

# LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2015 EN EL ÁMBITO DE LA EJECUCIÓN PENAL

Montserrat COMAS D'ARGEMIR, Carmen SÁNCHEZ-ALBORNOZ y Josep Antoni RODRÍGUEZ . Magistradas/o de la Audiencia Provincial de Barcelona



En las últimas Jornadas de la Comisión Penal de Jueces para la Democracia, celebradas en Madrid los días 4 y 5 de Noviembre del 2015, se han abordado varios temas relativos a la reforma del Código Penal derivada de la LO 1/2015, de 30 de marzo. Una de las mesas de reflexión y debate se ha centrado en la Ejecución Penal y específicamente en las modificaciones introducidas en el art. 80 y sgs, en el ámbito de la suspensión de las penas cortas de prisión y también en el art. 89, aplicable a los extranjeros, respecto a la sustitución de las penas de prisión por expulsión del territorio nacional.

Los tres ponentes decidimos como metodología centrar el debate en torno a un cuestionario, al haber entrado en vigor la reforma el pasado día 1-7-2015 y en consecuencia, en la fecha de celebración de las Jornadas, la nueva regulación ya se está aplicando habiendo surgido algunos problemas de interpretación. Esta metodología ha hecho posible que se alcanzase una amplia participación de los asistentes en las Jornadas. No se alcanzaron conclusiones al no tratarse de un seminario orientado a este objetivo, sino que su finalidad era reflexionar y compartir las distintas interpretaciones de algunos preceptos de la reforma en los primeros meses de su andadura. Por ello, hemos considerado de utilidad publicar en el Boletín de la Comisión Penal de JpD el resumen de la exposición de los ponentes en cada uno de los temas tratados, siguiendo el mismo orden de las preguntas tal y como fueron debatidas.

Como opinión global común queremos resaltar que en este ámbito –a diferencia de los demás- la reforma penal es positiva porque otorga a los Jueces mejores herramientas y más flexibilidad y discrecionalidad para decidir si procede la suspensión de las penas cortas de prisión, con o sin medidas, a

fin de evitar los efectos desocializadores del ingreso en prisión. A título de ejemplo, desaparecen muchos de los automatismos legales previstos en la regulación anterior respecto a la valoración de los antecedentes penales del condenado, de forma que la existencia de un antecedente penal no cancelable no impida en todos los casos la concesión de la suspensión. De esta forma, en los requisitos establecidos para la suspensión, en el art. 80.1 se establece como gran novedad “Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros”. Y el mismo criterio se ha introducido en la regulación de la revocación de la suspensión, dado que el hecho de cometer un delito en periodo de suspensión, no comporta automáticamente la revocación de la pena suspendida, sino que ello se vincula a que el delito cometido “ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión ya adoptada ya no puede ser mantenida” (art. 86.1 a).

Así mismo, la nueva modalidad de suspensión sustitutiva prevista en el art. 80.3 CP, supone un cambio importante dado que ya no se trata de una sustitución por pena de multa o por trabajos en beneficio de la comunidad como en el antiguo art. 88, sino de medidas, para cuya concreción, determinación y cumplimiento no pueden aplicarse las mismas normas de conversión de la actual regulación, con amplia libertad del Juzgador para señalar la duración y cuantía, según las circunstancias concretas del acusado y con sujeción únicamente a los límites máximo y mínimo previstos en dicha norma.

Temas debatidos:

# 1

**Problemas de Derecho Transitorio: ¿Es aplicable la nueva regulación de la suspensión de la pena a condenas y hechos anteriores al 1 de julio del 2015, en los casos en los que no se haya resuelto la forma de ejecución de la pena? ¿Es necesario oír al penado respecto a la norma más beneficiosa? ¿La revocación de la pena, por la comisión de un delito en el periodo de suspensión, necesariamente ha de ser examinada conforme al actual redactado del art. 86 1 a) CP por ser norma más beneficiosa que la anterior?.**

Hemos defendido la posibilidad de aplicar la nueva redacción de los artículos 80 a 87 del Código, de forma retroactiva, a los supuestos en los que, tanto la infracción cometida como la sentencia condenatoria firme (si no es firme debe aplicarse la disposición transitoria tercera de la LO 1/2015) son anteriores a la entrada en vigor de la reforma, si se valora que la nueva regulación es “norma más favorable” para el penado, y sin necesidad de proceder a la revisión de dicha Sentencia. Se trata, entonces, en estos casos de aplicación directa y única de la figura de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, de la aplicación del artículo 2. 2 del Código Penal y del apartado primero de la disposición transitoria primera de la LO 1/2015, pero sin entrar en los presupuestos de la disposición transitoria segunda (ni en el apartado segundo de la primera).

La justificación es múltiple. Por un lado, estamos ante normas que regulan la forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad ya impuestas, sin posibilidad de incidir en su dimensión temporal (duración y gravedad), de manera que pierde su fundamento la necesidad de la comparación de las “normas completas” de uno y otro Código. Esta parece ser la tesis de la STS 1458/2002, FJ Séptimo, en la que decide sobre la condición de norma penal más favorable en base a la aplicabilidad de las condiciones del artículo 78 respecto del cumplimiento de la pena resultante de la acumulación de condenas.

Por otro lado, es un argumento que las normas reguladoras de la suspensión se aplican, por disposición expresa, valorando

las circunstancias concurrentes, del delito y del penado, en el momento de la resolución, no las del momento de comisión del hecho o las del momento del dictado de la sentencia condenatoria. Esta es la postura de la reciente Sentencia de la Sec. 1ª de la A.P. de Valencia, de 23 de octubre de 2015, que concluye: “la norma aplicable ha de ser la vigente en el momento de verificarse las operaciones correspondientes a su ejecución”.

En cualquier caso, la aplicación retroactiva del nuevo artículo 80, y preceptos sucesivos, del Código siempre tendrá como requisito la consideración de que sea “norma penal más favorable”. A modo de ejemplo, el nuevo artículo 86, regulador de la revocación de la suspensión, tanto en los supuestos que la habilitan y de sus consecuencias, ha de aplicarse directamente, incluso cuando la suspensión se acordó antes del 1 de julio de 2015, siempre y cuando la resolución judicial razones suficientemente que se trata de una norma, en su globalidad, más favorable para el reo.

A estos efectos, pensamos que sería deseable dar audiencia al penado, o al menos a su representación si no es posible, antes de decidir sobre tal condición (norma penal más favorable).

# 2

**El art. 82.1 establece que la suspensión de la ejecución de la pena se resolverá prioritariamente en la sentencia siempre que resulte posible. En los demás casos una vez la sentencia sea firme. Teniendo en cuenta la valoración de las circunstancias personales y demás requisitos que establece el art. 80 y sigs. ¿en qué casos, además de las conformidades, es factible resolverlo en la propia sentencia?**

Una de los importantes déficits que presenta la ejecución penal en España es la ausencia de un procedimiento que regule los mecanismos de petición de las partes, contradicción y audiencia, a fin de resolver en una única resolución judicial si la pena debe ser ejecutada mediante ingreso en centro penitenciario o en cualquiera de las modalidades previstas en

el texto del CP vigente hasta el 30-6-2015 –suspensión o sustitución-. La ausencia de un procedimiento específico comporta que las defensas soliciten en fechas sucesivas sus peticiones. Por otra parte, hay Jueces/zas que han venido interpretando que la ausencia de petición impide resolver en un solo acto si la pena puede ser suspendida o sustituida.

Con la reforma se pretende poner fin a esta insatisfactoria situación procesal. A partir del 1-7-2015 el/la Juzgador/a deberá, en la propia Sentencia de forma preferente y si ello no es posible en la fase de ejecución (art. 82. 1), decidir en una sola vez, si procede al ingreso en prisión o a la suspensión de la pena y dentro de ella deberá optar por las distintas modalidades: a) la que conocemos como ordinaria para penas no superiores a dos años de prisión (art. 80. 1); b) la modalidad de suspensión denominada “sustitutiva” con imposición de medidas, entre ellas la multa o los trabajos en beneficio de la comunidad, para los supuestos de no primariedad delictiva, siempre que no “sean reos habituales” para penas hasta dos años de prisión (art. 80. 3); y c) por drogadicción para penas hasta cinco años de prisión (art. 80.5).

El criterio de preferencia a favor de que se resuelva en la sentencia obliga a cambiar las formas de resolución actuales. Por una parte, la mayor dificultad en la que nos encontramos es la falta de información y de acreditación de las circunstancias personales del acusado cuando se ha de dictar la sentencia, problema que también existe en el momento posterior, cuando la sentencia es firme, y se ha de dictar un auto motivado. En general, tanto el Ministerio Fiscal como las defensas no aportan en el plenario aquellas pruebas documentales o testificales que acrediten las circunstancias personales, familiares, sociales, de trabajo o de ingresos del acusado que sirvan al Juzgador/a para modular la pena y la cuantía de la multa, en caso de condena. Con la previsión legal antedicha, la necesidad de que en el juicio se aporte dicha prueba es no solo conveniente, sino también necesaria, para poder someterla a contradicción, así como las peticiones de las partes acerca de cómo debe ejecutarse la pena, en caso de condena. Ello permitirá poder pronunciarse en la sentencia acerca de la suspensión y sus distintas modalidades. Esta previsión legal no debe ceñirse únicamente a los casos en los

que se produzca una conformidad –que es el caso más factible e indiscutible para hacerlo-, sino también en otros supuestos en los que la petición de la pena, en las conclusiones definitivas sea la de prisión hasta dos años.

Un sector judicial entiende que en el plenario lo que se debate es la inocencia o culpabilidad del acusado y por tanto no debe introducirse ningún debate acerca de la prueba relativa a las circunstancias a las que se refiere el art. 80.1 CP para decidir si corresponde adoptar la suspensión en caso de condena. Sin embargo, al igual que existe un mandato legal en el art. 89.3 CP para sustituir por expulsión del territorio nacional a los extranjeros las penas de prisión superiores a un año y ello debe realizarse preferentemente en la sentencia, y así se está haciendo mayoritariamente, de la misma es importante que se cambien las rutinas actuales y aceptar que el plenario es un marco idóneo para someter a contradicción las pruebas respecto a los criterios del art. 80.1 CP necesarios para resolver en la propia sentencia si la pena debe ser o no suspendida en caso de condena.

**3** **Caso de no haberse resuelto en la sentencia, una vez firme la misma, ¿es recomendable celebrar vista, teniendo en cuenta que en una única resolución judicial deben resolverse las posibles modalidades de la suspensión: la ordinaria, la sustitutiva, la de drogadicción, la cautelar por petición de indulto o interposición de recurso de amparo?**

Dos premisas condicionan las posibles respuestas a esta cuestión:

a) El Legislador ha optado por un sistema de concentración, ampliamente reivindicado durante mucho tiempo por los jueces, de manera que impone al Juez de ejecución que resuelva sobre todas las modalidades o formas de suspensión de la ejecución en una única resolución (Auto), evitando la reiteración de diferentes resoluciones y sucesivos recursos sobre cada de las pretensiones que se podía derivar de las normas de los arts. 80-81, 80. 4, 87 y 88 del Código Penal en su

redacción anterior a la reforma.

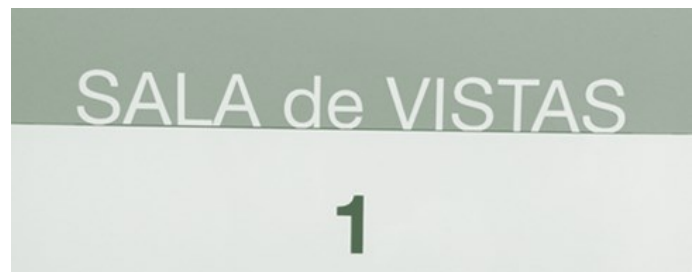
b) El Legislador se ha decidido, finalmente, por trasladar al texto de la norma la doctrina que el Tribunal Constitucional ha construido respecto de la motivación y la discrecionalidad de las resoluciones judiciales en materia de ejecución. Dicha doctrina, descrita en multitud de Sentencias (320/2006, 75/2007, entre otras) impone un canon reforzado de motivación, por la afectación de la libertad como valor constitucional en dichas resoluciones y, entre otras referencias, incluye la obligada valoración de las circunstancias personales del penado (familiares, laborales, etc.). Ello se traslada ahora al artículo 80 del Código, con carácter preceptivo para el Juez, en el párrafo segundo del apartado primero, a los efectos de decidir si “es razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”.

Consideramos que estas dos premisas hacen obligatoria la utilización de un espacio o escenario procesal, llámense “vista de ejecución”, “audiencia” o de otra forma, en el que sea posible, por un lado que el juez conozca aquellas circunstancias personales del penado (o pueda determinar el medio probatorio adecuado para conocerlas), y por otro lado, que las partes, sobre todo el penado, puedan formular las pretensiones que pueden derivarse de la nueva regulación, en cuanto a las modalidades y formas de la suspensión. El “método” empleado habitualmente hasta ahora, consistente en resolver directamente tras la incoación de la ejecutoria, a la vista de la hoja histórico-penal, o con un traslado formal para alegaciones al Procurador del penado, comportará ahora un doble riesgo: la falta de motivación suficiente de la resolución (por no valorarse las circunstancias del 80. 1. 2) o la vulneración del derecho del penado a la tutela judicial efectiva, o el de defensa, por no haber tenido ocasión u oportunidad de formular una pretensión concreta (piénsese en la modalidad excepcional del art. 80. 3 o en la modalidad especial del 80. 5, antes 87)

**4** En trámite de Apelación, es aplicable por analogía la Disposición Transitoria Tercera a) de la LO 1/2015 prevista para las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar

**pendientes de recurso “Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el juez o tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva Ley, cuando resulten más favorables al reo”. ¿Se puede en segunda instancia fijar las condiciones, medidas y duración de la suspensión con arreglo a la nueva normativa si el órgano de enjuiciamiento la denegó, en base a la anterior normativa, por estar resuelta antes del 1-7-2015 o debe devolverse a quien dictó la resolución para que pondere la nueva normativa?**

El Tribunal de apelación, según esta disposición, deberá aplicar de oficio la nueva normativa cuando deba resolver un recurso de apelación contra una resolución dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma. La cuestión que se plantea se refiere al supuesto en que proceda estimar el recurso contra una decisión denegatoria de la suspensión por considerar que la nueva regulación es norma más favorable al reo: ¿debe el tribunal de apelación, en todo caso, “devolver” la causa al órgano con competencia objetiva (Juez de ejecución) para que resuelva conforma a la nueva normativa?, o, por el contrario, puede resolver sobre el fondo, acordando una suspensión, incluyendo su duración, sus condiciones, etc.?



Defendemos que es posible, e incluso recomendable, la práctica de esta segunda opción, por razones de economía procesal y de evitación de dilaciones. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el caso concreto puede ser tan controvertido que al Tribunal de apelación no le resulte posible resolver con una motivación suficiente, desde los parámetros del art. 80. 1. 2 del C.P., de tal manera que lo procedente sea remitir la causa al Juzgado de lo Penal para su debida resolución. 7. Derecho Transitorio. Aplicación retroactiva del artículo 89 CP. 1. Supuestos de aplicación del nuevo precepto en penas de prisión inferiores a un año. 2.

¿Debe revisarse la sentencia cuando se ha aplicado la sustitución pero todavía no se ha materializado? 3. ¿Debe procederse a la revisión de oficio o solo procede a instancias del penado?

5

**En los delitos leves y de otra naturaleza ¿es aplicable la suspensión de los arts. 80 y sigs. del CP a los días de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, si se cumplen los requisitos legales, con independencia de las otras modalidades previstas en el art. 53.1 CP – un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente?**

La derogación del Libro III del antiguo Código Penal ha supuesto la despenalización de algunas faltas –que se reconducen a la vía administrativa o a la civil- y la catalogación como delitos leves de otras. Respecto de estos últimos, a diferencia de las faltas, les son de aplicación todos los preceptos de la parte general del Código Penal, entre otros los relativos a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, las reglas penológicas del art 66 y el régimen de suspensión del art. 80 y sigs. Ninguna de las penas previstas en los delitos leves comporta la pena de prisión, al tener prevista todos ellos como penas máximas imponibles: tres meses de localización permanente, tres meses de multa o la de treinta días de trabajos en beneficio de la comunidad (art 33.4 CP)

En épocas de crisis económica como ésta, se producen muchos impagos totales o parciales de la pena de multa, al producirse la pérdida de trabajo o la finalización de las prestaciones por desempleo o de las ayudas económicas. Ante la falta de bienes del penado se acuerda su insolvencia y la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria (RPS). El art. 53.1 CP establece tres modalidades de cumplimiento de la RPS: privación de libertad, trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente en las condenas por faltas penales. La cláusula de conversión de “un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas” ha pasado a ser en algunas sentencias la única forma de cumplimiento, de manera que dicha fórmula aparece



reiteradamente estandarizada en el fallo, cualesquiera que sean las circunstancias del caso. Sin embargo, ello no implica ignorar que existe en dicha regulación legal formas de cumplimiento distintas a la privación de libertad.

La forma de ejecución de la RPS debe realizarse en el trámite de la ejecución de la sentencia, dado que exige el impago de la multa. Y, por ello no es adecuado que en el fallo de la sentencia se determine de forma expresa una de las modalidades de cumplimiento –la privación de libertad- de forma que tal determinación excluya otras modalidades a determinar en la fase de ejecución, teniendo en cuenta, entre otros criterios, el comportamiento del penado. No es lo mismo los casos de incumplimiento total de la pena de multa, de forma que tras solicitar el pago fraccionado no se abone ningún pago de los acordados judicialmente, que los casos de impago sobrevenido por causas que lo justifican de forma excepcional.

Precisamente por esta característica de pena privativa de libertad, que además es de corta duración, y para evitar los efectos negativos de la ejecución de las penas privativas de libertad de corta duración, el legislador también establece la posibilidad de que esta pena se cumpla mediante TBC, siempre que el penado preste su consentimiento de forma personal (art. 49.1 CP). Dicha forma de ejecución, cumple por tanto la función de dar una alternativa a los ingresos en prisión de corta duración. Su operatividad es importante, sobre todo cuando la multa es la única pena impuesta, cuando no se ha condenado a otras penas de prisión, en los supuestos de primariedad delictiva, o en los casos en los que el número de cuotas adeudadas comporte, por la regla de conversión, que la pena privativa de libertad sea de corta duración, es decir, inferior a seis meses de prisión.



Pero además, a partir del 1 de Julio de 2015, los Jueces de Instrucción –que son los competentes para el enjuiciamiento de los delitos leves- podrán incorporar una nueva modalidad de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria, cual es la derivada de la suspensión de la misma, si reúne los requisitos del art. 80, atendiendo a que la suspensión puede ser adoptada respecto a cualquier pena privativa de libertad y la responsabilidad personal subsidiaria lo es a tenor de lo previsto en el art. 35 del Código Penal.

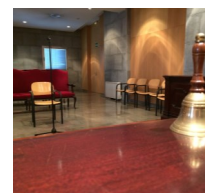
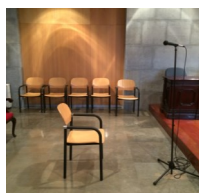
## LA SUSTITUCIÓN DE PENAS POR EXPULSIÓN A EXTRANJEROS EN EL CP TRAS LA REFORMA OPERADA POR LO 1/2015 DE 30 DE MARZO.

**6** **Derecho Transitorio. Aplicación retroactiva del artículo 89 CP. 1. Supuestos de aplicación del nuevo precepto en penas de prisión inferiores a un año. 2. ¿Debe revisarse la sentencia cuando se ha aplicado la sustitución pero todavía no se ha materializado? 3. ¿Debe procederse a la revisión de oficio o solo procede a instancias del penado?**

1. La DT1. 1 LO 1/2015 exige la revisión de condenas cuando la nueva ley sea más favorable, entendiendo que la desaparición de la sustitución por expulsión, puede, en según qué supuestos, resultar más favorable. La banda penológica se acota por el límite superior de la pena, en el año de prisión. En todo caso, es obligatorio oír al condenado, pues en algunos supuestos puede resultar menos gravosa la expulsión que cumplir la pena o viceversa.

2. El límite temporal para proceder a la revisión, se sitúa en la no materialización de la expulsión, por lo tanto, entendemos que toda sustitución que derive de una pena de prisión que no supere el año, será susceptible de revisión, aunque el condenado este ingresado en CIES o en Centro Penitenciario pendiente de expulsión.

3. La revisión puede iniciarse tanto de oficio como a instancia del penado. Nada impide la revisión de oficio. Será aplicable tanto en primer instancia, como en las sentencia dictadas en recurso de apelación -DT3 a)-.



En todo caso será preciso oír al penado, bien por escrito o celebrando una vistilla para ir al reo- DT1.3- .

Se ha de valorar que, en esta vistilla se oirá al condenado sobre la revisión, pero, aprovechando su presencia y la de su letrado, puede permitir perfilar la forma de ejecución de la pena, que no se sustituye, y, en su caso, el pago de la responsabilidad civil y de la multa, si las hubiere.

Respecto a la posibilidad de revisión de la pena en segunda instancia, cuando el objeto del recurso no es la propia sentencia, sino un auto dictado en materia de ejecución, hay dos posturas encontradas:

Primera. Devolver la causa al Juzgado penal para la revisión de la sentencia. Se funda en que se garantiza la doble instancia en materia de revisión.

Segunda. Resolver directamente sobre la revisión en segunda instancia. Se funda en la agilidad de la resolución de la ejecución, evita el colapso de los Juzgados penales, por la devolución de múltiples ejecutorias, y está amparado por la DT3 a), que permite la revisión de las sentencias, directamente, en segunda instancia, sin necesidad de pronunciamiento previo del Juez penal – y por tanto, es el propio legislador, el que pendiente un recurso, atribuye la competencia para la revisión al tribunal de apelación-.

**7** **Principio de proporcionalidad (art. 89.4 CP).**

**1.- Límites de su aplicación. Límite temporal de la duración de la pena.**

**2.- ¿Es posible aplicarlo a penas superiores a cinco años?**

1. El artículo 89.4 CP no establece ningún límite temporal, y en el régimen general, pues establece otro régimen más

“benévolo” para los ciudadanos de la UE, hace depender la no expulsión, cualquiera que sea la extensión de la pena de prisión impuesta, de una valoración ponderada de:

- Circunstancias del hecho
- Circunstancias personales del autor
- Arraigo, al que se le da una especial prevalencia. En la valoración de este parámetro, el legislador, establece unos límites en los dos supuestos desarrollados en el párrafo tercero del 89.4:
  - a Condena previa por uno o más delitos de determinada naturaleza, con bienes jurídicos de especial protección,
  - b Condena previa por uno o más delitos de terrorismo u organización criminal.

La aplicación del criterio de proporcionalidad, se ve reforzado en relación a los ciudadanos de la UE, pues exige, además, que el delito cometido suponga una amenaza grave para el orden público o la seguridad ciudadana.

## 8

### Límite procesal del principio de proporcionalidad. Momento de su aplicación en supuestos de penas inferiores a cinco años de prisión - artículo

**89.1 CP-. Toda vez que este precepto contempla la posibilidad de proceder a la sustitución íntegra de la pena o la de acordar la ejecución parcial de la misma con un máximo de duración de dos tercios, con posterior expulsión:**

**8.1 ¿Es posible fijar en sentencia o en auto posterior (art. 89.3), solo la parte de pena que debe cumplirse y diferir la resolución sobre la sustitución del resto de la pena al momento en que la fijada quede cumplida?**

Si no se acuerda directamente la total sustitución de la pena de prisión inferior a cinco años– 89.1. inciso primero-, y se acude a la excepción del inciso segundo, por entender que

es necesario, dada la naturaleza del delito y las circunstancias del condenado aplicar el criterio defensorista- asegura la defensa del orden jurídico y restablecimiento de la confianza en la norma infringida por el delito-, la cuestión la debemos reconducir al momento de aplicación del principio de proporcionalidad. El elemento decisivo es valorar sí, al resolver sobre la parte de pena que debe cumplirse, tenemos todos los datos para ponderar, ya en ese momento, la aplicación del 89.4, o bien, en determinados supuestos, debemos esperar a la evolución del condenado durante el cumplimiento de la parte de pena fijado.

Frente a la negativa tajante, entendemos que es posible otra interpretación, y valorar que ningún obstáculo procesal hay cuando el criterio defensorista se aplica no tanto por la naturaleza del delito objeto de condena, sino por las circunstancias personales del penado, que pueden ser susceptibles de evolución favorable durante el cumplimiento de condena, por haberse producido reagrupamiento familiar, haber obtenido un buen resultado en los programas penitenciarios, haber resarcido a la víctima, etc.

La expresión del 89.1 inciso tercero, relativa a que “en todo caso, se sustituirá el resto de la pena por expulsión”, ciertamente de contenido imperativo, puede ser soslayado por la aplicación de la excepción, prevista en el apartado 89.1 inciso segundo y el 89.4. Además el 89.3, permite la resolución sobre la sustitución en sentencia, y como ya hizo el legislador de 2010, también en un momento posterior, pero en absoluto hace mención a que deba resolverse, en un mismo momento, sobre la parte de pena que deba cumplirse, en aras del criterio defensorista, y la que debe ser sustituida por expulsión, al que le será de aplicación el principio de proporcionalidad. No impone la unidad de resolución para fijar la parte de pena que debe ser cumplida y/o sustituida.

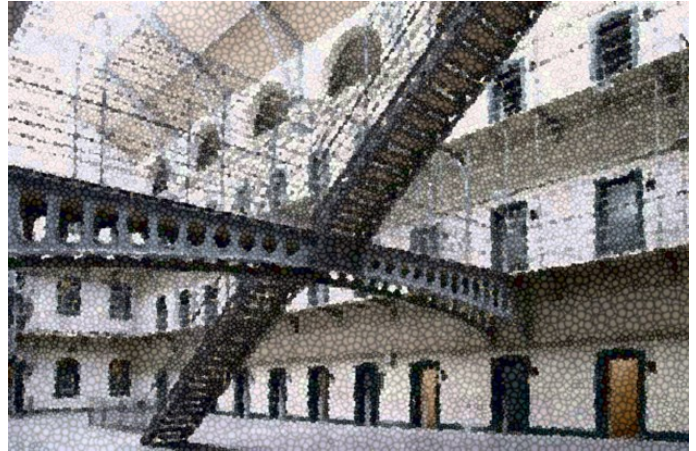
**8.2 Fijada en sentencia o auto posterior la parte de pena que debe cumplirse y la parte que se sustituye ¿ Es posible aplicar el principio de proporcionalidad previsto en el artículo 89.4 CP, una vez cumplida la parte de pena de prisión fijada en sentencia, dejando sin efecto la sustitución del resto de la pena impuesta, por haber devenido desproporcionada? ¿O dicha opción está excluida por el nuevo redactado del art. 89.1 “en todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la**

**expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional”?**

En este caso, estaríamos ante una resolución firme, que no puede ser modificada, ni revisada. Por ello en los supuestos de duda, procedería resolver de forma separada. Fijar, primero, la parte de pena que debe ser cumplida en centro penitenciario y después, llegado el momento de la expulsión, resolver sobre si procede aplicar la sustitución o bien el criterio de proporcionalidad del artículo 89.4.

Añadir que el mismo razonamiento que hemos hecho respecto a las penas inferiores a cinco años de prisión, es posible realizarlo en penas superiores a este límite- 89.2- pues la única diferencia que encontramos radica en que, en el primer supuesto, la aplicación del criterio defensivo es optativo y no obligatorio, pero si en el segundo.

Todo ello, por la redacción del artículo 89.4, que se proyecta –como principio constitucional de individualización de la pena- sobre todo el contenido del artículo 89 y los diversos supuestos que contempla.



La realidad evidencia que, incluso, con la legislación anterior, en la que el cumplimiento de la pena conllevaba la libertad y, alcanzada esta, quedarse en España, no se aplicaban de forma igualitaria los mecanismos reinsertadores a todos los internos. De hecho los extranjeros se han convertido en una minoría dentro de la minoría que configura la población reclusa y sujeta al derecho penitenciario, pues muchos carecen de apoyo socio-familiar, circunstancia que incide negativamente en la evolución y reinserción del penado.

La nueva legislación, que salvo los supuestos de aplicación del artículo 89.4 y el especial tratamiento a ciudadanos de la UE, está abocada a la expulsión de todo condenado a más de un año de prisión. Consecuencia de lo expuesto es el choque frontal de esa política de extranjería con el artículo 25 CE y la LOGP, dado que generará una población reclusa extranjera, principalmente no comunitaria, cuya única expectativa, no es la libertad, precedida de periodos de semilibertad, y la posibilidad de reiniciar su vida en sociedad, sino la expulsión del territorio nacional, lo que supone generar una población reclusa totalmente desmotivada, que, en la práctica, carece de expectativas reinsertadoras, no solo para su propia resocialización, pues les dé lo mismo si les van a expulsar, sino para resarcir a la víctima, o colaborar en programas de desintoxicación, violencia etc. Motivo que puede avalar el razonamiento efectuado en el punto 9.1 ya analizado.

**9** **Toda vez que el nuevo redactado del artículo 89, por regla general, combina pena y sustitución una vez alcanzado el tercer grado o la libertad condicional, y el penado deberá ser necesariamente expulsado. ¿Cómo se articula la compatibilidad de esta pérdida de beneficios penitenciarios con el artículo 25 CE y los principios que rigen la LOGP?**

El sistema penitenciario y su buen éxito se articula, de cara al penado, en las posibilidades de alcanzar la libertad. No dejan de ser la aplicación de un conjunto de medidas orientadas a la reinserción.

Instituciones tales como la clasificación en grados, los permisos de salida y la libertad condicional, junto con el trabajo carcelario y la formación, son los elementos sobre los que se articula el sistema, como medidas orientadas a la reinserción, sin perjuicio de los programas de tratamiento específicos, atendiendo a cada tipo de interno, delito y etiología del hecho delictivo.

**10**

**Regreso a España antes de transcurrir el periodo de expulsión.**

**1.- ¿Deberá procederse a la revisión de la**



## sentencia en los supuestos de penas inferiores a un año?

Conforme a lo dicho en la propuesta 7.2, el límite de la revisión de la expulsión sustitutiva está en que se materialice la expulsión. El regreso, es una institución diferente, que conlleva no solo la aplicación de las posibilidades de reducción del artículo 89.7, sino la posibilidad de atender, en su caso, a la aplicación, para el cumplimiento de la pena que reste, o se fije que deba ser cumplida, de los supuestos del artículo 80 CP.

### 2.- ¿Alcance de la previsión de reducción de pena del artículo 89.7, en que supuestos debe aplicarse?

El 89.7, mantiene la obligación de dar cumplimiento a la pena sustituida en caso de que el extranjero expulsado regrese durante el periodo de sustitución, pero también introduce el criterio de proporcionalidad, al permitir que se reduzca la duración de la pena inicialmente impuesta, cuando su cumplimiento resulte innecesario para el fin preventivo de la pena. Criterio que no es aplicable si el penado es sorprendido en la frontera, donde se produce nuevamente su expulsión y se reinicia el cómputo de la pena por expulsión.

### 3.- ¿Es posible aplicar en este momento el principio de proporcionalidad y atender también, aunque expresamente no esté previsto, a las circunstancias personales del penado?

El criterio de proporcionalidad exige valorar tanto el tiempo transcurrido desde la expulsión, como las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento. Principio que opera, una vez más, para evitar situaciones de exacerbación en el cumplimiento de la pena sustituida, pues no puede tener igual valoración jurídica, a efectos del cumplimiento de la pena, la duración de la expulsión que se ha cumplido, esto es, no puede tener iguales consecuencias el regreso a los pocos días de la expulsión, que, en el límite máximo del periodo fijado y casi cumplida.

El legislador permite modular esta respuesta atendiendo

precisamente al tiempo de sustitución cumplido y a las circunstancias del incumplimiento. No puede valorarse igual quien regresa a delinquir, que quien regresa porque tuvo que dejar aquí a su mujer e hijos.

### 4.- ¿Cabe aplicar analógicamente esta previsión de reducción de pena a otros supuestos y en concreto al previsto en el apartado 9.2 de este cuestionario?

No es posible. La fijación de pena que debe cumplirse, al aplicar el criterio defensivo, debe quedar fijada al inicio del cumplimiento, remitiéndonos a lo dicho respecto a la resolución sobre la expulsión en un momento posterior – pregunta 9.2-. En todo caso, la resolución judicial ante el regreso, exigirá valorar la parte de pena cumplida y el resultado de dicho cumplimiento, siendo un parámetro importante el resarcimiento de las víctimas.

### 11 En el supuesto en que acordada la sustitución no pueda llevarse a cabo la expulsión – 89.8 segundo- y deba cumplirse la pena ¿cabe aplicar analógicamente la reducción de pena del 89.7?

No, pues lo que da lugar a la reducción de pena, es precisamente, la exacerbación punitiva que se produce por la coexistencia- por ende la suma- en la respuesta penal al delito de la pena de prisión y la expulsión sustitutiva.

