvido jurídico), o por delitos graves o menos graves cuyos antecedentes penales estén vigentes pero que por su naturaleza o circunstancias carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. En estos casos, por lo tanto, si se trata de condenas pretéritas que, en atención a su disímil naturaleza o al contexto en el que se produjeron, no reflejan una tendencia criminógena específica, puede concluirse que el modelo de inexecución condicionada simple puede ser un marco hábil para la contención del riesgo de reincidencia. Es más, incluso existiendo una tendencia criminógena específica habrá que ponderar, conforme a las exigencias del paradigma de subsidiariedad, si el modelo de inexecución condicionada simple puede o no neutralizar el riesgo de reincidencia. En definitiva: para entender que este requisito impide la suspensión debe existir, por lo tanto, una vinculación funcional entre el

antecedente pretérito y el generado por el nuevo delito que refleje una tendencia criminógena específica que no sea posible neutralizar con el modelo de inexecución condicionada simple.

- ii) Que la pena o la suma de las penas impuestas no sean superiores a dos años, sin incluir en el cómputo la derivada del impago de la multa. Es una manifestación del principio de adecuación de la respuesta a la intensidad de la significación antijurídica del hecho. Se entiende que, en estos casos, la confianza de la comunidad en la vigencia de la norma se debilita si la ejecución de la pena no tiene un contenido aflictivo relevante.
- iii) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en la sentencia. El principio de reinserción social del penado exige que haya hecho todo lo que esté en sus manos para reparar el daño injusto causado a la víctima y restablecer la situación antijurídica creada con el delito. De ahí que se precise que posibilite el decomiso, y, consecuentemente, se vea privado de los efectos, instrumentos y ganancias obtenidos con el delito. Lo fundamental, en todo caso, es que despliegue el esfuerzo necesario conforme a su propia capacidad. De ahí que se contemple que este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine (artículo 80.2 *in fine* del CP). La excepción a esta regla general viene contenida en el artículo 308 bis CP: la suspensión de la ejecución de las penas impuestas por estos delitos precisa, además del cumplimiento de los requisitos del artículo 80 CP, el abono de la deuda tributaria o con la Seguridad Social o el reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas.

II.2. Prohibiciones, deberes y prestaciones

Cumplidas las condiciones legales, en diversidad de ocasiones la neutralización del riesgo de reincidencia precisa que el Juez o Tribunal imponga específicas prohibiciones y concretos deberes al penado. En estos supuestos, este marco prestacional de obligado cumplimiento es necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos y siempre será preferible, desde la perspectiva de la necesidad punitiva, a la especial aflicción que presenta la ejecución penitenciaria de la pena. Estas prohibiciones y deberes, que serán los imprescindibles para el cumplimiento del fin neutralizador pretendido sin incurrir en exigencias desproporcionadas (así artículo 83.1 CP), cabe sistematizarlos de la siguiente manera:

- Reglas que tratan de crear un espacio de reducción de las oportunidades de delinquir: prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio (1^a); prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo.

(2^a); mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del juez o tribunal. (3^a); prohibición de residir en un lugar determinado o acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos. (4^a); prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos (9^a).

- Reglas que persiguen garantizar un contacto con las instituciones: obligación de comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales, o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas (5^a).
- Reglas que tratan de permitir la realización de hábitos o actitudes prosociales: participar en programas formativos, laborales o culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares (6^a); cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona (9^a).
- Reglas que pretenden neutralizar el factor criminógeno: participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos (7^a).

En materia de delitos de violencia de género, el legislador sigue manteniendo el sistema actual, conforme al cual la comisión de delitos de esta naturaleza lleva implícito un riesgo de reincidencia cuya neutralización precisa, por una parte, de la imposición de una prohibición de todo tipo de interacción del penado con las víctimas así como, por otra, del seguimiento de una actividad formativa específica en materia de igualdad de trato y no discriminación (artículo 83.2 CP).

El control del cumplimiento de las prohibiciones y deberes se realizará, atendiendo a su contenido específico, por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración Penitenciaria, quienes pondrán en conocimiento del juez o tribunal de ejecución cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante para valorar la posibilidad de comisión de nuevos delitos (artículos 83.3 y 4 CP).

Junto a las prohibiciones y deberes, el Juez o Tribunal, y es una de las novedades de la reforma, puede condicionar la suspensión de la ejecución al cumplimiento de las siguientes prestaciones o medidas:

- i) El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación. Esta medida es una de las plasmaciones del modelo de justicia restaurativa – modelo que, sucintamente, trata de crear un espacio de comunicación entre el imputado y la afirmada víctima para, entre otros objetivos, reparar el daño causado– cuyo reconocimiento legal se produce en el artículo 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

- ii) El pago de una multa cuya extensión no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.
- iii) La realización de trabajos en beneficio de la comunidad cuya extensión no podrá ser superior a la que resultase de aplicar una jornada de trabajo por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

La vigencia de las prohibiciones, deberes y prestaciones que, en su caso, integren el modelo de inejecución condicionada simple de la pena de prisión está sujeta al principio de adecuación no aflictiva. Este principio, tal y como se establece en el artículo 85 CP, permite al Juez o Tribunal, atendiendo a la modificación de las circunstancias valoradas para su implementación, acordar el alzamiento de todas o algunas de las prohibiciones, deberes o prestaciones acordadas o, en su caso, su modificación o sustitución por otras que, en todo caso, resulten menos gravosas.

II.3. La revocación y la revisión

La revocación de la inejecución condicionada simple (que conlleva la ejecución de la pena de prisión), puede obedecer a un conjunto de causas que, conforme a lo dispuesto en el artículo 86 CP, pueden integrarse en dos grupos:

- i) El primer elenco de causas obedecen a la existencia de una materialización del riesgo de reincidencia (aquél que se pretendía neutralizar con el modelo de inejecución) o la presencia de una significativa elevación del mentado riesgo. Así: cuando el penado sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida; o cuando incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones, deberes o prestaciones establecidas. Este precepto, por lo tanto, introduce un elemento axiológico que antes no existía: la necesidad de que, constatada la comisión de un delito durante el plazo de suspensión, el juez o tribunal delimite si tal comisión pone de manifiesto “que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida”. Es decir: que la revocación únicamente está justificada cuando al dato de la comisión del delito durante el plazo de suspensión ejecutiva (presupuesto necesario, incluida la condena por delito leve) se la añade la inferencia de que el modelo de inejecución condicionado ya no es un marco jurídico idóneo para neutralizar el riesgo de reincidencia que se pretendía contener con el mismo (presupuesto suficiente). En principio, se pueden producir dos situaciones:

-) Que entre el delito que motivó la inejecución condicionada y el delito cometido durante el plazo de suspensión no exista una homogeneidad por responder a injustos de naturaleza distinta. En este caso, no puede afirmarse que se ha materializado el concreto riesgo de reincidencia que pretendía neutralizarse con el modelo de inejecución condicionada. Más bien, se ha añadido un riesgo de reincidencia distinto al detectado inicialmente. Procederá examinar, por lo tanto, si el modelo de inejecución condicionada inicialmente impuesto por sí mismo o complementado con las prohibiciones, deberes o prestaciones adicionales y/o con la prórroga del plazo de suspensión puede neutralizar ambos

riesgos criminógenos (el derivado del pretérito delito y el generado por el nuevo delito). Si es así, no procederá la revocación.

-) Que entre el delito que motivó la inejecución condicionada y el delito cometido durante el plazo de suspensión exista homogeneidad por responder a injustos de la misma naturaleza. En tal caso, se constata que el riesgo criminógeno que se pretendía neutralizar con el modelo de inejecución condicionada implementado no ha permitido tal contención, dado que el riesgo se ha materializado en el delito, lo que denota una tendencia criminógena específica. En este caso únicamente podrá evitarse la revocación cuando concurran circunstancias que reflejen que el modelo de inejecución condicionada inicialmente impuesto no contempló un riesgo criminógeno que ha sido detectado tras la comisión del nuevo delito y, además, el mentado riesgo puede neutralizarse complementado el modelo de inejecución con prohibiciones, deberes o prestaciones adicionales y/o con la prórroga del plazo de suspensión.

- ii) El segundo grupo de causas denotan que no se han cumplido las condiciones establecidas para la implantación del modelo (el penado facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado, o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, o no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello) o se han evitado controles específicos (se sustraiga al control de los servicios de gestiones de penas y medidas alternativas de la Administración Penitenciaria).

Si el cumplimiento de las prohibiciones, deberes o prestaciones no es grave o reiterado, el Juez o Tribunal puede imponer nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, o modificar las ya impuestas, o, finalmente, prorrogar el plazo de suspensión hasta el límite de la mitad de la duración inicialmente fijada (artículo 86.2 CP).

La falta de comisión de un delito durante el plazo de suspensión y el cumplimiento de las prohibiciones, deberes y prestaciones impuestos justificará la remisión definitiva de la pena (artículo 87.1 CP).

III. INEJECUCIÓN CONDICIONADA CON COMPONENTE SUSTITUTIVO DE LA PENA DE PRISIÓN

Es una modalidad de ejecución que el artículo 80.3 CP prevé para el penado que;

- i) No sea habitual (se mantiene el concepto normativo de habitualidad previsto en el artículo 94 CP).
- ii) Esté condenado a penas que individualmente no excedan de dos años (lo que permite la sustitución de varias penas de prisión impuestas en la misma sentencia aunque la suma de las mismas exceda de dos años) y
- iii) Cuyas circunstancias personales, la naturaleza del hecho su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño así lo aconsejen.

En estos casos (de ahí la mención a que se trata de una inejecución con componente sustitutivo) la suspensión de la pena de prisión conlleva el pago de una multa

o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad cuya extensión, en ambos casos, no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión (un día de privación equivale a dos días multa o a una jornada de trabajo) sobre un quinto de la pena impuesta. Además, en sintonía con las exigencias restauradoras del modelo, la inejecución se supedita a que se produzca una reparación efectiva del daño o una indemnización del perjuicio causado conforme a las posibilidades físicas y económicas del penado o al cumplimiento del acuerdo alcanzado en mediación.

El régimen de revisión, revocación y remisión es idéntico que el previsto para el modelo de inejecución simple.

IV. LA INEJECUCIÓN TERAPÉUTICA

Este modelo de inejecución responde a los parámetros de la justicia terapéutica. De ahí que su premisa sea que el penado haya cometido los hechos delictivos a causa de su dependencia al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas y sustancias estupefacientes o psicotrópicas, siempre que las penas privativas de libertad impuestas no excedan de cinco años de duración (artículo 80.5 CP). En estos casos, que no es preciso se declaren en la sentencia tal y como se indica en la STS 716/2014, es obvio que la adicción etílica o tóxica es el factor criminógeno a tratar, dado que la mentada adicción, en los supuestos de delincuencia funcional, influye de forma determinante en la capacidad volitiva del sujeto para ser motivado por la ley penal. De ahí que lo determinante no es la biografía delictiva del penado –por ello se prevé para delincuentes primarios, reincidentes e incluso habituales–. Lo vertebral es que haya existido o exista un contexto terapéutico del tratamiento de la adicción que sea idóneo para neutralizar el riesgo de reincidencia. Por ello el precepto regulador exige que se acredite suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el penado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin. A estos efectos el Juez o Tribunal podrá acordar la práctica de las diligencias oportunas para su comprobación sin que sea preceptivo, como en la regulación vigente, que se solicite de la Clínica Médico Forense un informe de la idoneidad del tratamiento.

De modo coherente con un modelo de justicia terapéutica, la inejecución, que tendrá un plazo mínimo de tres años y máximo de cinco, se condiciona al seguimiento del tratamiento de deshabitación hasta su finalización o a la realización de los controles precisos para garantizar la deshabitación producida.

La revocación o remisión definitiva de la pena va a depender de la presencia o ausencia de dos elementos: la materialización del riesgo de reincidencia o la existencia de elementos de agravación del riesgo de reincidencia. Si el penado comete un delito durante el plazo de suspensión, y de esta manera materializa el riesgo de reincidencia que se pretendía contener, el Juez o Tribunal revocará la inejecución y acordará el cumplimiento de la pena. Si el penado no comete un delito pero abandona el tratamiento (sin que en tal concepto se integren las recaídas en el tratamiento que no evidencien un cese definitivo del mismo), el significativo riesgo de reincidencia que genera la ausencia de un contexto terapéutico que neutralice el riesgo de reincidencia vinculado a la adicción, provoca la revocación y el cumplimiento de la pena. Sin embargo, si no se comete un delito y se sigue el tratamiento de una forma irregular (sin abandonos pero con recaídas), el incremento del riesgo de reincidencia provocado por la debilidad, que

no inexistencia, del contexto terapéutico justifica que el Juez o Tribunal pueda acordar la prórroga del plazo de suspensión por un plazo no superior a dos años. Obviamente si no se delinque durante el plazo de suspensión y además se logra el objetivo perseguido con el tratamiento, se produce la remisión definitiva de la pena.

V. LA INEJECUCIÓN DE LA PENA PARA EXTRANJEROS

El artículo 89 CP trata de desvincular la medida de expulsión de la crítica de pura criminalización de la política de extranjería. Para ello diseña la expulsión como una consecuencia jurídica que si bien únicamente está prevista para ciudadanos extranjeros, es indiferente, a diferencia de lo establecido en la regulación vigente, del dato de la residencia ilegal del autor del ilícito penal. Diversos son los supuestos que pueden concurrir, atendiendo a la duración de la pena de prisión impuesta, al tipo de delito cometido y a las circunstancias personales del condenado.

Si la pena de prisión impuesta a un ciudadano extranjero es inferior a un año, no procede su sustitución por la medida de expulsión y los modelos de ejecución de la pena privativa de libertad pueden ser todos y cada uno de los contemplados en el Código Penal: ejecución penitenciaria, inejecución condicionada simple y con componente sustitutivo e inejecución terapéutica.

Por el contrario, la expulsión está prevista para el ciudadano extranjero que resulte *condenado a una pena de prisión de más de un año de duración* (artículo 89.1 CP). En estos casos, dice el precepto, el Juez o Tribunal sustituirá la pena de prisión por la expulsión del territorio español. No obstante ello, el Juez o Tribunal, de una forma excepcional, **podrá acordar** que se proceda a la ejecución de una parte de la pena de prisión que no exceda de los dos tercios de su extensión cuando ello resulte necesario por estrictas razones de prevención general: asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por la ley penal. En estos casos, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando se cumpla la parte de ejecución acordada, o cuando acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional, si estos estadios jurídicos se alcanzan antes de que se cumpla el tiempo de ejecución de la pena fijado por el Juez o Tribunal.

*Si la pena de prisión impuesta excede de cinco años o, siendo varias, la suma de las mismas rebasa la mentada duración, el juez o tribunal **acordará la** ejecución de todo o parte de la pena en la medida que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español: i) cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado; ii) o acceda al tercer grado o iii) o se le conceda la libertad condicional.*

La regulación que se ha mencionado está diseñada para que, cuando un extranjero es condenado a una pena de prisión superior a un año, se produzca la expulsión, bien al inicio, bien en un tramo posterior de la ejecución. Por ello no se contempla la existencia de modelos de ejecución diferentes al penitenciario. En concreto: si no hay razones de prevención general que justifiquen la ejecución penitenciaria se sustituye la pena de prisión por la medida de expulsión; si tales razones concurren, se ejecuta una parte de la pena de prisión y se procede ulteriormente a la expulsión. Se trata, por lo

tanto, de un modelo en el que siempre se produce la expulsión, si bien en momentos diferentes del proceso de ejecución Sin embargo, este esquema resulta alterado por lo dispuesto en el artículo 89.4 CP: no procederá, dice el precepto, la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, resulte desproporcionada. En este caso, la expulsión, cualquiera que sea el momento en el que se produzca, resulta intolerable al incurrir en la denominada prohibición de exceso. De esta manera puede argüirse, con sólidos argumentos para ello, que en aquellos casos en los que no proceda la expulsión, por resultar desproporcionada, y la condena sea a una pena superior a un año sin llegar a los cinco, el Juez o Tribunal podrá implementar modelos de inexecución condicionada o terapéutica de la pena de prisión siempre que constituyan marcos idóneos para neutralizar el riesgo de reincidencia.

Además, cuando el extranjero sea un ciudadano de la Unión Europea no sólo es preciso que haya sido condenado a una pena de prisión superior a un año y la expulsión no resulte desproporcionada (requisitos generales de la sustitución de la pena de prisión por la expulsión) sino que, además, se requiere que el ciudadano en cuestión represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y sus circunstancias personales. Si, además, hubiera residido en España durante los diez años anteriores será preciso para su expulsión que, de forma adicional:

- i) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexual que estén castigado con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie, fundadamente, un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.
- ii) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

En estos casos se procederá a la ejecución de todo o parte de la pena de prisión y se procederá a la expulsión cuando cumpla la parte de la pena que se hubiere determinado por el Juez o Tribunal (si hubiera acordado la ejecución de parte de la pena), o, si se hubiera acordado el cumplimiento de la totalidad de la pena, cuando acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

Se sigue manteniendo la regla general de que la sustitución de la pena de prisión por la expulsión se acuerde en la sentencia, siempre que ello resulte posible. Cuando no sea así, una vez declarada la firmeza de la sentencia, el Juez o Tribunal resolverá lo que proceda, previa audiencia de las partes. También se mantienen las previsiones sobre las siguientes materias: duración de la prohibición de regreso; efectos de la expulsión en los procedimientos administrativos; efectos del retorno antes del transcurso de la prohibición de regreso; ingresos cautelares; imposibilidad de ejecución de la expulsión y condenas que no permiten la sustitución.

VI. LA LIBERTAD CONDICIONAL

La reforma deja de configurar la libertad condicional como una forma de cumplimiento de la pena de prisión (el último grado dentro del sistema de individualización científica) para concebirla como una modalidad específica de inexecución en el marco

de la ejecución penitenciaria. De ahí que en los artículos 90 y siguientes del Código Penal estipule que procederá a suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y la concesión de la libertad condicional cuando el penado, además de estar clasificado en tercer grado y observar buena conducta: haya cumplido las tres cuartas partes de la pena (artículo 90.1 CP), o dos terceras partes de la misma (artículo 90.2 CP) o la mitad (artículo 90.3 CP). En línea con la configuración de la libertad condicional como un modelo de inejecución, su revocación dará lugar a la ejecución de la parte pendiente de cumplimiento sin que sea computable el tiempo transcurrido en libertad (artículo 90.6 CP).