

La suspensión de la pena privativa de libertad: estudio del artículo 87 del Código Penal (*)

Esperanza Herrero Albeldo

Universidad de Valencia

SUMARIO: I. Consideraciones previas. II. Precedentes del artículo 87 del Código Penal de 1995. Análisis del artículo 93 bis del Código Penal derogado: A) La reforma penal de 1988 (LO 1/1988 de 24 de marzo). B) Requisitos para la concesión de la suspensión contenida en el artículo 93 bis Código Penal. III. Reflexiones en torno al artículo 87 del Código Penal: A) Régimen jurídico de la suspensión extraordinaria del art. 87 del Código Penal. B) Novedades introducidas por el Código Penal de 1995. IV. Conclusiones y observaciones críticas. Bibliografía consultada.

I. Consideraciones previas

El presente estudio se centra en el análisis de un supuesto excepcional de suspensión de las penas privativas de libertad –el contenido en el artículo 87 C.P.– aplicable a los sujetos que hubieran cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a las *bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos*.

Se incardina este precepto dentro del capítulo del Código penal rubricado “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad” (Capítulo III, Título III, Libro I). Estas formas sustitutivas de la prisión han de encuadrarse dentro de la proliferación de medidas alternativas a la pena privativa de libertad que se inicia, en nuestro entorno jurídico, a partir de la década de los sesenta. El Código penal de 1995 ha querido sumarse a esta tendencia estableciendo una regulación más completa de las alternativas a la prisión, aunque no exenta de objeciones, como luego veremos.

Una de estas “formas sustitutivas” de la pena privativa de libertad, es la representada por la institución de la suspensión de la condena (artículos 80 a 87 CP), dentro de la cual, como ya se ha señalado, se enmarca el precepto objeto de este trabajo. De hecho, hasta la aparición del nuevo Código penal¹, era la llamada por el Código derogado condena o remisión condicional el más nítido ejemplo de alternativa a la pena privativa de libertad. Esta figura fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la *Ley de 17 de marzo de 1908*², desarrollada reglamentariamente por *Real Decreto de 23 de marzo* de ese mismo año. Posteriormente se incorporó al Código penal republicano de 1932, pasando luego al texto penal de 1944. Desde un principio la regulación de la remisión condicional siguió el *modelo continental*, también llamado *franco-belga*, por ser Bélgica y Francia los países en los que éste se aplica por primera vez³. No obstante, en el Código penal vigente se aprecia un claro acercamiento al modelo anglosajón de la *probation*⁴.

(*) Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Los principios de legalidad y culpabilidad en el Código penal de 1995”, subvenciones por la dirección del Ministerio de Educación y Cultura (PB97-1370).

1. El Código penal de 1995 introduce otras alternativas a la prisión como el mecanismo de la sustitución de las penas privativas de libertad por otras penas como los arrestos de fin de semana o la multa. A su vez los arrestos de fin de semana también pueden sustituirse por pena de multa o por la novedosa pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88 CP). También obedecen a esta pretensión del legislador penal por introducir alternativas a la prisión, preceptos como el artículo 71.2 CP, que de forma automática sustituye las penas de prisión con una duración inferior a seis meses, y el sistema vicarial que, en el ámbito de la regulación de las medidas de seguridad, recoge el artículo 99 CP.

2. Derogada por el Código penal de 1995 (Disposición derogatoria 1. b).

3. La suspensión condicional se introduce en Europa a través de la Ley belga de 1888 (también conocida como *Ley Lejeune*, en atención al ministro que impulsa su elaboración) y de la Ley francesa de 1891.

4. Los dos sistemas clásicos de suspensión son el continental o “*sursis*” y el anglosajón también denominado “*probation*”. La diferencia esencial entre ambos estriba en que en el primero existe una declaración de culpabilidad con imposición de una pena al reo y posterior suspensión de la condena, bajo la condición de que el condenado no vuelva a delinquir durante el período de prueba, por el contrario en la *probation* lo que se suspende es el pronunciamiento del fallo durante un tiempo determinado, tam-

El fundamento de la suspensión de la ejecución de la pena, ha de buscarse en la idea de que las penas cortas privativas de libertad perjudican gravemente a quienes se aplican, frustrándose en ellas los fines de la prevención especial. Ante esta evidencia, se resalta la necesidad de buscar alternativas a estas sanciones penales de corta duración que no ejercen ninguna eficacia resocializadora sobre el condenado, sino más bien desocializadora logrando en la mayoría de las ocasiones estigmatizarle. En consecuencia, el recurso a la suspensión de la pena se explica por la necesidad de evitar el cumplimiento de las penas privativas de libertad de breve extensión.

Además no puede obviarse que la corta duración de estas penas obstaculiza cualquier posibilidad de tratamiento. Ello facilita en estos supuestos, más que en el resto, que el condenado abandone la prisión más desocializado que cuando ingresó en la misma. Ese breve contacto con la vida carcelaria conlleva un grave peligro que no se puede desconocer y que se resume en la posibilidad inminente de contagio criminal.

Todo ello justifica la oportunidad de una figura alternativa a la pena privativa de libertad como la de suspensión de la pena.

A este fundamento de la suspensión de la pena también alude el Tribunal Constitucional en algunas de sus Sentencias. Es significativa en este sentido la *STC 209/1993 de 28 de junio*⁵, que viene a reiterar la doctrina mantenida por el Tribunal sobre esta cuestión en anteriores pronunciamientos⁶. En esta resolución se pone de relieve que "El beneficio de la remisión condicional de

la condena 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. La condena condicional está concebida para evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios y respecto de las penas privativas de libertad de corta duración, finalidad explícita en el momento de su implantación".

Esta sentencia, como puede apreciarse, pone de relieve lo antes apuntado: la breve duración de estas penas no permite paliar los efectos negativos del medio carcelario, dada la imposibilidad de aplicar un tratamiento eficaz. También recurre el Constitucional al argumento de la "no necesidad de la pena" en estos casos desde un punto de vista preventivo.

La suspensión extraordinaria prevista en el artículo 87 CP responde, en consecuencia, a la pretensión de buscar alternativas a la prisión, pero con unas particularidades que más adelante se pondrán de manifiesto, y que se derivan de la aplicación de esta medida a un grupo de penados muy concretos: aquellos que han cometido los hechos delictivos *a causa de su dependencia a determinadas sustancias*.

bién bajo la condición de que no se vuelva a delinquir. Lógicamente las consecuencias derivadas de un sistema y otro son bien distintas: el sistema de suspensión condicional de la pena dará lugar a antecedentes penales, mientras que la probation no, por la sencilla razón de que no existe en este modelo condena. Junto a lo anterior también destaca en la probation, la imposición al procesado por parte del Juez de una serie de condiciones, entre ellas la frecuente puesta en contacto con la figura del Probation-Officer, que controla el buen desarrollo de la suspensión y a cuyas indicaciones ha de someterse el procesado.

El Código penal de 1995 ha intentado acercar esta institución a la probation anglosajona, tomando de ésta sus ventajas. Este acercamiento se aprecia de entrada, en el particular sistema de inscripción de las sentencias suspendidas establecido en el artículo 82 CP: "... la inscripción de la pena suspendida se llevará a cabo en una Sección especial, separada y reservada de dicho Registro, a la que sólo podrán pedir antecedentes los Jueces o Tribunales". En caso de remitirse la pena, el artículo 85.2 prescribe la cancelación de la inscripción hecha en la mentada Sección especial, poniendo de manifiesto que "este antecedente no se tendrá en cuenta a ningún efecto". Con este mecanismo de inscripción de la pena se obtiene el mismo efecto que con el sistema de probation, ya que no queda ningún antecedente penal.

También se percibe esta aproximación entre ambos sistemas clásicos de suspensión, en la posibilidad que el artículo 83 otorga al Juez o Tribunal sentenciador de imponer, si lo estima necesario, una serie de obligaciones descritas en este mismo precepto. Con obligaciones consistentes en sendas actividades se persigue controlar y al propio tiempo rehabilitar socialmente al sujeto. También hay un acercamiento a la figura del Probation-Officer en la previsión, contenida por este mismo artículo, de que los servicios correspondientes de la Administración competente informen al Juez o Tribunal sentenciador al menos cada tres meses, acerca de la observancia de las reglas de conducta impuestas.

Dado lo anterior se puede afirmar que en el Código de 1995 se produce un evidente y loable acercamiento al sistema anglosajón de suspensión.

5. BOE 2-8-1993.

6. Vid. en esta misma línea SSTC 224/1992 (BOE 19-1-1993) y 165/1993 (BOE 21-6-1993).

II. Precedentes del artículo 87 del Código Penal de 1995. Análisis del artículo 93 bis del Código penal derogado

A) La reforma penal de 1988 (LO 1/1988 de 24 de marzo)

Como paso previo al estudio del artículo 87 del vigente Código penal, se hace imprescindible aludir al precedente que, de este precepto, contenía el Código penal derogado, esto es, al artículo 93 bis⁷.

Este precepto se introduce en nuestro ordenamiento jurídico penal con la reforma de 1988 en materia de drogas (LO 1/1988 de 24 de marzo)⁸. No obstante, ya en el *Plan Nacional sobre Drogas*, aprobado por el Congreso de los Diputados en julio de 1985, se preveía como una de las acciones dirigidas a reducir la oferta "la suspensión temporal de la pena si el toxicómano traficante se somete a la rehabilitación"⁹.

Aparentemente esta medida pretendía paliar la dureza de la reacción penal en el ámbito de las drogodependencias, que se derivaba de la carencia de verdaderas alternativas a la privación de libertad. La problemática de los toxicómanos exigía intervenciones menos represivas. Sin embargo, como luego se podrá apreciar, el citado artículo 93 bis –pese a que parezca contradictorio– casaba muy bien con el mentado carácter represivo que impregnaba la reforma de 1988.

Del Preámbulo de esta ley se extrae, de entrada, la intención del legislador de potenciar la orientación de la norma hacia la prevención especial, sin embargo, esta aparente pretensión queda empañada a través de la referencia a una serie de límites que conducen a una cierta desnaturalización de la figura concebida como una medida orientada únicamente a fines preventivo-especiales. En este sentido señala dicho Preámbulo que "... una de las novedades más importantes que introduce esta Ley Orgánica la constituye, sin duda, la incorporación de un tratamiento jurídico penal específico para esa singular figura criminógena del drogodependiente que incurre en la comisión de algún hecho delictivo como medio de subvenir a su situación de toxicodependencia. Desde el convencimiento de que en alguno de tales supuestos debe primarse la orientación preventivo-especial de las sanciones penales, se dispone la posibilidad de que la autoridad judicial conceda el beneficio de la remisión condicional, siempre que el reo se hubiere deshabitado o se encontrase en tratamiento para ello. La regulación de esta alternativa se lleva a cabo con suficientes garantías a fin de salvaguardar de un lado, la cobertura de los fines preventivo-generales, base de toda norma penal, y de evitar, de otra parte, un uso fraudulento de la disposición legal que permitiera su aplicación en supuestos distintos a los realmente queridos por el legislador...".

7. Artículo 93 bis: "Aun cuando no concurrieren las condiciones previstas en el artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá aplicar el beneficio de la remisión condicional a los condenados a penas de privación de libertad cuya duración no exceda de dos años, que hubieren cometido el hecho delictivo por motivo de su dependencia de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas siempre que se den las siguientes circunstancias:

1ª. Que se declare probada en la sentencia la situación de drogodependencia del sujeto, así como que la conducta delictiva fue realizada por motivo de tal situación.

2ª. Que se certifique suficientemente, por centro o servicio debidamente acreditado u homologado, que el reo se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de concederse el beneficio.

3ª. Que el sujeto no sea reincidente ni haya gozado con anterioridad del beneficio de la remisión condicional.

La autoridad judicial requerirá al condenado o a los centros o servicios que participen en su tratamiento de deshabitación lo necesario para comprobar el comienzo y la continuación del mismo, así como para controlar su evolución y las modificaciones que hubiere de experimentar.

La suspensión de la ejecución de la pena quedará condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, así como a que no abandone el tratamiento.

Cumplido lo anterior, una vez transcurrido el plazo de suspensión y acreditada la deshabitación del reo, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena. De lo contrario acordará su cumplimiento".

8. Esta reforma tenía por finalidad dotar de efectividad a la represión y lucha contra el tráfico de drogas. Además de introducir el artículo 93 bis, también inserta en el Código penal –como señala en su Preámbulo– disposiciones que tenían por objeto reprimir las conductas de "blanqueo" del dinero de ilícita procedencia, regular más ampliamente la figura de la receptación introduciendo una conducta específica de receptación destinada a perseguir el blanqueo de dinero [art. 546 bis g) CP] y también la de comiso [art. 344 bis e) CP]. Junto a lo anterior se lleva a cabo una revisión de las normas relativas al tráfico de drogas (art. 344 CP) incrementando las penas y ampliando las conductas típicas agravadas. La reforma del 88, si bien precede en el tiempo a la Convención de las Naciones Unidas de este mismo año, reviste el mismo talante represivo que posteriormente caracterizaría a ésta.

9. Véase. FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. "La remisión condicional de la pena", en la obra colectiva *Ejecución de sentencias civiles y penales*, Madrid, 1994, págs. 250 y 251.

Quizás las deficiencias del precepto –que de inmediato pasará a comentar– pudieran explicarse por ese intento fallido de cohesión de las exigencias de prevención general, concebida en este caso como prevención general negativa o intimidatoria, y las pretensiones derivadas de la prevención especial¹⁰.

Con anterioridad a la incorporación de este precepto a nuestro ordenamiento jurídico, en algunas ocasiones los Jueces agudizaron el ingenio con el fin de dar respuesta a situaciones en las que se planteaba la necesidad de exigir el cumplimiento de la condena a delincuentes que ya se habían rehabilitado, o que estaban en proceso de rehabilitación, dado que el ingreso en prisión podía mermar todo tratamiento. Los mecanismos a los que se recurría eran los siguientes:

1. Al indulto, generalmente parcial, que como advierte el magistrado GONZÁLEZ CASSO, *era aplicado de forma cicatera por los gobiernos*¹¹.

2. En alguna sentencia se había permitido la aplicación de la eximente incompleta o atenuante analógica de enajenación mental por toxicomanía en los supuestos de drogodependientes que vendían droga (v.gr. STS de 3 de enero de 1988 –RJA 217–).

Tras la introducción de la disposición analizada, el Tribunal Supremo, desde la Sentencia de 13 de junio de 1990 (RJA 6527)¹², había aceptado la posibilidad de que en los casos de concurrencia de atenuante analógica por drogadicción (art. 9.10 CP), los Tribunales aplicaran, si lo estimaban procedente, las medidas de internamiento y tratamiento adecuadas previstas para los supuestos de enajenación mental completa o incompleta (artículos 8.1º y 9.1º respectivamente del CP). Resalta el Tribunal Supremo en este pronunciamiento que

“resulta, en cierto modo, incongruente abrir la vía de las medidas terapéuticas de internamiento y tratamiento en los supuestos en que concurra la atenuante prevista en la circunstancia 1ª del artículo 9 del Código Penal, cuya extensión no podrá exceder del tiempo de duración de la pena privativa de libertad, y negarla cuando se aplica la atenuante analógica, sea ésta o no muy cualificada”. Añade a lo anterior que *“las medidas alternativas son aconsejables en los casos de enfermedades mentales o toxicomanías que producen serios trastornos de la personalidad con alteración o modificación de las facultades intelectivas o volitivas”*.

Con el Código penal vigente no puede recurrirse ya a esta solución cuando simplemente se aprecie la atenuante de drogadicción que ahora expresamente regula el artículo 21.2 CP, ya que la medida de internamiento sólo podrá aplicarse en los supuestos de eximentes completas e incompletas en relación con los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 CP, lo que se deriva esencialmente de los artículos 102 y 104 CP¹³.

Tras la entrada en vigor de la reforma de 1988, no obstante la introducción del art. 93 bis, resultaba más efectivo el recurso a los mecanismos antes citados, dadas las dificultades aplicativas del precepto.

Estos obstáculos en la aplicación del artículo 93 bis se advierten tras el análisis de requisitos a los que queda sujeta esta suspensión extraordinaria, cuya exposición en el apartado siguiente nos permitirá, por comparación, delimitar las novedades introducidas por el vigente artículo 87 CP.

B) Requisitos para la concesión de la suspensión contenida en el artículo 93 bis Código Penal

10. Esta contradicción es puesta de manifiesto con gran acierto por la profesora MAQUEDA ABREU, que entiende que las disposiciones que introduce esta reforma en nuestro Código penal están impregnadas de esa tendencia tan característica en los estados de nuestros días a la exasperación punitiva cuando no pueden, no saben o no quieren afrontar los problemas desde perspectivas más racionales que incluyen una persecución más efectiva y menos selectiva de las conductas relacionadas con la droga, comprensiva por tanto de los niveles altos y medios de éste –aún no alcanzados– y no ya simplemente de los eslabones últimos de ese comercio ilícito que, identificados cada vez más con sectores marginales y del subproletariado urbano, son los que en verdad sufren los efectos del proceso de criminalización y frente a los que se dirige, dispuesta a combatir un clima de inseguridad ciudadana artificialmente creado, leyes como ésta, acertadamente calificadas como “legislación simbólica, cuyos efectos no se esperan directamente en una solución del problema...sino indirectamente, por el apaciguamiento de la presión pública por parte de un legislador atento y decidido”, MAQUEDA ABREU. M.L., “Observaciones críticas a algunos de los aspectos de la reciente reforma sobre drogas (Ley Orgánica 1/ 1988, 24 marzo)”, en *Actualidad Penal*, nº 44, semana 28 noviembre-4 diciembre 1988- II, págs. 2285 y ss.

11. GONZÁLEZ CASSO. J., “La suspensión de la ejecución de las penas en dos supuestos especiales; los artículos 80 nº 4 y 87 del Código penal”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 54, 1999 (III), pág. 98.

12. Vid. También las Sentencias del TS de 3 de julio (RJA 5523) y 9 de septiembre de 1991 (RJA 6117) y de 29 de enero de 1992 (4191).

13. Vid. en este sentido la STS de 18 de febrero del 2000, estima un recurso interpuesto contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, que casa y anula, considerando aplicable la eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el 20.2 del CP y señalando que procede la adopción de la medida de seguridad del artículo 104 CP, sin perjuicio de que pueda ser sustituida por las medidas no privativas del artículo 105. Afirma el TS que “resulta idónea en casos como éste, en el que por distintos ritmos de comisión de delitos y de los hábitos de abuso y abandono, cuando se dicta condena, el recurrente espontáneamente ya está

Las exigencias contenidas en esta disposición pueden resumirse en lo siguiente:

1. Se requería en primer lugar la declaración probada en sentencia de la *situación de drogodependencia* del sujeto. Al propio tiempo debía verificarse que la conducta delictiva *fue realizada por motivo de tal situación*.

2. Por otro lado era necesaria la *certificación suficiente, por centro o servicio debidamente acreditado u homologado, de que el reo se encontraba deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de concederse el beneficio*.

3. Por último, se exigía que el sujeto no fuera *reincidente ni hubiera gozado con anterioridad del beneficio de la remisión condicional*.

De entrada la propia dicción del artículo 93 bis (*"Aun cuando no concurrieren las condiciones previstas en el artículo anterior..."*) inducía a pensar que el régimen de suspensión contenido en esta disposición era más flexible que el previsto para la suspensión ordinaria (artículos 92 y ss. del CP). Sin embargo, el análisis del conjunto de requisitos contenidos en el citado precepto conducía a la conclusión opuesta, configurándose este régimen como más rígido que el general.

Los requisitos exigidos por el precepto desembocaban en nefastas consecuencias, que pueden sintetizarse del siguiente modo:

1. Quedaban fuera de la aplicación de este régimen extraordinario de suspensión, las situaciones de dependencia del alcohol, en contra de las últimas tendencias de Derecho comparado. La disposición tan sólo aludía a la dependencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Esta omisión pugnaba con las orientaciones de la Organización Mundial de la Salud en lo que respecta a la equiparación de los efectos nocivos de las drogas legales e ilegales, oponiéndose también a lo establecido en el *Plan Nacional de Drogas*, en el que se inspiraba esta reforma —como se

pone de relieve en el Preámbulo de la LO 1/1988 de 24 de marzo—, que generalizaba todos sus objetivos de prevención y tratamiento a cualquier droga y no únicamente a las ilegales¹⁴. Ello implicaba un trato discriminatorio que en modo alguno quedaba justificado.

2. La exigencia de que en la sentencia quedara probada la situación de drogodependencia y de que la conducta fuera realizada como consecuencia de dicha situación, podía llevar a que la aplicación de la norma se viera mermada en algunos casos. Lo anterior se explica, puesto que en gran parte de estos supuestos, y dada la redacción del artículo 93 bis, se apreciaría una eximente incompleta, o incluso en algunas situaciones una atenuante analógica muy cualificada. En estas hipótesis no sería de aplicación el precepto estudiado, sino el último párrafo del artículo 93¹⁵ o el artículo 94¹⁶. La primera de estas disposiciones preveía una ampliación del beneficio de la condena condicional cuando concurriera alguna atenuante muy cualificada, una eximente incompleta o la atenuante tercera del artículo 9º (minoría de edad). Además podía aplicarse a los condenados a penas de hasta dos años. Por su parte el artículo 94 obligaba a los Tribunales a aplicar la suspensión *"por ministerio de la ley"*¹⁷. Lo anterior es resaltado por GONZÁLEZ ZORRILLA, quien además destaca que la situación de los condenados a pena privativa de libertad inferior a dos años presenta las siguientes posibilidades:

a. A los condenados en quienes concurra una eximente incompleta en virtud de su drogodependencia se les aplicará de forma imperativa el artículo 94.

b. A los condenados a quienes se aprecie una atenuante muy cualificada o la atenuante de minoría de edad se les podrá aplicar el artículo 93 último párrafo, que resulta más favorable al reo ya que no establece las condiciones previstas por el artículo 93 bis para la suspensión.

en un programa de desintoxicación en el que resulta prioritario que no sea interrumpido ni siquiera por el cumplimiento de la pena de prisión, por los efectos perversos que pudiera provocar su cumplimiento con interrupción del proceso de deshabitación, situación que vulneraría la vocación de resocialización a que deben dirigirse las penas de prisión".

14. Vid. en este sentido GONZÁLEZ ZORRILLA, C., "Remisión condicional de la pena y drogodependencia", en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo XII, Madrid, 1999, pág. 14.

15. Artículo 93, último párrafo CP: "El Tribunal sentenciador podrá ampliar el beneficio de la condena condicional a los reos condenados a penas hasta de dos años de duración cuando así lo estimare procedente, en resolución expresa y motivada, si en el hecho delictivo concurriera alguna atenuante muy cualificada, o una eximente incompleta, o la atenuante tercera del artículo 9º, apreciada como tal en la sentencia".

16. Artículo 94 CP: "El Tribunal aplicará, por ministerio de la Ley, la condena condicional en los casos siguientes:

1º. Cuando en la sentencia se aprecie el mayor número de los requisitos establecidos para declarar la exención de responsabilidad con arreglo a este Código".

17. El Código penal derogado contenía esta modalidad de remisión condicional otorgada por ministerio de la ley. Destaca MAQUEDA ABREU el fundamento de esta suspensión aludiendo al propósito de favorecer especialmente estados de hecho reveladores de una menor capacidad de culpabilidad o bien de una gravedad menor de injusto. MAQUEDA ABREU M.L., *Suspensión condicional de la pena y probation*, Madrid, 1985, pág. 133.

c. Los condenados a quienes se estime su situación de drogodependencia como simple atenuante serán los únicos a quienes se pueda aplicar lo establecido en el artículo 93 bis si cumplen el resto de requisitos en él contemplados.

Considera este autor que este esquema implica que no se da relación de especialidad entre los artículos 93 y 93 bis, debiéndose aplicar en el caso de sujetos en quienes concurren simultáneamente los requisitos generales establecidos en el artículo 93 y los específicos del 93 bis, el primero de estos preceptos, que resulta más favorable (ya que sólo exige que el reo no vuelva a delinquir durante el plazo de suspensión, mientras que el artículo 93 bis añade, entre otras, la obligación no sólo de someterse a un tratamiento de deshabituación, sino además el logro de esa meta¹⁸.

3. Uno de los mayores obstáculos que planteaba la aplicación de esta norma era la exigencia de que se aplicara la suspensión a *penas privativas de libertad cuya duración no excediera de dos años*. Conectando lo anterior con las penas establecidas en los artículos 344, 344 bis a) y 344 bis b) se llegaba a la conclusión de que en la mayoría de los supuestos iba a ser imposible aplicar el artículo 93 bis, esencialmente cuando se tratara de *drogas que causaran grave daño para la salud*. Pensemos por ejemplo en la pena correspondiente al tráfico de drogas cuando causan grave daño a la salud: prisión menor en su grado medio, esto es 2 años, 4 meses y un día a 4 años y dos meses. Del ejemplo anterior se deduce que todo consumidor-traficante de drogas que causara grave daño a la salud, en principio no podía beneficiarse del artículo 93 bis, y todo ello sin tener en cuenta la posibilidad de que entraran en juego las agravantes previstas por el Código penal respecto del delito de tráfico de drogas. Además no todos los supuestos de tráfico de drogas que no causaran grave daño a la salud podrían beneficiarse de este supuesto de remisión condicional ya que la pena que se establecía para estas hipótesis era de arresto mayor en su grado máximo (4 meses y un día a 6 meses) a prisión menor en su grado medio (2 años 4 meses y un día a 4 años y 2 meses). Lo mismo podía concluirse respecto de la mayor parte de los delitos contra la propiedad, cometidos también con frecuencia por este grupo de delincuentes.

Esta última objeción, junto con la establecida en el apartado 2º, nos permite deducir las dificultades

que se planteaban para aplicar el precepto estudiado en la práctica, reconduciéndose el mismo exclusivamente a aquellos sujetos que revistieran un grado de drogodependencia menor que no permitiera apreciar ni una atenuante muy cualificada ni una eximente incompleta, ya que en estos casos entiendo que procedía la aplicación de los artículos 93 y 94, como ya se ha explicado.

4. El requisito de la “deshabitación o sometimiento a tratamiento”, también generaba problemas, esencialmente interpretativos. La mayor dificultad era la de determinar cuándo un sujeto estaba plenamente deshabitado. Teniendo en cuenta que el término “deshabitación” es omnicomprensivo de la deshabitación tanto “física” como “psíquica”, lo realmente complejo era verificar en qué momento un sujeto había dejado de depender psíquicamente de la droga –la dependencia física era fácilmente constatable a través del correspondiente control analítico–.

A lo anterior se unía la escasez de medios públicos para la rehabilitación del drogodependiente. Los programas terapéuticos de carácter público eran insuficientes, y el recurso a programas privados –que en todo caso debían estar homologados o acreditados– no estaba al alcance de la mayoría de los drogodependientes. Ello conducía a una nefasta consecuencia: quedaban fuera del ámbito de aplicación del precepto aquellos toxicómanos que, no estando deshabitados, no podían acceder a un programa terapéutico pese a su voluntad de hacerlo.

5. Como se ha indicado anteriormente, la aplicación de esta disposición requería que el sujeto no fuera reincidente, ni hubiera gozado con anterioridad del beneficio de la remisión. Esta exigencia era una muestra más del carácter restrictivo de la medida, ya que realmente no beneficiaba el requisito de la *no reincidencia* del artículo 93 bis frente a la necesidad de *primariedad* delictiva requerida por el régimen ordinario de suspensión (artículo 93 CP). Si bien ambos conceptos no eran coincidentes, teniendo en cuenta que, desde la reforma del Código penal de 25 de junio de 1983 se exigía que ese primer delito, al que aludía el art. 93. 1º, fuera doloso, ya que la primera condena por imprudencia no se tenía en cuenta, la “no reincidencia” podía resultar en algunas ocasiones más estricta que la “primariedad” requerida por el régimen general de suspensión¹⁹.

A lo anterior se unía la posibilidad –prevista por el artículo 93– de acceder en más de una ocasión al

18. GONZÁLEZ ZORRILLA C., “Remisión condicional...”, art. cit., págs. 18 y ss.

19. Dado que dentro del concepto de reincidencia no se distinguía entre delitos dolosos e imprudentes. Así pues por mor del artículo 10.15 del Código penal había reincidencia cuando “al delinquir el culpable hubiere sido condenado ejecutoriamente por un delito de los comprendidos en el mismo Capítulo de este Código, por otro, al que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquélla señale pena menor”.

disfrute del beneficio de la remisión, si previamente se había obtenido la rehabilitación o podía obtenerse con arreglo al artículo 118 del Código penal. Por el contrario, el artículo 93 bis imposibilitaba el acceso a la remisión condicional de aquellos sujetos que ya hubieran gozado con anterioridad de la misma²⁰.

6. Reprochable era también el condicionamiento de la suspensión de la condena a que el sujeto no abandonara el tratamiento. Ello suponía desconocer que, en estos procesos terapéuticos las recaídas entran dentro de la normalidad y pueden considerarse una parte integrante del propio proceso de desintoxicación. Además, éstas no condicionan necesariamente el fracaso del tratamiento. Al propio tiempo, se ponía con ello en tela de juicio la "voluntariedad" de dicho tratamiento²¹, que en consecuencia no se daba puesto que se amenazaba, en caso de abandono, con la revocación de la suspensión.

Todo lo anterior nos conduce a una clara consecuencia: el artículo 93 bis, tal y como estaba redactado, resultaba inaplicable por sus severas exigencias, lo que denotaba el ya apuntado carácter represivo de la medida. Además no solucionaba nada que no se pudiera solventar acudiendo a los artículos 93 y 94 CP o a la consolidada doctrina del TS en materia de atenuante por analogía de drogadicción iniciada con la comentada *Sentencia de 13 de junio de 1990*.

En todo caso la única virtualidad que podía atribuirse al artículo 93 bis era el reconocimiento de la existencia de una delincuencia originada por la droga y a la que se recurría para obtenerla (delin-

cuencia funcional). Pero poco más se logró con esta reforma dados los obstáculos de aplicación que contenía el propio precepto. Como se pondrá de manifiesto en el siguiente epígrafe, a esta misma consecuencia habrá que llegar respecto al artículo 87 del Código penal vigente, que si bien incorpora novedades significativas, mantiene algunas de las deficiencias criticadas respecto del derogado artículo 93 bis, introduciendo otras nuevas²².

III. Reflexiones en torno al artículo 87 del Código Penal

A) Régimen jurídico de la suspensión extraordinaria del art. 87 del Código penal

Como se ha indicado a lo largo de este artículo, la regulación de este supuesto extraordinario de suspensión de la pena privativa de libertad en los casos de drogodependencia, se contiene ahora en el artículo 87 del Código penal.

La exposición de la regulación prevista por este precepto nos permitirá apreciar cuáles son las novedades introducidas por el mismo respecto de su antecedente.

Este artículo permite al Juez o Tribunal, con audiencia de las partes, acordar la suspensión de la ejecución de determinadas penas privativas de libertad de los penados que *hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20*, con las particularidades y requisitos que a continuación se exponen.

20. Vid. En este sentido GONZÁLEZ ZORRILLA, C, "Remisión condicional...", art. cit, págs. 21 y ss. MAQUEDA ABREU, M.L., "Observaciones críticas ...", art. cit., pág. 2228.

21. Sobre el concepto de tratamiento, voluntariedad y principios inspiradores del mismo véase MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "Concepto, voluntariedad y principios inspiradores del tratamiento" en *Comentarios a la Legislación Penal*, dir. por COBO DEL ROSAL, M., Vol. 6, Tomo 2º (Ley Orgánica General Penitenciaria), Madrid, 1985, págs. 907 y ss.

22. Las críticas a este precepto se dejaron sentir con rotundidad en la doctrina, quizás una de las manifestaciones críticas más contundentes fue la llevada a cabo por el Grupo de Estudios de Política Criminal a través de la *Propuesta alternativa a la actual política criminal sobre drogas*, adoptada en Barcelona el 12 de mayo de 1990. Esta propuesta planteaba alternativas de *lege ferenda* a la vigente política criminal sobre drogas. En el marco de estas propuestas proponía la reforma de algunos preceptos del Código penal, entre ellos el artículo 93 bis. Defendían una nueva redacción para este precepto: "Aun cuando no concurrieren las condiciones del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá aplicar el beneficio de la remisión condicional a los condenados a penas de privación de libertad cuya duración no exceda de cinco años siempre que se den las circunstancias siguientes: 1º. Que el condenado hubiera delinquido por razón de su dependencia alcohólica, de estupefacientes o de sustancias psicotrópicas, o en otra circunstancia psicosocial de análoga significación. 2º. Que en el momento de la condena el reo se halle rehabilitado o en proceso de rehabilitación. 3º. Que se considere que el cumplimiento de la condena podría perjudicar gravemente dicho proceso". Esta nueva dicción se fundamentaba con las siguientes palabras: "Se equipara, a los efectos de la concesión del beneficio, la dependencia alcohólica a la de estupefacientes y psicotropos, lo que parece lógico dada la científica división entre drogas legales e ilegales. Además, se extiende a otros casos en los que, sin existir una situación de drogodependencia, la actividad delictiva se produce en condiciones vitales de similar entidad". Lo cierto es que la consideración que merece esta propuesta es favorable, ya que con la supresión de algunos requisitos (v.gr. la reincidencia), con la elevación a 5 años de las condenas su ampliación de las sustancias y la referencia a otra circunstancia psicosocial de análoga significación, se eliminaban las principales trabas de aplicación con que se enfrentaba esta disposición. Sin embargo, el legislador del 95 no tuvo en cuenta esta razonable propuesta alternativa.

En primer lugar, el precepto exige de la necesidad de que concurren las condiciones previstas en los apartados 1.º y 2.º del artículo 81 –que establecen los requisitos necesarios para acceder al régimen general de suspensión–, esto es, de la exigencia de “primariedad” delictiva y del requisito temporal de que la pena suspendida no exceda de dos años de privación de libertad. Sin embargo, mantiene para estos supuestos excepcionales la exigencia prevista en el artículo 81.3.º (“satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieran originado o en su caso, la declaración de imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas”). El mantenimiento de este requisito parece denotar una cierta preocupación por la protección de la víctima, protección que, en el ámbito de la responsabilidad civil se ha visto ampliada en el Código penal de 1995.

En cuanto a las exigencias específicas, éstas se reducen a las siguientes:

1.ª. Que el penado haya cometido el hecho delictivo *a causa de su dependencia* a las sustancias señaladas en el número 2.º del artículo 20.

2.ª. Que la pena privativa de libertad no exceda de tres años.

3.ª. Que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir la suspensión.

4.ª. Que no se trate de *reos habituales*. En caso de reincidencia habrá que estar a la previsión del apartado 2.º del artículo 87, que posteriormente se comentará.

En cuanto a las condiciones de mantenimiento de la suspensión, el apartado 3.º del artículo 87 establece que aquélla quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años. Por su parte, y para el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, el apartado 4.º del precepto analizado condiciona la suspensión a que el sujeto no abandone el tratamiento hasta su finalización. Para verificar el cumplimiento de lo anterior se obliga a los centros o servicios responsables del tratamiento a facilitar al Juez o Tribunal sentenciador la información necesaria para comprobar su inicio, evolución, modificaciones y finalización.

B) Novedades introducidas por el Código Penal de 1995

Las novedades frente a la anterior regulación se pueden resumir del siguiente modo:

1. La primera de las modificaciones que debe destacarse, es la que afecta a la exigencia de que se hubiera cometido el hecho delictivo “a causa de la dependencia del sujeto a las sustancias del art. 20.2 CP”.

A diferencia del texto anterior, el Código penal de 1995 elimina la exigencia de que la situación de drogodependencia quede probada en la sentencia y que ésta sea motivo de la conducta delictiva enjuiciada. De esta forma será posible aplicar el artículo 87 a aquellos casos en los que la situación se descubra con posterioridad, esto es, en período de ejecución de sentencia. Esta modificación queda nítidamente plasmada en el Fundamento de Derecho séptimo de una de las escasas resoluciones en que se ha aplicado este precepto, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de noviembre de 1998* (RJA 5820). Expresaba lo anterior la Audiencia con las siguientes palabras: “la nueva redacción dada al beneficio contemplado en dicho precepto –se refiere al artículo 87 del Código penal vigente– ya no exige, como ocurría en el caso del previsto en el artículo 93 bis.1.º del anterior Código Penal, que se hubiere declarado «probado en la sentencia la situación de drogodependencia del sujeto, así como que la conducta delictiva fue realizada por motivo de tal situación»; este requisito ha sido suprimido por el legislador penal, que ya no lo incluye en el citado artículo 87 del Código sustantivo; ello quiere decir que se permite la concesión del beneficio de la suspensión de la condena a los reos en los que no concurren las circunstancias previstas en los números 1.º y 2.º del artículo 81, esto es, aun cuando no fuesen delincuentes primarios, siempre que razones de justicia material aconsejen tal concesión, y que, entre otras condiciones que en el mismo precepto se detallan, «se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión»; pero sin olvidar que tal acreditación, junto con la de que se hubiese «cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia» a las drogas, ya puede efectuarse en período de ejecución de sentencia, al haber suprimido, como decíamos, el legislador, el requisito anteriormente exigido, de que se hubiese declarado «probado en la sentencia la situación de drogodependencia del sujeto, así como que la conducta delictiva fue realizada por motivo de tal situación»; obviamente, la decisión judicial a este respecto, pronunciada tras permitir a las partes la aportación de los medios de prueba oportunos para dilucidar la procedencia y justicia de la concesión o denegación de este



beneficio de la suspensión extraordinaria de la condena, estará en definitiva sometida al régimen de los recursos previstos por la Ley".

Lo anterior supone que ya no es necesario, para proceder a la aplicación de la suspensión del artículo 87, que se aprecie en la sentencia la drogodependencia del sujeto. La sustitución de la expresión "por motivo de" (artículo 93 bis) por la de "a causa de", parece significar que ahora no es necesario que la drogodependencia incida en el hecho delictivo como eximente incompleta o como atenuante, sino que es suficiente con que la droga sea el motivo del hecho delictivo, sin necesidad de que se vea afectada la imputabilidad del reo²³. Esta modificación salva uno de los mayores escollos que se planteaban en la práctica con el derogado artículo 93 bis, puesto que eran habituales los supuestos en los que no se alegaba o no se probaba la drogadicción²⁴.

Además el nuevo Código penal alude a la dependencia de las sustancias a las que se refiere

el artículo 20.2 CP, esto es a "las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos". En consecuencia, se produce una ampliación doble frente a las sustancias a las que se refería el derogado artículo 93 bis, dado que por una parte se incluye el alcohol –inclusión que venía siendo reclamada por la mayor parte de la doctrina– y por otro lado se introduce una cláusula abierta "otras que produzcan efectos análogos".

2. Como se puede advertir tras la lectura de esta disposición, se amplía la suspensión a las penas privativas de libertad no superiores a tres años –ello en lógica consonancia con la extensión de la suspensión ordinaria de uno a dos años (art. 80 CP)–. Si bien es loable esta ampliación, con ella no se atenúan todos los problemas que en este sentido generaba el artículo 93 bis. Por ello las críticas aducidas respecto a aquél son reproducibles en este momento²⁵.

23. Vid. en este sentido GONZÁLEZ CASSO, J., "La suspensión de la..." art. cit., págs. 108 y ss.; SÁNCHEZ YLLERA, I., Comentarios al Código Penal de 1995, coord. por VIVES ANTÓN, T.S., Valencia, 1995, pág. 492.

24. En conexión con lo anterior debe destacarse la Consulta de la Fiscalía General del Estado nº 4/1999, de 17 de septiembre (En Actualidad Penal, nº 43, 22 al 28 de noviembre de 1999, págs. 1867 y ss.), que aborda algunas cuestiones derivadas de la regulación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. En esta consulta pone también de manifiesto la Fiscalía, que no es necesario que la incidencia de la dependencia a tales sustancias en el caso concreto enjuiciado no tenga, reflejo en la apreciación de alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad (semiximentes o atenuantes). Resulta de interés la referencia que hace la Consulta a las diferencias existentes entre el régimen anterior y el vigente en este punto, distinguiendo diversos supuestos:

1. La sentencia recoge, para apreciar alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad o simplemente para abrir la vía de suspensión de la condena, un pronunciamiento acerca de la comisión de un delito a causa de la adicción del sujeto a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos: en este caso entiende la Fiscalía que habrá de partirse de la existencia de este presupuesto para valorar la concesión del beneficio a tenor del artículo 87, sin que sea dable oponerse a la concurrencia de dicho presupuesto, en fase de ejecución, mediante la proposición de pruebas en tal sentido.

2. Si en la sentencia, después de haber sido practicada la prueba y debatida la cuestión en el acto del juicio oral, se recoge como hecho probado alguno de los siguientes pronunciamientos:

a. La no adicción del sujeto a las sustancias a las que alude el art. 20.2º.
b. Se reconoce la adicción, pero se declara probada la absoluta falta de relación entre dicha adicción y la comisión del hecho delictivo.

CO, no resulta suficientemente acreditada la comisión del hecho a causa de la adicción del sujeto a las sustancias citadas.

En cualquiera de los supuestos anteriores se estima en la Consulta que, no será posible que, posteriormente en fase de ejecución de sentencia, se interese la concesión de la suspensión condicional del artículo 87 mediante la práctica de nuevas pruebas sobre tales extremos, pues de accederse a tal petición estaría contraviniendo el tenor de la sentencia y vulnerando el principio de cosa juzgada material.

3. En el juicio oral no se practica prueba alguna ni se debate la cuestión de la dependencia del sujeto a las referidas sustancias y, la sentencia no se pronuncia en modo alguno sobre esta circunstancia, nada impide que en el trámite de "audiencia de las partes" contemplado en el artículo 87, puedan éstas solicitar o aportar las pruebas necesarias que justifiquen la concurrencia del presupuesto desencadenante del mecanismo de la suspensión condicional privilegiada, esto es, la efectiva comisión del hecho a causa de la adicción de su autor a las sustancias aludidas.

25. Sin embargo, también encontramos opiniones opuestas a la ampliación de la pena susceptible de esta suspensión extraordinaria. Es el caso de MANZANARES SAMANIEGO que entiende que no es adecuada la elevación del techo de pena a tres años, lo que justifica este autor aduciendo que la delincuencia con origen último en la drogadicción es cada vez más preocupante, a lo que añade que no debe olvidarse que estos penados ya habrán visto reducida su pena con la aplicación de una eximente incompleta o una atenuante analógica cualificada. Critica por ello la progresiva lenidad del legislador en esta materia. En esta misma línea afirma que el drogodependiente refuerza su posición privilegiada en nuestro ordenamiento (eximente completa, eximente incompleta, atenuante analógica ordinaria, atenuante analógica cualificada, remisión condicional marcadamente discrecional, escasa-

En este punto se suscitan algunas dudas, que se concretan en lo que sigue:

a. Por un lado la expresión "hecho delictivo" plantea problemas hermenéuticos. ¿Es omnicompreensivo de delitos y faltas? Entiendo que la aplicación del artículo 87 puede extenderse también a las faltas, ya que en esta ocasión el Código no distingue y cuando ha querido hacerlo sí que ha establecido la correspondiente diferenciación. Las faltas pueden estar sancionadas con penas privativas de libertad cuyo cumplimiento, al igual que el resto de penas cortas privativas de libertad, puede resultar enormemente nocivo para el reo. En consecuencia una interpretación favorable al reo ha de permitir la extensión del precepto a las penas impuestas por falta²⁶.

En este sentido el *Informe del CGPJ de 12 de julio de 1999* señalaba que a las faltas "también resulta aplicable el art. 87, puesto que parece que la expresión 'hecho delictivo' debe entenderse comprensiva de delitos y faltas".

b. Por otra parte se suscita la duda de si la referencia a los tres años, constituye un *límite absoluto*, es decir si se refiere a la suma de todas las penas en el caso de que se hayan impuesto varias en la misma sentencia, o por el contrario la suspensión puede alcanzar a varias penas siempre y cuando cada una de éstas no exceda de tres años de privación de libertad. En el régimen general de suspensión no se plantea esta cuestión, ya que el propio artículo 81.1 CP se refiere expresamente a que "la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años de privación de libertad". Estimo que la no inclusión de una referencia similar en el artículo 87 nos permite entender que la suspensión del artículo 87 podrá alcanzar a varias penas, siempre que no excedan cada una de ellas

de tres años. Además ésta es la solución más beneficiosa para al reo, porque permitirá una aplicación más flexible de la disposición objeto de estudio²⁷.

El citado *Informe del CGPJ de 12 de julio de 1999* también se plantea esta duda y llega a la siguiente conclusión: "aunque parece más razonable extender el criterio general al supuesto especial –se refiere a la referencia contenida en el art. 81.2 a "la suma de las penas impuestas en sentencia"–, ha de tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que ocurría en el texto anterior, no es preciso, con el régimen vigente, que las circunstancias determinantes de la concesión de la suspensión hayan quedado preconfiguradas en la sentencia. Es posible que la sentencia se haya dictado sin conocer las circunstancias de drogadicción del acusado y que éstas sean acreditadas, junto con los restantes requisitos, en fase de ejecución de sentencia. Las penas, en consecuencia, por falta de prueba de circunstancias de atenuación realmente preexistentes pero conocidas sólo después de ser impuestas, se habrán fijado en cuantías posiblemente más elevadas de las que materialmente hubieran correspondido si la prueba se hubiese completado en su momento. Además, el artículo 87 reitera otras condiciones generales del art. 81 cuando desea especificar su aplicabilidad (abono de la responsabilidad civil)". Este último argumento sirve para sustentar la posición anteriormente mantenida, esto es, el legislador ha reiterado en el artículo 87 aquellas condiciones del régimen general de suspensión que desea sean exigidas también para la aplicación del supuesto excepcional de suspensión estudiado. En consecuencia, al no aludir de nuevo en este precepto, a "la suma de las penas impuestas", podemos concluir que la referencia a los tres años no constituye un límite absoluto²⁸.

mente controlable y compatible con el tratamiento ambulatorio, etc.) MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad", en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)*, dir. por Vives Antón, T.S. y MANZANARES SAMANIEGO, J.L. CGPJ, Madrid, 1996, págs. 296, 298 y 299. Entiendo que ésta constituye una opinión intransigente y desconocedora de la realidad del problema de la droga y de la naturaleza de este tipo de delincuencia, que en otro apartado de este trabajo se ha calificado como "delincuencia funcional", es decir el drogodependiente delinque con la finalidad de proporcionarse la droga necesaria para su consumo. Olvida este autor que nos encontramos ante delinquentes que al propio tiempo son enfermos. Por ello es necesario partir de una premisa que también obvia este magistrado: la solución al problema de la adicción o dependencia a estas sustancias, no se encuentra en la represión penal sino en respuestas multidisciplinarias basadas en las ideas de prevención y tratamiento voluntario.

26. Vid. en esta misma línea GONZÁLEZ CASSO, J., "La suspensión...", art. cit., pág. 196.; POZA CISNEROS, M., "Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad" en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal*. Cuadernos de Derecho Judicial, nº XXIV CGPJ, Madrid, 1996, págs. 236 y 237.

27. En este sentido vid. SERRANO BUTRAGUENO, I., *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998, pág. 733.

28. En sentido contrario estima GONZÁLEZ CASSO que el cómputo de los tres años debe hacerse sobre la suma de las penas impuestas en la sentencia sean conjuntas (prisión y responsabilidad subsidiaria por impago de multa) o impuestas por diversas infracciones en la misma causa. La posición de este autor se explica por su consideración del artículo 87 como un precepto subsidiario de la regulación general. Por ello entiende aplicable a esta suspensión extraordinaria el inciso del artículo 81.2º CP: "... la suma de las impuestas en una misma sentencia". GONZÁLEZ CASSO, J., "La suspensión...", art. cit., págs. 103 y 107.

c. Suscitan también problemas las *penas mixtas*, ya que algunos de los delitos a los que será de aplicación este precepto están penados con este tipo de sanciones. Supuesto paradigmático es el del artículo 368 del Código penal, que castiga el tráfico de drogas con penas de privación de libertad y de multa proporcional. Debemos tener en cuenta que esta última, en virtud del artículo 53.2, puede convertirse –en los supuestos de impago– en una pena privativa de libertad de hasta un año, de manera que la suma de ambas penas supondrá un exceso respecto del límite de los tres años.

3. La nueva regulación cita expresamente a los centros privados, que entiendo que de todas formas quedaban referidos implícitamente en el derogado artículo 93 bis. Es criticable el mantenimiento de la alusión a la deshabituación, por los problemas interpretativos ya señalados al comentar el artículo 93 bis.

4. La exigencia de la *no reincidencia*, contenida en la regulación precedente, se sustituye ahora por la necesidad de que no se trate de “reos habituales”. El concepto de “reo habitual” se extrae del artículo 94 CP: “A los efectos previstos en las secciones 1ª y 2ª de este capítulo se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello”. Este concepto es más flexible que el de “reincidente”. Con la nueva regulación, la reincidencia no tiene por qué impedir la obtención de la suspensión, sin embargo el legislador de 1995 no ha eliminado completamente su incidencia en esta materia, ya que el artículo 87.2 CP permite al Juez o Tribunal, en el supuesto de que el condenado sea reincidente, valorar, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, “atendidas las circunstancias del hecho y del autor”. En consecuencia, podemos concluir que la reincidencia sigue teniendo cierta virtualidad en la concesión de esta suspensión extraordinaria. SÁNCHEZ YLLERA entiende que esta

previsión se explica por la creencia del legislador en que la continuidad delictiva es un posible signo de peligrosidad²⁹.

En sede parlamentaria, el requisito de que el sujeto condenado sea “reo habitual” generó algunas críticas, así la senadora BONETA PIEDRA, del Grupo Parlamentario Mixto en la enmienda núm. 238, aducía acertadamente lo siguiente: “Si se pretende fomentar el tratamiento de desintoxicación no deben hacerse excepciones en función de calificaciones formales de ‘reo habitual’. Lo decisivo para denegar la remisión de la pena condicionada al tratamiento debe ser las posibilidades de continuidad y éxito del tratamiento. La referencia en el artículo 87.2 a las ‘circunstancias del hecho y del autor’ que el Juez debe valorar, es suficiente para excluir a quienes proceda, sean habituales o no”.

Cabe matizar que el concepto de “reo habitual”, que se extrae de la definición auténtica del artículo 94 CP, no coincide con el concepto de “habitualidad” que había desarrollado la jurisprudencia del TS, ya que en los últimos fallos no venía exigiendo la condena previa, sino la simple repetición de actos, como mínimo tres³⁰. El vigente artículo 94 exige por el contrario que “hayan sido condenados por ello”.

5. Es destacable positivamente la desaparición de la exigencia, contenida en el apartado 3º del artículo 93 bis, de que “el sujeto no haya gozado con anterioridad del beneficio de la remisión condicional”³¹.

6. Resalta la previsión de un plazo durante el cual el reo no debe delinquir, plazo que no preveía el artículo 93 bis del Código penal derogado. El plazo fijado es de tres a cinco años. Llama la atención que, a diferencia de lo que ocurre en el régimen general de suspensión, el legislador no haya fijado un plazo distinto para los supuestos de penas leves³².

7. Como ya se ha comentado, se sigue supeditando el mantenimiento de la suspensión de la pena, en los supuestos de sometimiento a tratamiento de deshabituación, al *no abandono*. Las críticas ex-

En el mismo sentido POZA CISNEROS, M., “Formas substitutivas...” cit., págs. 238 y ss. No obstante esta autora entiende que la interpretación contraria es también perfectamente sostenible.

Con el Código penal derogado las Sentencias del TS de 16 de septiembre de 1991 (RJA 6638) y de 7 de diciembre de 1994 (RJA 10070), negaron la acumulación.

29. SÁNCHEZ YLLERA, I, en *Comentarios al Código penal de 1995*, coord. por VIVES ANTÓN, T.S., Vol. II, Valencia, 1996, pág. 493.

30. Vid. STS de 27 de enero de 1992 (RJA 466).

31. A ello alude MANZANARES SAMANIEGO recordando las críticas que entre muchos comentaristas había suscitado la antigua referencia del derogado 93 bis. Este problema se superaba entendiendo que la excepción se refería a la previa concesión de la remisión especial por drogodependencia y no a la remisión común, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Suspensión de...” art. cit, pág. 269.

32. El artículo 80.2 establece distinto plazo de suspensión según se trate de penas privativas de libertad inferiores a dos años (el plazo es de dos a cinco años) o de penas leves (el plazo es de tres meses a un año).

puestas en el comentario al artículo 93 bis, son extrapolables también al artículo 87. Quizás los problemas que genera la exigencia de *no abandono* puedan salvarse realizando una interpretación amplia del término, que nos lleve a entender que el abandono ha de ser *definitivo* y que los abandonos esporádicos –con reingreso en el centro– o recaídas normales dentro del proceso de desintoxicación, no deben generar la revocación de la suspensión, sino su prórroga en virtud de lo establecido en el párrafo último del artículo 87 –como a continuación se explicará–.

La amenaza de revocar la suspensión de la pena en caso de abandono –como ya se puso de relieve, respecto al precedente artículo 93 bis– enturbia el carácter voluntario que deben revestir estos tratamientos de desintoxicación, dificultando que muchas suspensiones finalicen favorablemente.

8. En conexión con lo anterior, resulta un tanto perturbador el último párrafo del artículo analizado, que parece querer actuar como correctivo de la deficiencia señalada. Este último apartado establece que “transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabitación o continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años”.

Este último párrafo plantea serios problemas hermenéuticos. Partimos de la premisa de que si el penado incumple alguna de las condiciones establecidas se revoca la suspensión (art. 87.5 CP). Por lo tanto, en principio si se vuelve a delinquir o si se abandona el tratamiento, el Juez debe proceder a la revocación de la misma. Lo anterior se ve enturbado por la afirmación del precepto comentado de que transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabitación o “la continuidad del tratamiento”. Debe llamarse la atención sobre la utilización de la expresión “continuidad”, que debe contraponerse a la de “continuación”, a la que recurre el legislador más adelante en el mismo párrafo. Puede interpretarse que la “continuidad” se refiere al pasado, es decir alude al tratamiento ya desarrollado, y la “continuación” al futuro. En consecuencia, lo que debe acreditarse para obtener la remisión de la pena –en el caso de que no se haya logrado la deshabitación–, es que a lo largo del tratamiento se ha dado una “continuidad”³³.

Ahora bien, como indica el Código, “de lo contrario ordenará su cumplimiento, salvo que oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento”, en cuyo caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años. Parece adecuado estimar que la posibilidad de prórroga está prevista para los supuestos en los que no se dé ni la deshabitación ni la continuidad en el tratamiento. Ello nos permite concluir –subsando así la deficiencia antes aludida– que los abandonos esporádicos no pueden justificar la revocación de la suspensión, ya que para estos casos parece estar prevista la prórroga indicada.

Los problemas interpretativos también son resaltados por el mentado *Informe del CGPJ de 12 de julio de 1999*, que critica que el régimen de revocación no aparezca perfilado en la redacción con la deseable nitidez. Se señala en este sentido que “En principio, parece que el abandono del tratamiento, un concepto ambiguo de por sí, puede determinar la inmediata revocación de la suspensión (art. 87.4 y 5 CP). No obstante, puede resultar prudente en ocasiones, sobre todo si, como es frecuente, se producen recaídas ocasionales que no evidencian un abandono definitivo del tratamiento, esperar al transcurso del plazo de suspensión para, a la vista de la hoja histórico penal, del conjunto de informes periódicamente remitidos y de los que se acuerden si no se acredita la deshabitación o la continuidad del tratamiento, decidir la remisión, la revocación o la prórroga de la suspensión”.

9. En todo caso no deja de ser objetable que la revocación de la suspensión implique el cumplimiento de la pena impuesta sin que en ningún momento aluda el artículo 87 a la posibilidad de abonar el tiempo transcurrido en tratamiento de deshabitación, de un modo similar a cómo se establece en el artículo 99 CP para el supuesto de concurrencia de penas y medidas de seguridad, lo que puede entenderse como una contradicción con el sistema vicarial instaurado por este precepto.

10. Por último debe resaltarse, dentro de las novedades introducidas por el artículo 87, la previsión de la *audiencia de las partes*. El Anteproyecto y el Proyecto de 1994 requerían simplemente la audiencia del Ministerio Fiscal. Esta audiencia también se establece en el régimen ordinario de suspensión para la fijación del plazo de suspensión (art. 80.2 CP). El problema que plantea esta nueva exigencia es el de determinar el concepto de *parte* a estos efectos. Entiende MANZANARES

33. Véase GONZÁLEZ ZORRILLA, C., “Suspensión de...” cit., pág. 87.

SAMANIEGO, que dado el mantenimiento por parte de este artículo de la condición 3ª del artículo 81 referente a la satisfacción de las responsabilidades civiles, tal vez haya que considerar también parte al actor civil o al simple titular de una indemnización, si los hubiera³⁴.

IV. Conclusiones y observaciones críticas. Bibliografía consultada

Pese a las modificaciones sufridas con la aprobación del Código penal de 1995, el supuesto de suspensión especial estudiado, no deja de ser susceptible de objeciones. Procede en este momento, y tomando como base las anteriores consideraciones en torno a esta institución, llegar a una serie de conclusiones que pueden ser tomadas al propio tiempo como observaciones críticas a la misma.

1ª. La virtualidad práctica del precepto, como se ha reiterado a lo largo del trabajo, queda muy reducida a causa de la rigidez de los requisitos a los que es sometida la medida, esencialmente por la limitación temporal en cuanto a las penas a las que resulta aplicable este tipo de suspensión, y por la exigencia de que el sujeto no sea *reo habitual*, sin olvidar la virtualidad –si bien no automática– que con la nueva regulación puede tener la reincidencia. En la mayor parte de los casos el delincuente drogodependiente será *reo habitual*. No debemos olvidar que el toxicómano generalmente delinque con el fin de cubrir sus necesidades de droga, lo que conduce en la mayor parte de los supuestos a la referida habitualidad delictiva. La relación droga-delincuencia en España es muy estrecha, sobre todo en el delito de tráfico de drogas y en los delitos contra la propiedad –especialmente el robo con intimidación–, lo que explica la ya denunciada escasa aplicación del precepto comentado³⁵.

2ª. Por otro lado, y en conexión con la crítica anterior, entiendo que es muy reprochable que el legislador siga otorgando alguna relevancia a la reincidencia, que puede fundamentar –aunque no de forma automática como en el derogado artículo 93 bis– la no concesión de la suspensión. Parece, como ya se indicó, que lo que se esconde tras esta previsión es la creencia del legislador de que la reincidencia es signo de peligrosidad criminal (criterio determinante de la concesión o no de la suspensión general del artículo 80 CP). Sin embargo, esto no tiene sentido alguno. Considero que la peligrosidad criminal no puede condicionar la concesión de este supuesto de suspensión extraordinaria, que tiene por fin motivar la desintoxicación, si bien con el objetivo de evitar la comisión de futuros delitos. Además, el precepto en ningún momento alude a la referida peligrosidad, razón de más para entender que este criterio no ha de incidir en modo alguno en la concesión o no de esta suspensión especial.

3ª. Si bien es loable la ampliación del grupo de sustancias a causa de cuya dependencia se ha de haber cometido el hecho delictivo, sin embargo no puede explicarse por qué se privilegia la dependencia a determinadas sustancias frente a otras adicciones o situaciones personales o sociales, que pueden tener una incidencia tanto o más grave en el delito o en las posibilidades de reinserción del sujeto³⁶.

4ª. En cuanto a los centros o servicios públicos o privados debidamente certificados, surgen algunos reparos, que el CGPJ –estimo que de forma acertada– ha puesto de relieve en su ya comentado *Informe sobre la aplicación del nuevo Código penal de 12 de julio de 1999*. Por un lado se destaca la “efectiva desigualdad entre los justiciables en función del territorio en que son condenados, ya que las posibilidades de aplica-

34. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., en, *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, coord. por C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Tomo I, Madrid, 1997, pág. 1275.

35. J. GARCÍA GARCÍA ha analizado los efectos de las distintas drogas en la conducta delictiva. Resultan interesantes algunos de los datos aportados. Señala este autor en primer lugar que, los delitos de carácter instrumental, especialmente contra la propiedad y de tráfico de drogas, estarán más frecuentemente asociados a los estados de síndrome de abstinencia y dependencia, mientras que los delitos por imprudencia, violentos y omisivos pueden ser inducidos o facilitados especialmente por estados de intoxicación, pero también por el síndrome de abstinencia y las patologías asociadas al consumo crónico.

Resalta que entre un 80 y un 90% de los delitos relacionados con el consumo de drogas tienen su origen en la heroína. Añade que los hechos delictivos más habituales entre los heroínómanos son robos con intimidación, pequeño tráfico de drogas, hurtos y falsificación de recetas. Por lo que se refiere al alcohol, indica que el consumo del mismo está íntimamente relacionado con los delitos contra la seguridad del tráfico. Entiende que el consumo de cocaína facilita la comisión de delitos por imprudencia, especialmente contra la seguridad del tráfico, y delitos violentos, etc., GARCÍA GARCÍA, J., *Drogodependencias y Justicia Penal*, Madrid, 1999, págs., 112 y ss.

36. Así lo pone de manifiesto GONZÁLEZ ZORRILLA, C., “Suspensión de la pena y probation”, en obra colectiva *Penas alternativas a la prisión*, coord. por CD/ LARRAURI, Barcelona, 1997, pág. 85.

ción del precepto y las garantías de su eficacia son muy distintas en aquellas Comunidades Autónomas, una minoría, en las que existe una oferta pública y en las restantes, en las que la ejecución penal se entrega, prácticamente, a manos privadas". En segundo lugar, se critica también la "falta de información actualizada relativa a la condición de homologados o acreditados de los Centros privados".

Nos encontramos de nuevo ante un problema de medios o recursos, que subyace en no pocas instituciones de nuestro Código penal.

5ª. Resulta muy criticable que la remisión definitiva de la pena se conecte a la consecución de la deshabitación, ya que ello pugna con la idea de tratamiento voluntario y más bien supone un tratamiento impuesto bajo la amenaza penal. En este sentido han denunciado MAPELLI CAFFARENA Y TERRADILLOS BASOCO que esta regulación está reñida con el principio de dignidad en la ejecución de la pena que prohíbe la instrumentalización de las personas a través de aquélla³⁷.

6ª. El fracaso de la medida se ha revelado en la escasa aplicación judicial de la misma. No tenemos constancia de la aplicación del derogado artículo 93 bis. Y al parecer un camino similar ha seguido el artículo 87 por la inflexibilidad de sus requisitos. No obstante la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Valencia ha aplicado el artículo 87 en la ya citada Sentencia de 4 de noviembre de 1998 (RJA 5820).

7ª. Entiendo que no tiene sentido alguno mantener en nuestro ordenamiento jurídico-penal este precepto tal y como está redactado, por su manifiesta falta de efectividad práctica. Quizás sería más conveniente potenciar la adecuada aplicación de otras posibilidades que ofrece el propio Código penal, eximentes completas e incompletas con la aplicación de la correspondiente medida de seguridad, o la atenuante del artículo 21.2. Una correcta utilización de estas posibilidades, junto con una flexibilización del régimen ordinario de la suspensión permitiría hacer frente con mayor efectividad al problema de la dependencia a las sustancias analizadas, que exige intervenciones penales menos represivas que las llevadas a término hasta el momento.

8ª. Además, resulta contradictorio articular mecanismos de este tipo con el fin de evitar el ingreso en prisión, si no se buscan al propio tiempo medidas alternativas a la prisión preventiva, a la que se recurre con extremada frecuencia en delitos cometidos por drogodependientes, por enten-

der que estas conductas delictivas generan una gran "alarma social"³⁸.

En conclusión, el sistema de *parcheos* utilizado por el legislador del 95 en el artículo 87, no ha subsanado todos los defectos atribuidos al derogado 93 bis, por el contrario ha generado nuevos problemas.

Bibliografía consultada

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ LAURENZO COPELLO, P. (Coord.), *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*, Valencia, 1993.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "La remisión condicional de la pena", en la obra colectiva *Ejecución de sentencias civiles y penales*, Madrid, 1994, págs. 237 y ss.

GARCÍA ARÁN, M., *Criterios de determinación de la pena en Derecho español*, Barcelona, 1982.

GARCÍA GARCÍA, J., *Drogodependencias y Justicia Penal*, Madrid, 1999.

GONZÁLEZ CASSO, J., "La suspensión de la ejecución de las penas en dos supuestos especiales; los artículos 80 nº 4 y 87 del Código penal", en *Revista del Poder Judicial* Nº 54, 1999 (II), págs. 91 y ss.

GONZÁLEZ ZORRILLA, C., "Suspensión de la pena y *probation*", en obra colectiva *Penas alternativas a la prisión*, coord. por CID/LARRAURI, Barcelona, 1997, págs. 84 y ss.

LAMO RUBIO, J., *El código penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal*, Barcelona, 1997.

LARRAURI PIJOÁN, E., "Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, Santiago de Compostela, 1996, págs. 207 y ss.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "Concepto, voluntariedad y principios inspiradores del tratamiento", en *Comentarios a la Legislación Penal*, dir. por COBO DEL ROSAL, M., Vol. 6, Tomo 2º (Ley Orgánica General Penitenciaria), Madrid, 1985, págs. 907 y ss.

"Comentario al artículo 87 CP" en *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, dir. por CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., Tomo I, Madrid, 1997, págs. 1274 y ss.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L./ CREMADES, J., *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1996.

MAQUEDA ABREU, M.L.: "Observaciones críticas a algunos de los aspectos de la reciente reforma sobre drogas (Ley Orgánica 1/1988, 24 de mar-

37. MAPELLI CAFFARENA, B., / TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1996, pág. 102.

38. Vid. en este sentido, MAQUEDA ABREU, M.L., "Observaciones críticas...", art. cit., pág. 862.

zo)", en *Actualidad Penal*, nº 44, semana 29 noviembre-4 diciembre-II, págs. 2285 y ss.

- "Remisión condicional de la pena y drogodependencia", en *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo XII, Madrid, 1999, págs. 1 y ss.

- *Suspensión condicional de la pena y probation*, Madrid, 1985.

MAPELLI CAFFARENA, B./ TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1996.

POZA CISNEROS, M., "Formas substitutivas de las penas privativas de libertad", en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal*. Cuadernos de Derecho Judicial, nº XXIV, CGPJ, Madrid, 1996, págs. 187 y ss.

"Suspensión, substitución y libertad condicional: Estudio teórico-práctico de los arts. 80 a 94 del Código penal, en *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*. Manuales de formación continuada, 4, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 235 y ss.

RÍOS MARTÍN, C., *Manual práctico para la defensa de las personas presas*, Madrid, 1996.

SÁNCHEZ YLLERA, I., "Comentario al art. 87" en *Comentarios al Código Penal de 1995*, dir. por VIVES ANTÓN, T.S., Valencia, 1995, págs. 490 y ss.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Código penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Granada, 1998, págs. 732 y ss.