

Consideraciones sobre la condena condicional

JESUS BERNAL VALLS
Fiscal

INTRODUCCION

Establece el artículo 92 del Código penal vigente que: «Se confiere a los Tribunales la atribución de otorgar... la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de la pena». Con estas palabras el Código trata de definir la que también llama remisión condicional, a través de su principal efecto, la suspensión de la ejecución de la pena.

En imitación de las legislaciones belga y francesa de finales del pasado siglo, nuestro legislador introdujo la institución en el ordenamiento positivo por medio de la ley de 17 de marzo de 1908. Particular interés ofrece la Exposición de Motivos de dicha ley, que permite perfilar el contorno y contenido de la institución, por cuanto que los sucesivos retoques y enmiendas que en la condena condicional se operaron en los Códigos de 1928, 1932 y 1944 (el vigente reproduce íntegramente el texto de 1944), no han modificado el marco en que primitivamente se configuró.

La Exposición de Motivos señala que la remisión condicional, introducida a calidad de ensayo en la legislación patria, representa la manifestación de un perdón que obra en tanto en cuanto la condición suspensiva subsista, es ofrecida al que cayó ocasionalmente y al que cedió a movimientos pasionales, y produce benéficos efectos porque el delincuente, a quien se abre un plazo de prueba, no cometerá nuevo delito al estar sometido al temor de la pena aplazada.

La altruista motivación que señala dicha Exposición, es puesta en tela de juicio por CUELLO CALÓN (1), cuando opina que el legislador actuó fundamentalmente por razones económicas, puesto que la aplicación de la medida representaba una considerable reducción en el costo de los servicios penitenciarios. Sea cual fuere la íntima motivación legislativa, es lo cierto que de acuerdo con su regulación positiva, e incluso conforme a las palabras de la propia Exposición

(1) *La moderna Penología*, tomo 1, 1958, pág. 640.

de Motivos, la institución representaba un criterio más ético que social, es decir, una toma de posición frente al fenómeno del delito, específicamente ética. Ello suponía, como ya apuntó para el legislador belga de 1888 PAUL CORNIL (2), un desconocimiento completo de las causas positivas de la delincuencia que no se tuvieron en cuenta, como es lógico, en el planteamiento y regulación de la institución, lo que no ha impedido, hay que reconocerlo, su relativo éxito.

A las directrices apuntadas más arriba responde la actual regulación de la condena condicional. La profunda transformación cultural y social que desde 1908 se ha producido, y las modernas orientaciones en materia de prevención y tratamiento del delito, inducen a pensar en la necesidad de una nueva regulación de la institución, que ha sido ya acometida y llevada a cabo en la mayor parte de las legislaciones extranjeras.

Con la mira puesta en una reforma futura, examinemos someramente algunos aspectos de la regulación positiva vigente.

NATURALEZA JURIDICA

Las dispares opiniones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la condena condicional, que se justifican en parte por ser aquella una institución compleja que ofrece diferentes facetas según la perspectiva desde la que se contemple, se reducen en esencia a determinar si la institución puede caracterizarse como pena o medida de seguridad, o como institución distinta.

Para el Código penal italiano, la condena condicional es una causa de extinción del delito, y como tal la regula dentro de la rúbrica general dedicada a las causas que extinguen el delito, tesis que comparte el Tribunal de Casación en las resoluciones de 22 de febrero de 1957, 7 de junio de 1958 y 28 de febrero de 1961, y en la doctrina de CAVALLO (3), para el que justamente se la llama causa de extinción del delito, porque cuando el condenado ha cumplido las condiciones de la suspensión, se ha extinguido el derecho del Estado con efectos *ex tunc*. Para PISAPIA (4), se trata de una causa de extinción, pero no del delito, sino de la punibilidad, porque interviene, si la condición se cumple, extinguiendo la pena principal impuesta, tesis que admite MANZINI (5), al afirmar que la condena condicional coloca al condenado en la condición de determinar eventualmente la extinción de la pena como consecuencia de la renuncia

(2) *Substituts for Imprisonment in Belgium*, en «Sheldon Glueck», Editorial Probation and Criminal Justice (1933), pág. 309.

(3) *Diritto Penale*, P. Generale, vol. II, 1955, pág. 309.

(4) *Istituzioni di Diritto Penale*, 1965, pág. 214.

(5) *Trattato di Diritto Penale italiano*, vol. III, 1961, pág. 624.

del Estado a la potestad punitiva, subordinada a determinadas condiciones.

Según ASÚA Y ANTÓN (6), la condena condicional representa una suspensión judicial de la penalidad ordinaria, afirmación que más que atender a precisar la naturaleza jurídica, tiende a describir el efecto primario y provisional de paralización de la ejecución de la pena impuesta.

Negando también carácter de institución afín a la pena o a la medida de seguridad, FRISOLI (7) la califica como subrogado de la pena de altísima relevancia jurídico penal que opera como causa extintiva aplazando, y luego anulando, la fase ejecutiva de la condena.

En la misma línea pueden citarse las posiciones que la contemplan como procedimiento de política criminal (8), como medida de corrección (9) y aún quienes la configuran como institución de favor, de clemencia o como manifestación del derecho de gracia, centrandó la atención en el indudable beneficio que implica para el delincuente.

La tesis que considera a la condena condicional como pena, ofrece distintos matices que se diferencian según atribuyan a la institución mayor o menor semejanza con la pena.

Según H. POUPET (10), se trata de una medida propiamente penal, de sanción represiva, destinada a ciertos tipos de delincuentes. CORREIA (11), que comprende a la condena condicional juntamente con la *probation* en el cuadro de las que llama medidas no institucionales contra el delito, entiende que éstas pueden entrar en la categoría de las penas en la medida en que implican una limitación de la libertad y representan un mal inflingido al delincuente.

ANTÓN (12), aún reconociendo que la condena condicional tiene naturaleza compleja, se inclina por calificarla de sanción moral, en concepto amplio que engloba también la reprensión y el perdón judicial, por cuanto que encierra una advertencia o amenaza. El mismo criterio, aún sin adjetivar la sanción, parece seguir el vigente Código penal sueco, que si bien no configura la condena condicional bajo el nombre de pena, sí la regula bajo la rúbrica más general de «sanción», junto con otras medidas que califica de penas ordinarias y especiales.

Contemplando la institución en su ropaje puramente formal, MAURACH (13) entiende que se trata de una medida judicial que representa una especial pena privativa de libertad.

(6) *Derecho penal*, 1929, vol. I, págs. 591 y 593.

(7) *La riforma della sospensione condizionale della pena*, en «Studi in onore di F. Antolisei», I, 1965, pág. 516.

(8) MERLE Y VITU, *Traité de Droit Criminel*, 1967, pág. 610.

(9) MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, vol. II, 1962, pág. 509.

(10) *La probation des délinquants adultes en France*, págs. 105 y 107.

(11) *Projet du Code pénal portugais de 1963*, en «Estudos in memoriam do Prof. Beza dos Santos», 1966, pág. 293.

(12) *Derecho Penal*, tomo I, 1949, pág. 525.

(13) *Derecho Penal*, vol. II, cit. pág. 509.

Para SCHLYTER (14), la condena condicional no es pena, sino medida de seguridad privativa de libertad, tesis formulada sobre la estructura de la institución dada por la ley sueca de 22 de junio de 1939, y que comparten todos aquellos que toman como punto de referencia las medidas complementarias de vigilancia y asistencia que, según el modelo anglosajón de la «probation», pueden acompañar a la suspensión de la pena.

La doctrina se pronuncia casi unánimemente respecto a la pertenencia de la institución al Derecho penal sustantivo, por concernir, como afirma MANZINI (15), al contenido material de la relación punitiva. El representar un acto de aplicación del Derecho, manifestado a través de la decisión judicial sobre su concesión, supone que no es una manifestación del derecho de gracia.

En nuestra opinión, no puede afirmarse, desde el punto de vista doctrinal, que la condena condicional sea una pena o una particular especie de la misma, puesto que ni representa un castigo, sufrimiento o privación de determinados derechos al delincuente, ni está presidida por la idea de retribución. Tampoco puede hablarse de que constituya una sanción, pues no representa ningún género de onerosidad ni siquiera de conminación o amenaza, antes bien supone un beneficio para el delincuente; por otra parte, no puede olvidarse de que descansa ya en una concreta sanción penal, la pena privativa de libertad, que el Tribunal pronuncia definitiva e irrevocablemente, y si se calificara como sanción moral supondría superponer dos distintas sanciones, del mismo rango penal, aunque de distintos efectos y gravedad, a un mismo hecho.

De la medida de seguridad la separa la propia naturaleza de esta última, que se funda en una peligrosidad real o latente, en una demostrada o presumible tendencia antisocial, que no se da en el delincuente sometido a prueba, a quien se beneficia con la suspensión de su pena precisamente atendiendo a la posibilidad de autocorrección; de aquí que en la ley de Vagos y Maleantes, el artículo 7.º prohíba expresamente la concesión de la condena condicional al sujeto declarado peligroso.

La tesis que califica a la institución como causa de extinción del delito, no se revela como correcta si se contempla el elemento sobre el que incide la medida, que no es otro que el de la pena. Si tomamos como punto de mira el momento del otorgamiento de la condena condicional, parece más correcto considerarla como causa de suspensión de la pena, y si en el de terminación del plazo de prueba, como causa de extinción definitiva del derecho a ejecutar la pena impuesta que opera con efectos retroactivos.

Se trata, en suma, de una medida de política criminal que, perteneciendo al Derecho penal sustantivo, en cuanto que es una res-

(14) En cita de la página 458 de *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1957.

(15) *Trattato di Diritto Penale*, cit., vol. III, pág. 626.

puesta penal al fenómeno del delito, tiende a conseguir la corrección del delincuente mediante la extinción del derecho a la ejecución de una pena privativa de libertad impuesta por razón de delito, sometido a determinadas condiciones. Es medida distinta de la pena e institución diferente a la medida de seguridad.

Esta postura, creemos, no choca con el Derecho positivo. Aunque la Exposición de Motivos de la ley de 1908, calificara a la condena condicional como medida de clemencia o manifestación de un perdón (de medida de clemencia y de posible corrección habla la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1946), el Código penal vigente no la enumera entre las distintas especies de pena que contempla el artículo 27, ocupándose de ella en el capítulo referente a la ejecución de las penas como un supuesto de crisis del proceso de ejecución y centrandó su atención en el efecto principal de la suspensión solamente de la pena privativa, y ulteriormente, según la ley de 1908, en el efecto extintivo del derecho a ejecutarla.

REQUISITOS DE LA CONDENA CONDICIONAL

La normativa fundamental se halla recogida en los artículos 92 a 97 del Código penal, así como en los preceptos no derogados de la ley de 17 de marzo de 1908.

Los requisitos para la concesión se hallan establecidos en el artículo 93 del Código penal. Todos y cada uno de ellos han de concurrir para el otorgamiento de la medida, por cuanto que tienen el carácter de verdaderos elementos esenciales de la institución, según se desprende de la dicción legal: «Serán condiciones indispensables para suspender el cumplimiento de la condena...», y de la doctrina de la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1908.

Según el número 1 del artículo citado, el primer requisito es que «el reo haya delinquido por primera vez». En dicho requisito, reproducido literalmente en todos los Códigos desde 1908, se incardina la finalidad específica de la condena condicional y se determinan sus destinatarios, aquellos delincuentes pasionales y por ocasión de que hablaba la Exposición de Motivos de la ley de 1908, a los que había de liberar de la influencia nociva de la prisión.

Origina dudas el significado del verbo delinquir. Para ANTÓN (16), equivale a haber cometido un delito, lo que permite la aplicación de la medida al reo ya sentenciado anteriormente por una o varias faltas. QUINTANO (17) entiende que la expresión tiene un significado procesal y equivale a no haber sido condenado antes, es decir, a carecer de antecedentes penales. Pero antecedentes penales los producen

(16) *Derecho Penal*, I, cit., pág. 527.

(17) *Curso de Derecho Penal*, vol. I, 1963, nota de la pág. 528.

también las faltas, y ellos determinan que al reo se le califique como ya condenado.

Los problemas que en la práctica judicial origina la ambigüedad de la expresión legal aparecen elocuentemente expuestos en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1969 (18) que recoge las consideraciones del Fiscal de Pontevedra que transcribimos: ...«O interpretamos delinquir en su más estricto sentido de comisión de delito, en el sentido en que aparece el término definido en el artículo 6.º del Código penal, con lo que la anterior condena por falta no impide la suspensión de la pena impuesta, y llegamos al absurdo de que en las faltas la condena condicional puede aplicarse ilimitadamente, cualquiera que sea el número de faltas anteriores cometidas, o interpretamos delinquir como el acto de cometer una infracción penal de cualquiera de las dos clases definidas en dicho artículo 6.º —delitos o faltas— y llegamos a la conclusión, contraria a los antecedentes históricos de la institución, de que la condena por falta anterior impide la suspensión de la pena impuesta por un posterior delito. Claro que resta una tercera posición, no menos contraria a la lógica, cual es interpretar el término delinquir «a gusto del consumidor», esto es, en función del caso concreto, como comisión del delito, si en el ámbito de los delitos nos movemos, y comisión de falta, si la interpretación se hace en el ámbito de un Juzgado Municipal».

La tesis de ANTÓN resulta, a nuestro entender, más adecuada a la finalidad de la institución; realmente no se pensó en ella como medio sustitutivo de las levísimas penas de arresto que se imponían por las faltas, cuyo cumplimiento efectivo, por otra parte, no hacía temer el contagio carcelario. Reconocemos asimismo que el supuesto a que aludía ANTÓN respecto de la peligrosidad social del condenado por repetidas faltas, contrario a la idea de benignidad en que se inspira la condena condicional, se corrige mediante el arbitrio judicial para el otorgamiento de la medida. Pero nos preguntamos si corresponde a la esencia de la institución, que en nuestra opinión la ley sólo quiere conceder por una sola vez, la posibilidad de su repetida concesión al autor de varias faltas, ya beneficiadas con la suspensión, cuando cometa un delito por el que se fije una pena comprendida dentro del límite legal de suspensión.

Nos surge la duda respecto del significado de la alocución «por primera vez» en que el Código sitúa el requisito de no haber delinquido. La cuestión guarda relación con los supuestos del concurso de delitos, y aún con los casos de comisión de diversos delitos por un mismo reo, enjuiciados en distintas causas en las que, naturalmente, figure sin antecedentes penales.

No hay inconveniente en admitir la tesis de ANTÓN (19) que admite la suspensión de las penas impuestas en el concurso formal por

(18) Instituto Editorial Reus, pág. 159.

(19) *Derecho Penal*, I, cit., pág. 527.

cuanto que, referido al supuesto de que un mismo hecho sea constitutivo de dos o más delitos, todos ellos han sido cometidos delinquiendo por primera vez. Apurando la argumentación la respuesta sería negativa, en nuestra opinión, tanto en los supuestos de concurso real como en el de concurso formal si éste se da entre dos delitos que guarden relación entre sí de medio a fin, ya que desde un punto de vista meramente cronológico, nos encontramos ante delitos perfectamente diferenciados y cometidos en distinto período de tiempo, el suficiente al menos para que pueda estimarse que el reo, al cometer el segundo o los ulteriores delitos, ya había delinquido por la comisión del primero.

En la práctica judicial se sigue el criterio de QUINTANO, anteriormente expuesto, como lo demuestra la referencia que se contiene en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, ya citada. Y la propia doctrina del Tribunal Supremo se pronuncia de idéntica forma, según se advierte en la S. de 22 de mayo de 1963 que admite la aplicación de la condena condicional en los cinco delitos por los que fue sentenciado el reo argumentando que aquel: «es delincuente primario puesto que no hay constancia de que haya sufrido condena alguna con anterioridad».

Dada la actitud que observan nuestros Tribunales en relación con la condena condicional esa tesis nos parece peligrosa. El autor de numerosos delitos que se enjuicien en único proceso, o en varios sentenciados con posterioridad a la fecha de la última comisión, se vería favorecido porque en todos ellos carecía de antecedentes penales. Reconocemos, no obstante, que en la modalidad de concesión facultativa, los Tribunales pueden corregir, denegando la suspensión de la pena, los excesos a que aquella interpretación pudiera dar lugar.

El requisito examinado ha sido combatido duramente por la doctrina en cuanto que aparta del beneficio de la suspensión, por la irrepetibilidad que su concesión supone, a determinada especie de delinquentes. Ello explica las modificaciones que en torno al mismo se han introducido en otras legislaciones, bien suprimiéndolo radicalmente, como en la sueca (cap. XXVII, art. 1.º, C. p.), bien possibilitando la concesión cuando entre el primero y segundo delitos medie determinado lapso de tiempo (art. 41 C. p. suizo), bien extendiendo la condena condicional a los delinquentes condenados a penas distintas de la prisión por crimen o delito de derecho común (art. 734 C. procesal criminal francés). En todo caso, parecería también conveniente restringir el requisito limitándolo a la comisión de delitos dolosos tan sólo.

El segundo de los requisitos exige que el reo no haya sido condenado en rebeldía. Durante el desarrollo del proceso penal, matiza acertadamente ANTÓN (20), quien critica el rigorismo del precepto alegando que la rebeldía puede obedecer a causas justificadas; tal rigorismo puede ser dulcificado, entendemos nosotros, mediante la

(20) *Derecho Penal*, I, cit., pág. 528.

impugnación procesal de la declaración de rebeldía, que no prohíbe expresamente precepto procesal alguno.

Para QUINTANO (21), al que sigue literalmente PUIG PEÑA (22), el requisito resulta extraño y anómalo al no caber en nuestro proceso la condena en rebeldía. La tesis descansa fundamentalmente en una errónea transcripción del texto legal, ya que ambos autores parten de la afirmación de que el Código requería como requisito «que no hubiese sido penado (el reo) en rebeldía». Esa dicción se contenía, ciertamente, en alguna edición particular del Código penal, pero no en la edición oficial de dicho Código, editada por el Ministerio de Justicia, ni en el propio Boletín Oficial del Estado en que se publicó el Código de 1944, en cuyos dos textos el requisito venía expresado como «que no haya sido declarado en rebeldía», enunciación que ya aparecía en los Códigos de 1928 y 1932 y se continúa en las revisiones de 1963 y 1968.

Así extendido, el requisito no resulta anómalo ni extraño, concuerda con las disposiciones procesales de los artículos 834 y siguientes de la L. E. Cr. relativas al procedimiento en rebeldía, y responde al propósito, formulado apriorísticamente por el legislador, de presuponer que la persistente resistencia del reo a comparecer ante la Justicia para responder de su delito, revele una falta de arrepentimiento y le inhabilitaba para la suspensión de la pena que, en su momento, se le impusiera.

Admitida en contados supuestos (regla 7.ª, art. 791 de L. E. Cr.; y párrafo 1.º, apart. b, art. 9.º de la ley del 2-12-1963) la condena en rebeldía, el requisito comentado impide la concesión de la suspensión de la pena a quien esté ausente durante las sesiones del juicio y sea por ello condenado en rebeldía, pero tan sólo en los supuestos de condena en rebeldía citados. La ausencia posterior a la sentencia no podrá comprenderse, contra las opiniones de CUELLO (23) y QUINTANO (24) en el requisito que examinamos. Afirmar lo contrario equivaldría a admitir en nuestro proceso penal la posibilidad de declaración de rebeldía después de la sentencia. En sentido afirmativo se pronuncia ALAMILLO (25) sobre la base de que el artículo 490. de L. E. Cr., al hablar de la detención, establece que: «Cualquier persona puede detener... 7.º. Al procesado o condenado que estuviese en rebeldía».

No entendemos correcta la postura de ALAMILLO. Frente al aislado precepto que invoca en apoyo de su tesis, la específica regulación de la rebeldía muestra que está pensada única y exclusivamente para la ausencia del reo antes de las sesiones del juicio oral, para antes

(21) *Comentarios al Código penal*. 1966, pág. 414.

(22) *Derecho Penal*, Parte General, tomo II, 1969, pág. 484.

(23) *Derecho Penal*, tomo I, 1964, pág. 814.

(24) *Curso de Derecho Penal*, vol. I, pág. 528.

(25) *La teoría de las crisis del proceso aplicada al proceso penal*, en «Revista de Derecho Procesal», 1951, pág. 446.

de la sentencia. Por otra parte, la rebeldía, o por mejor decir, la regulación de la rebeldía responde a la finalidad de colmar una crisis en el desarrollo del proceso, que no se da cuando existe sentencia, en cuyo caso el proceso finaliza normalmente. En tal sentido se pronuncia la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1958 al afirmar que la situación procesal de rebeldía afecta tan sólo a los que aún no están condenados, y admite indirectamente el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de junio de 1967.

No obstante, la ausencia del reo no es indiferente a los efectos de aplicación de la condena condicional. Mientras que para la notificación de la sentencia no se requiere, bajo pena de nulidad, la presencia personal del reo (art. 160 L. E. Cr.), el artículo 7.º de la ley de 1908 exige que aquel esté presente en el momento de la notificación del auto que otorga la suspensión de la pena de suerte que, según establece el artículo 8.º de la misma ley, su ausencia determina el que se deje sin efecto la suspensión acordada y se proceda a ordenar la ejecución de la pena privativa impuesta.

El tercero y último de los requisitos del artículo 93 hace mención a la duración de la pena, estableciendo que ésta ha de consistir en privación de libertad cuya duración no exceda de un año y esté impuesta como principal de un delito o falta, o como subsidiaria en caso de multa; extendiendo el límite, en el supuesto que veremos, hasta los dos años.

Ninguna otra limitación por razón de la naturaleza o gravedad del delito contempla el Código; existen, en cambio, limitaciones de esa índole en leyes especiales: Código de Justicia Militar, Vagos y Maleantes, Pesca Fluvial, Orden Público, etc.).

El criterio del Código es acertado. Ninguna específica limitación debe estar fijada *ex lege* para determinar delitos si se quiere conseguir la individualización que la medida exige. A lo más podría aceptarse la postura del Código penal sueco, cuyo artículo 1.º, párrafo 2.º, capítulo XXVII, prohíbe la condena condicional cuando por razones de prevención general la gravedad de la infracción o cualquier otra circunstancia se opusiere a ello. Tanto la ley de 1908 como el Código de 1928 consignaron limitaciones a la aplicación de la condena condicional para determinados delitos, con criterios difícilmente comprensibles para nuestra actual mentalidad, alguno de los cuales estaba enlazado directamente con la defensa de un orden social de marcado sabor clasista y discriminador.

Si en el aspecto antes aludido la ley de 1908 y el Código de 1928 merecieron la crítica de la doctrina, que se tradujo en la desaparición de esas injustificadas limitaciones por el Código de 1932, ratificadas después por el de 1944, la regulación positiva anterior a 1932 contemplaba con más flexibilidad la institución al permitir su aplicación a penas de hasta dos años (Código de 1928), plazo que inexplicablemente fue rebajado en la forma ya expuesta por las reformas de 1932 y 1944, dando un paso atrás y rectificando las indicaciones del legislador de 1908 que anticipaba, condicionado al éxito de la medida, la

ampliación del plazo hasta el grado mínimo de la prisión correccional, es decir hasta los dos años y cuatro meses.

El texto habla de pena privativa de libertad. ANTÓN (26) señala el contrasentido en que incurre la ley por no aplicarla a otras sanciones de igual gravedad o más leves, alterando con ello la proporcionalidad entre delitos y penas, favoreciendo incluso la insolencia cuando la pena es de multa al poder suspenderse el cumplimiento del arresto sustitutorio por impago pero no la propia pena de multa. El defecto responde a la propia configuración de la institución, pues solamente la ejecución de la pena carcelaria llevaba aparejado el peligro de contagio con otros reclusos y por ende la posibilidad de la reincidencia, que trataba de combatirse precisamente mediante la suspensión de la pena privativa de libertad.

El límite legal se amplía hasta los dos años cuando, conforme establece el párrafo último del artículo 93, así lo estimare procedente el Tribunal en resolución expresa motivada, si en el hecho concurriera una atenuante muy calificada, apreciada como tal en la sentencia.

El precepto ha sido criticado en función del debilitamiento de la prevención general y del quebranto en la jerarquía de los delitos que puede originar su aplicación. Como apunta ANTÓN (27) se podrá suspender la pena de dos años impuesta a un homicidio atenuado y no a la que de igual duración haya correspondido a unas lesiones. La necesaria corrección de los contrastes podrá conseguirse siguiendo a ANTÓN, por el amplio arbitrio judicial concedido, tanto para la rebaja de la pena por el atenuante calificada como para la aplicación de la condena condicional.

La expresión atenuantes muy calificadas ha de entenderse referida a las mencionadas en el artículo 9.º del Código que permiten bien por decisión judicial, bien por propio ministerio de la ley, la rebaja de la pena tipo, al menos en un grado. Que comprende las que el propio Tribunal estima, en resolución sometida al control de la casación, como muy calificadas es innegable. Pero sería absurdo negar tal efecto a las calificadas *ex lege* cuando su efecto en cuanto a la rebaja de la pena es más intenso que las otras, puesto que en las primeras, por ejemplo, la minoría de edad, obligan necesariamente al Tribunal a rebajar en un grado por lo menos, al paso que en las segundas la rebaja por debajo de la pena tipo es una facultad discrecional del Tribunal, como confirma una reiterada jurisprudencia, entre otras la Sentencia de 30 de enero de 1957. En consecuencia, el precepto comentado habrá de ser interpretado en el sentido de que comprende también aquellas atenuantes cuya calificación en cuanto a la rebaja excepcional de la pena viene establecido por la propia ley, esto es las atenuantes contenidas en los números 1.º y 3.º del artículo 9.º.

(26) *Derecho Penal*, I, cit., pág. 526.

(27) *Derecho Penal*, I, cit., pág. 527.

Aún cuando el efecto degradatorio de la pena tipo, que es propio de las atenuantes muy calificadas, se produzca por el juego de dos o más atenuantes comunes (art. 61, regla 5.^a) ello no implica equiparación entre unas y otras a los efectos de la condena condicional por falta de disposición expresa en este sentido.

La concurrencia con la atenuante muy calificada de una circunstancia agravante no impide la aplicación de la condena condicional. PUIG PEÑA (28) señala que la generalidad de la doctrina se pronuncia negando tal aplicación, a nuestro juicio sin fundamento alguno puesto que el texto legal no lo prohíbe expresa ni tácitamente. Por ello ANTÓN (29) afirma acertadamente que el silencio del legislador ha de entenderse en el sentido de no ser obstáculo para la aplicación de la medida, entre otras razones, por la naturaleza objetiva de las más de las circunstancias de agravación.

Junto con la concurrencia de las circunstancias generales examinadas, la suspensión condicional de la pena requiere además de un requisito negativo: que el reo no haya sido declarado en estado peligroso por el Tribunal que enjuició el delito, exigido por el artículo 7.º de la ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, en relación con el artículo 3, 2.º de la misma normativa.

LA CONCESIÓN DE LA CONDENA CONDICIONAL

El Código contempla dos supuestos de concesión: facultativa y obligatoria. El artículo 92 se refiere a ambas al señalar que «se confiere a los Tribunales la atribución de otorgar motivadamente por sí o de aplicar por ministerio de la ley la condena condicional...».

La aplicación o falta de aplicación de la condena condicional en el supuesto de modalidad imperativa u obligatoria es controlable por vía de la casación, conforme señala el artículo 95 en relación con el 94. Ningún otro precepto del Código hace referencia en forma explícita a la posibilidad de acudir a la casación contra las resoluciones del Tribunal en los supuestos de concesión facultativa. Que aquellas, como actividad discrecional, no reglada, escapan a la casación lo demuestra la redacción del artículo 93, párrafo 2.º: «En los casos comprendidos en los tres números primeros, los Tribunales podrán aplicar o no la condena condicional según lo estimen procedente...». Implícitamente lo reconoce ANTÓN (30) al señalar que el precepto representa una brecha abierta en el rígido sistema de la legalidad de las penas. El artículo 6.º de la ley de 1908, todavía vigente, impone expresamente que contra la resolución que dicte el Tribunal en materia de condena condicional no se dará recurso alguno salvo el que, fundado en error de hecho, podrá interponer en

(28) *Derecho Penal*, Parte General, tomo II, 1969, pág. 486.

(29) *Derecho Penal*, I, cit., pág. 528.

(30) *Derecho Penal*, I, cit., pág. 529.

cualquier tiempo el Ministerio Fiscal ante el Tribunal que otorgó la suspensión; dándose error de hecho, conforme expresó la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1908, cuando se conceda sin cumplirse las condiciones fundamentales que señala la ley.

La claridad de la tesis expuesta quedó oscurecida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1949 que admitió implícitamente el acceso a la casación de la resolución dictada en el supuesto de concesión potestativa, bien que en aquella sentencia se argumentaba para ello únicamente sobre el concepto de resolución definitiva que, a los efectos del artículo 848, párrafo 1.º de L. E. Cr., tiene la decisión del Tribunal de instancia. Recientemente, sin embargo, la sentencia de 16 de junio de 1969 estableció que en el supuesto del artículo 93 no se dará la casación porque «en definitiva ha de prevalecer el arbitro judicial».

Conforme disponen los artículos 1.º de la ley de 1908 y 92 del Código penal, la resolución que conceda la condena condicional ha de ser motivada, lo que equivale a decir que ha de revestir la forma procesal del auto. El artículo 93 adjetiva a la resolución motivada de «expresa» para los supuestos de la suspensión de penas hasta los dos años. La insistencia del legislador podría calificarse de innecesaria si se contemplara la institución únicamente en su dimensión teórica. Como revelan las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo, en la práctica la resolución motivada se ha convertido, en muchos casos, en mera fórmula y los autos de concesión están, de antemano, impresos en su casi totalidad.

La motivación a que el precepto legal se refiere, se desenvuelve a través de la consideración de una serie de circunstancias objetivas y subjetivas que justifiquen la concesión de la medida de suspensión. Así, el artículo 93, párrafo 2.º, impone a los Tribunales la obligación de considerar la edad y antecedentes del reo, naturaleza jurídica del hecho punible y circunstancias de todas clases que concurrieren en su ejecución. La doctrina ha visto en los dos primeros enunciados elementos de índole subjetiva que, para ANTÓN (31), son de mayor preponderancia en razón al fundamento de la institución. Es evidente que la expresión «antecedentes del reo» no alude tan sólo a los antecedentes penales; en su contenido entrarán todos aquellos datos que sirvan para conocer la personalidad del reo. Interpretada de ese modo se lograría incorporar a la causa, ya en ejecutoria, un elenco de información sobre la psicología del reo y su medio social, imprescindible para una valoración seria y científica de su personalidad, formándose un verdadero «dossier» al modo como se exigen en el Derecho francés. En la práctica, y para la valoración de esos elementos subjetivos, los Tribunales no tienen a su disposición más que los informes de conducta de las autoridades gubernativas, impropios e insuficientes para la finalidad pretendida.

(31) *Derecho Penal*, I, cit., pág. 531.

Aunque no en el sentido del artículo 164 del Código penal italiano, creemos que la consideración de esos elementos subjetivos y objetivos envuelve la necesidad de que el Tribunal forme un juicio de pronóstico sobre el comportamiento futuro del delincuente (32). Si la condena condicional sólo debe ser aplicada, según la ley de 1908, a quienes la sola amenaza de la ejecución diferida de su pena, les es suficiente para no cometer un nuevo delito, es evidente que a los Tribunales se les impone una valoración de la persona del delincuente y un juicio sobre la eficacia de la medida que, sobre ese delincuente, le sirva para abstenerse de la comisión de futuros delitos. En todo caso, sin embargo, ese pronóstico que, en nuestra opinión, exige implícitamente la ley, no obliga a la concesión de la medida si el juicio es favorable. Precisamente porque en la concesión han de valorarse y considerarse las circunstancias objetivas (sin otra calificación), el pronóstico favorable que descansa en motivaciones puramente subjetivas, nacidas de la personalidad del reo, puede ceder ante las exigencias de la prevención general que obliguen a sacrificar el interés personal del reo en favor del más general de la colectividad. La concesión o denegación de la medida está, así, fuertemente influenciada por consideraciones de política criminal, como reconoce una legislación penal tan avanzada como la sueca, al admitir lo aconseje en razón de la gravedad del hecho o de otra circunstancia.

El artículo 94 del Código penal impone, por ministerio de la ley, la condena condicional cuando se aprecie en la sentencia el mayor número de los requisitos establecidos para declarar la exención de responsabilidad y en los delitos que se persiguen a instancia del agraviado, si mediase solicitud expresa de la parte ofendida. El criterio del legislador es ciertamente recusable, como señala QUINTANO (33), por cuanto que implica negar el arbitrio judicial, tan necesario, desde luego, para una institución como la condena condicional. La ley concede así al reo un verdadero derecho a la obtención del beneficio, procesalmente protegido mediante el acceso a la casación, pero subordinado a la concurrencia de las condiciones o requisitos básicos formulados en el artículo 93, como claramente demuestra la terminante redacción del párrafo 1.º del citado artículo: «Serán condiciones indispensables para suspender el cumplimiento de la condena...»; en igual sentido se pronuncia la doctrina más autorizada y la jurisprudencia, entre otras, en las sentencias de 22 de mayo de 1963 y 16 de junio de 1969.

Más dudosa es la cuestión referente a sí, en esta modalidad, la concesión puede extenderse hasta penas de dos años, cuestión que

(32) Sobre el pronóstico social y los procedimientos estadísticos para determinarlo, cfr. LANGE LÜDDEKE, *Gerichtliche Psychiatrie*, Berlín, 1959, páginas 118 y sigs.

(33) *Comentarios al Código penal*, cit., pág. 415.

debe resolverse, en nuestro criterio, en forma negativa, no ya solamente porque la ampliación hasta las penas de dos años, como supuesto excepcional, está contenida en el precepto dedicado a la modalidad facultativa (art. 93, párrafo final), sino porque representa una faceta más del arbitrio judicial, negado en el supuesto del artículo 94. En esta opinión parece mantenerse la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo ya citada, de 22 de mayo de 1963.

La interpretación de los dos supuestos en que ha de concederse obligatoriamente la condena condicional, plantea una serie de interrogantes.

El número 1.º del artículo 94 hace inequívoca referencia a las eximentes incompletas, como lo demuestra la semejanza de redacción entre aquél y el artículo 9.º, 1.º y 66. El texto legal parece subordinar la suspensión condicional a aquellas eximentes compuestas de varios requisitos. Para ANTÓN (34), la diferencia de redacción con el número 1.º del artículo 9.º, no puede conducir a excluir una parte de las eximentes incompletas. De todas formas, queda en pie el problema de determinar si basta tan sólo con que en la sentencia se declare existente una eximente incompleta, como acepta implícitamente la sentencia de 22 de diciembre de 1944, o habrá de requerirse, al menos en la eximente compuesta de varios requisitos, que se de el mayor número de ellos, como parece requerir la sentencia de 22 de mayo de 1963.

En el Código de 1928, además de los dos supuestos actualmente recogidos en el vigente artículo 94, citaba la minoría de dieciocho años con la misma fuerza, en orden a la suspensión de la pena impuesta, que los demás supuestos. Tal precepto lo había tomado el legislador de la ley de 1908, con las reformas que precisó la supresión del criterio del discernimiento. Suprimido el supuesto referente a la minoría de edad por el legislador de 1932, se ha mantenido dicha supresión en las posteriores revisiones del Código, planteándose así la cuestión acerca de si la minoría de edad puede comprenderse en el número 1.º del artículo 94.

Difícilmente podría reputarse la supresión de la minoría de edad como debida a omisión involuntaria del legislador. Pero, desde luego, resulta dudosa la justificación de dicha supresión. En efecto, el fundamento de la privilegiada atenuación de la pena en la minoría de edad radica, como señala ANTÓN (35), en una falta parcial de la capacidad para querer, establecida por la ley con una inatacable presunción; menor capacidad de querer caracteriza también alguna de las eximentes incompletas del número 1.º del artículo 9.º. El efecto de las eximentes incompletas, según el artículo 66, es rebajar en uno o dos grados la pena tipo; igual efecto establece para la minoría de edad penal de los dieciocho años el artículo 65. Configurada, ade-

(34) *Derecho Penal*, I, cit., pág. 530.

(35) *Derecho Penal*, I, cit., pág. 326.

más, la minoría de los dieciséis años, en el precepto relativo a las eximentes, la mera circunstancia de regularlas, dentro del artículo dedicado a las circunstancias de atenuación en dos números distintos cuando el Código las parifica en su fundamento y efectos, no debería obstaculizar su igual tratamiento en orden a la condena condicional.

La jurisprudencia aún no se ha pronunciado claramente sobre esta cuestión, pero la sentencia de 22 de diciembre de 1944 parece inclinarse por la tesis afirmativa, al afirmar que la condena condicional es de imperativa aplicación cuando se da la embriaguez como eximente incompleta «máxime si alguno de los reos se beneficia además de la atenuante privilegiada de la menor edad».

Según el número 2.º del citado artículo 94, la condena condicional se aplicará en los delitos que se persiguen a instancia del agraviado, si mediase solicitud expresa de la parte ofendida, supuesto que ANTÓN (36) califica de innecesario porque el ofendido tiene en sus manos el perdón que extingue la pena.

El precepto ha sido unánimemente criticado por la doctrina. Para QUINTANO (37), ha de decretarse necesariamente la condena condicional si el ofendido, menor de edad, o su representante, lo solicitan, aun cuando el Tribunal se oponga. Entendemos que habría que distinguir, en los delitos estrictamente privados: adulterio, amancebamiento, calumnia e injuria, tanto el perdón de la víctima o su representante, como la solicitud de otorgamiento de la condena condicional obligan al Tribunal. En los delitos contra la honestidad, la solicitud no es vinculante. En efecto, el artículo 443 permite al Tribunal desaprobando el perdón y ordenar que continúe el procedimiento o «la ejecución» de la pena, evidenciando que si el Tribunal puede lo más —rechazar el perdón—, ha de poder denegar lo menos, siendo la solicitud sobre la condena condicional un verdadero perdón condicionado.

EFFECTOS DE LA CONDENA CONDICIONAL

El principal y casi único efecto que produce la concesión de la medida, es el de paralizar la ejecución de la pena privativa de libertad durante el tiempo que fije el Tribunal (arts. 92, párrafo 1.º, 93, número 3 y 97 del Código penal). Según el artículo 97, la condena condicional no se hará extensiva a las penas de suspensión de derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público, «si éstas figurasen como accesorias», ni alcanzará a las responsabilidades civiles.

Como lo que se suspende no es la sentencia, sino la materialidad de la privación de libertad, QUINTANO (38) califica el precepto del

(36) *Derecho Penal*, I, cit., pág. 530.

(37) *Comentarios al Código penal*, cit., pág. 416.

(38) *Comentarios al Código penal*, cit., pág. 418.

artículo 97 como superfluo. Sin embargo, como en el artículo 92 solamente se hablaba de que la condena condicional dejaba en suspenso la ejecución de la pena, y la mención a la pena privativa de libertad que hace el artículo 93, 3.º, se hacía en función de los requisitos para la aplicación, creemos que era preciso la fijación de sus efectos. Aún así, podrían plantearse dudas sobre la suspensión también de las penas accesorias designadas por el artículo 97 cuando fueran impuestas como principales, toda vez que el citado artículo 97 las excluye «si éstas figurasen como accesorias». Dudas que realmente carecen de consistencia, puesto que ni por su origen ni por su finalidad la condena condicional encaja en cuanto a las penas no privativas de libertad y así, una tal extensión de la medida no parece admitida en el Derecho comparado.

Se planteó en la doctrina la posibilidad de subordinar la concesión de la condena condicional al efectivo cumplimiento de las responsabilidades civiles acordadas en la sentencia. Aun cuando sea cierto, como apunta QUINTANO (39) que tal exigencia implicaría una irritante desigualdad de trato y un injustificado privilegio de los pudientes, se ha de reconocer que la actitud del penado ante la obligación de reparar el daño o perjuicio causado por su delito, puede y debe ser tenida en cuenta por el Tribunal como indicio valorativo de su personalidad. No debe merecer el aplazamiento de su pena quien muestre un absoluto desprecio hacia la víctima de su delito al no procurar, en la medida de sus posibilidades, la congrua reparación del mal que irrogó.

Junto con el efecto principal ya comentado, la condena condicional otorgada ocasiona una restricción del derecho del reo de fijar libremente su domicilio. El artículo 9.º de la ley de 1908 señala, en efecto, que el reo en situación de condena condicional no podrá trasladar su residencia sin ponerlo en conocimiento del Juez de Instrucción, bajo la sanción de revocación del beneficio, conforme establece el artículo 10. Según una circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, contenida en la Memoria de 1958 (40), esta condición tiene como finalidad la de vigilar la conducta del reo durante el plazo de prueba y conocer con certeza si, transcurrido éste, procede declarar remitida la condena. Creemos, sin embargo, que la tesis de la Fiscalía del Tribunal Supremo no responde a la estructura de nuestra condena condicional, en la que ni un solo precepto positivo hace referencia a la vigilancia del sometido a prueba, cuya conducta, por deplorable y pésima que sea no puede dar lugar, como veremos más adelante, a la revocación del beneficio, excepto, naturalmente, que el condenado suspenso incurra en nuevo delito. Por ello, no comprendemos la exigencia del preaviso exigido para el cambio de residencia, que sólo se justifica cuando la condena condi-

(39) *Comentarios al Código penal*, cit., pág. 418.

(40) Instituto Editorial Reus, 1962. págs. 97 y 98.

cional lleva aparejada la sumisión a vigilancia y el cumplimiento de determinadas condiciones, como ocurre en el sistema de la Probation.

El beneficiado con la condena condicional queda sometido, según dispone el artículo 92, párrafo 2.º, a un plazo de prueba durante un período comprendido entre dos a cinco años, que fija libremente el Tribunal, atendidas las circunstancias del hecho y la duración de la pena impuesta. La enumeración de los criterios, puramente objetivos, que han de ser examinados por el Tribunal para la decisión sobre la duración del plazo de prueba, no han impedido la fijación automática e indiscriminada del tiempo de prueba, que nuestros Tribunales han venido concretando sistemáticamente en los dos o tres años; de aquí la escasa o casi nula importancia que haya de concederse al acortamiento del plazo probatorio que introdujo en la legislación el Código de 1932.

La doctrina española critica la ausencia de una regulación que imponga al sometido a prueba el cumplimiento de determinadas condiciones tendentes a asegurar su reeducación. Ciertamente no deja de ser paradójico que el delincuente en prueba pueda continuar disfrutando del beneficio cuando se encuentre sometido a una medida de seguridad por haber incidido, durante dicho plazo, en alguno de los estados peligrosos que enumera el artículo 2.º de la Ley de Vagos y Maleantes, y en cambio se le revoque el beneficio si en igual tiempo comete un delito culposo. Incluso puede dudarse de la eficacia de la institución aplicada a determinadas categorías de delincuentes cuyos resoster morales, por débiles e insuficientes, necesitarían del complemento de una ayuda material y espiritual.

La crítica, empero, ha de aceptarse con limitaciones derivadas de las distintas categorías criminológicas de los delincuentes a quienes se pueda conceder la condena condicional. Junto a los delincuentes necesitados de la ayuda ajena ante su incapacidad para autoenmendarse, existen otros para los que, como manifestaba la Exposición de Motivos de la ley de 1908, la sola amenaza de la ejecución diferida de su pena, si inciden en un nuevo delito, es suficiente para apartarlos de la senda criminal. Imponer a estos reos alguna o algunas de las condiciones que acompañan en el sistema de la «Probation» sería, sobre superfluo, gravosa y aún perjudicial. Así lo señalan MERLE y VITU (41), para los que las medidas de vigilancia y asistencia no se justifican en aquellos delincuentes cuya caída en el delito ha sido ocasional y fortuita, y de ahí el mayor uso que de la condena condicional simple se ha hecho en Francia.

El transcurso del plazo de prueba sin la comisión de un nuevo delito determina la extinción de la pena privativa de libertad, como se desprende de los artículos 14 y 15 de la ley de 1908 y el 2.º del Real Decreto de 23 de marzo de igual año. La extinción se produce

(41) *Traité de Droit Criminel*, cit., pág. 611.

mediante la oportuna resolución de remisión definitiva que ha de pronunciar el Tribunal. Dicha resolución extingue el Derecho del Estado a la ejecución de la pena privativa de libertad, por lo que la condición impuesta al otorgarse la medida puede calificarse como de resolutive.

La remisión definitiva de la pena no alcanza a borrar la condena que se mantiene viva en sus otros contenidos, entre ellos en la subsistencia del antecedente penal. En la legislación francesa, conforme establece el artículo 735 del Código procesal, el cumplimiento satisfactorio de la condición provoca la desaparición de la nota penal, que desaparece definitivamente con la consecuencia de no gravar el porvenir del sujeto ni para la reincidencia ni para la concesión de una nueva condena condicional. En el mismo sentido se pronunció el Código japonés de 1907, y mantienen las leyes de 26 de octubre de 1947, 10 de agosto de 1953 y 1 de abril de 1954 (42). En el Código italiano, en cambio, se sigue igual sistema que en nuestra legislación puesto que, como dice PISAPIA (43), no puede cancelarse ni el delito cometido ni la consecuencia de otra naturaleza que haya producido.

Aunque, ciertamente, el mantenimiento de la condena en el Registro de Penados sea uno de los aspectos más criticables del sistema español, su desaparición habría de plantearse desde un plano más general, pues no sería justo, por ejemplo, que conservara su antecedente penal quien hubiera satisfecho la pena de multa y no ocurriera lo mismo a quien, por no satisfacerla, gozó con éxito de la condena condicional otorgada en cuanto al arresto sustitutorio.

REVOCACION DE LA CONDENA CONDICIONAL

El Código penal no hace referencia a la revocación de la condena condicional, cuya regulación se contempla en la ley de 1908, a la que hay que acudir necesariamente. En dicha ley podemos distinguir dos supuestos de revocación.

Los artículos 8.º y 10 ordenan la revocación automática del beneficio cuando el reo incumpla la obligación de notificar el cambio de domicilio y cuando no se encuentre a disposición del Tribunal para recibir la notificación del auto de concesión de la remisión condicional. El artículo 8.º señala que la incomparecencia del reo a la segunda citación en forma que se le haga para la notificación del auto que otorga la condena condicional, producirá el efecto de revocar la concesión; precepto que responde a la necesidad de que el reo tome conciencia del significado del beneficio que se otorga y que obliga, en nuestra opinión, a que el cómputo del plazo de prueba comience precisamente en el momento de la notificación.

(42) Cfr. TSUNEO KIKKAWA, *Le sursis à l'exécution des peines en particulier de l'amende, au Japon*, en Rev. Intern. de Droit Pénal, 1967, números 1 y 2, pág. 214.

(43) *Istituzioni di Diritto Penale*, cit., pág. 214.

La misma consecuencia de revocación se produce, según el artículo 10, cuando el reo se traslada de domicilio sin dar el preaviso exigido o no se presente en el plazo de tres días ante el Juez cuando cambie de domicilio; presentación, por tanto, que subsana el incumplimiento del preaviso.

La ley, en los dos casos expuestos, templá la rigurosidad de la revocación permitiendo al reo la posibilidad de justificar su ausencia o el incumplimiento del preaviso y la presentación y facultando al Tribunal, facultad de la que siempre se hace generoso uso, para dejar sin efecto la revocación acordada.

Revocación automática, pero sin posible subsanación, se contempla, en muy imperfecta regulación, como observa ANTÓN (44), en el artículo 14. La revocación se produce cuando antes de transcurrir el plazo, el sometido a la condena condicional es sentenciado de nuevo por otro delito, y cuando, después de cumplido el plazo de suspensión sin ser condenado, lo fuere después por hecho punible cometido dentro de aquel plazo; debiendo entenderse por delito cometido, aquél realizado en España o enjuiciado por los Tribunales españoles, como se desprende de la Circular 5 de 1968 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, según la cual el extranjero condenado en España y con remisión condicional de su pena puede ausentarse del país durante el plazo probatorio.

El primero de los dos casos mencionados concuerda con el precepto del número 2.º del artículo 168 del Código penal italiano, que contempla como causa de revocación la condena dentro del plazo de prueba por otro delito cometido anteriormente. ANTÓN (45) observa que no puede decirse fracasada la advertencia encerrada en la condena condicional más que cuando el sujeto delinque dentro del plazo de suspensión, pero no si es sentenciado por delito cometido anteriormente al pronunciamiento de la condena condicional, con lo que, implícitamente, parece pronunciarse por una interpretación restrictiva en el sentido de que la expresión: «sentenciado por otro delito», debe referirse a delito cometido dentro del plazo probatorio.

Aún reconociendo la aguda razón alegada por ANTÓN, entendemos que el precepto comprende tanto el supuesto de comisión de delito durante el plazo de prueba, como el de sentencia condenatoria por delito cometido antes del otorgamiento de la medida, pero enjuiciado dentro del plazo de prueba. Aparte de que la literalidad del precepto así lo impone, lo exige la rigurosidad con que son requeridos por la ley los requisitos básicos para la concesión de la medida, concretamente el referente a que el reo no haya antes delinquido, o si se quiere, que sea delincuente primario. Tal rigurosidad se contempla asimismo en el artículo 6.º de la ley de 1908 que faculta al Fiscal para recurrir, «en cualquier tiempo» cuando se concede la condena condicional sin la concurrencia de todos sus elementos o requisitos

(44) *Derecho Penal*, I, cit., pág. 531.

(45) *Derecho Penal*, I, cit., pág. 531.

esenciales. La sentencia que condena al reo, dentro del plazo de prueba, por un delito cometido antes del otorgamiento de la suspensión, revela claramente que dicha medida fue concedida a quien no era delincuente primario. Por ello, el legislador se enfrenta con aquella posibilidad, no infrecuente en la realidad, desde un doble frente: bien a través de la impugnación del auto de concesión (art. 6.º), bien a través de la revocación de pleno derecho (art. 14). FERRER SAMA (46), aun afirmando que este supuesto no está previsto expresamente, entiende que la condena por delito anterior debiera invalidar la remisión concedida, porque demuestra que faltó uno de los requisitos esenciales que ignoraba el Tribunal.

Plantea ANTÓN (47), el problema de determinar la interpretación que deba darse a las expresiones «hecho punible» y «delito», empleadas por el artículo 15, en orden a precisar si en ellas se comprenden tanto los delitos en sentido estricto como la faltas; la cuestión, que no se planteaba ni en la ley de 1908 y ni el Código de 1932, por reservarse en aquéllos la condena condicional sólo para los delitos, sí origina conflictos en la legislación actual por extenderse la remisión de las penas a las faltas, como constantemente viene haciendo la práctica judicial. Para ANTÓN, la cuestión debe resolverse entendiendo que sólo la comisión de un delito en sentido estricto puede provocar la revocación de la medida, aunque señale con su agudeza habitual que lo más conforme a proporción sería que la ejecución de la pena impuesta por delito fuera consecuencia de un nuevo delito, y la de la pena impuesta por falta fuera la consecuencia de cometer otra falta o delito, sugerencia que, por otra parte, mantendría lo que estimamos principio de nuestro sistema: el de no conceder más que una única vez la condena condicional.

APLICACION JUDICIAL DE LA CONDENA CONDICIONAL

Nos parece útil cerrar estas breves consideraciones sobre la condena condicional con un somero análisis sobre su aplicación en la práctica judicial, y sobre su influencia en la criminalidad.

Nos serviremos para ello de la estadística criminal de la Audiencia de Oviedo, acudiendo para las necesarias generalizaciones, a las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo, utilísimas y casi únicas fuentes de conocimiento de la criminalidad española. Hemos de recalcar, no obstante, la provisionalidad de nuestras afirmaciones que, en buena medida, es consecuencia de la ausencia de estudios doctrinales y de la falta de documentación estadística, ya que, y en forma limitada, aparece tan sólo a partir de la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1965.

(46) *Comentarios al Código penal*, tomo II, 1947, pág. 345.

(47) *Derecho Penal*, I, cit., pág. 531.

En la Audiencia de Oviedo, la aplicación de la condena condicional en el período comprendió entre los años 1960 y 1969, se ha desarrollado en la forma que sigue:

TABLA I

Años	Número total de penados	Número de penados a los que se aplicó	Porcentaje sobre el total de penados
1960	1.124	221	19,66 % aprox.
1961	1.100	333	30,27 % »
1962	1.565	583	37,25 % »
1963	1.590	588	36,98 % »
1964	1.184	653	55,15 % »
1965	1.009	423	41,92 % »
1966	916	487	55,16 % »
1967	777	333	42,85 % »
1968	635	270	42,51 % »
1969	636	209	32,86 % »

Las cifras expuestas muestran, inequívocamente, la generosidad con que el Tribunal ha procedido en la concesión de la medida. Los altos porcentajes de aplicación que la tabla enseña, revisten mayor significación si se tiene en cuenta que operan sobre una cifra indiscriminada de penados, en la que están confundidos tanto aquellos que fueron sentenciados a penas superiores a los límites fijados para la condena condicional, como los condenados a penas de multa, cumplidas muchas de ellas o bien de forma directa, mediante el pago, o bien de forma indirecta, a través del arresto sustitutorio. Ha de hacerse, además, la reserva de que en el período examinado se produjo la tan criticada plétora de indultos generales, que fueron aplicados, en muchas ocasiones, a reos condenados a penas inferiores a un año. Esta misma circunstancia explica también, en parte, la baja cifra de aplicación de la medida durante el año 1960, en cuyo período aún se sentenciaron causas a las que se aplicó el indulto de 1958, debiendo tenerse en cuenta igualmente, en lo que respecta a la baja cifra de penados desde 1966, la aplicación de la nueva jurisdicción en materia de tráfico, contenida en la ley 122 de 1962, no conmutada en la tabla I.

La tónica observada en esta Audiencia, se corresponde con la mantenida en el resto de la nación, como hacen constar las Memorias de la Fiscalía. La del año 1963 (48), por ejemplo, habla en tono crítico de la excesiva generosidad con que se concede la condena

condicional, en detrimento de las exigencias de una intimidación general requerida por la pena. Esa excesiva amplitud de la concesión viene a significar, como apunta la Memoria de 1961 (49), concesión indiscriminada y automática, produciendo la transformación de la institución en una forma de perdón judicial. Por ello, no resulta extraño la constante crítica que se hace en las Memorias de la Fiscalía contra esta actitud de los Tribunales. Por lo pronto, el otorgamiento sistemático de la medida a los delitos sancionados con pena no superior a un año, implica un ataque a la propia finalidad de la institución, que pierde su esencia individualizadora; y supone el desconocimiento de los elementos de juicio, objetivo y subjetivos, que la ley exige para su otorgamiento, desconocimiento tanto más sensible cuanto afecta al estudio de la personalidad del reo, por lo demás tan imprecisamente formulado por la ley.

Las críticas de la Fiscalía se orientan, fundamentalmente sobre el perjuicio que se irroga a la finalidad de intimidación que la pena privativa de libertad cumple, privándola de su dimensión de prevención general sobre la colectividad. Esas críticas, en nuestra opinión, difícilmente pueden apoyarse en datos objetivos, como puede ser el paulatino incremento de la criminalidad que se observa año tras año, fenómeno en el que se influye un sinnúmero de causas entre las cuales no puede contarse, científicamente, la condena condicional, por cuanto que su uso masivo e indiscriminado, como veremos después, no parece haberla convertido en institución ineficaz.

Las objeciones aludidas parecen, desde el plano de la lógica, certeras, pues cualquier observador personal ha podido comprobar la conciencia que tiene la sociedad y naturalmente la delincuencia, de que el primer delito queda impune, entendiéndose esa impunidad en el sentido utilizado por los delincuentes, para los que la suspensión de la pena por concesión de la condena condicional es una forma de quedar a salvo de las consecuencias del delito.

No pueden determinarse con precisión las causas a las que obedece esta amplitud de la concesión, especialmente porque las resoluciones que la conceden son puramente formularias, en su mayoría. Debe destacarse, sin embargo, por lo que pudiera suponer de elemento esclarecedor, que tal actitud es similar a la mantenida por nuestros Tribunales en la imposición concreta de las penas, caracterizada ya desde antiguo como de gran benevolencia. Podría, por ello, afirmarse ciertamente que, con muchas reservas, que la automática y casi constante aplicación de la condena condicional responde al deterioro progresivo de la pena privativa de libertad, de cuya eficacia reeducadora se duda, y a una cierta resistencia a ejecutar penas de privación de libertad a delitos cuya gravedad, medida por el Código, no guarda relación con las actuales concepciones valorativas de nuestra sociedad.

La concesión de la condena condicional ya no queda reservada a los Tribunales colegiados, se extiende, a partir de la reforma operada por la ley 8/1967, a los Jueces de Instrucción en las causas cuyo enjuiciamiento les está reservado. La actuación, en este orden, de los Jueces de Instrucción del territorio la muestra, en su dimensión estadística, la tabla II:

TABLA II

<i>Años</i>	<i>Número total de penados</i>	<i>Número de penados a quienes se concedió la condena condicional</i>
1968	370	72
1969	939	177

Según la cual, el porcentaje de aplicación, medido sobre la cifra total de penados, es, respectivamente, del 19,45 por 100 y 18,84 por 100, aproximadamente.

La comparación con los índices de aplicación en la Audiencia surge inconscientemente; en ella, sin embargo, ha de tenerse en cuenta el menor significado, a estos efectos, que tienen los índices de la tabla I, por cuanto que los divisores se refieren a penados sentenciados desde penas de multa hasta penas de reclusión mayor, mientras que los divisores de la tabla II sólo comprenden condenados a penas no superiores a arresto mayor, e inferiores, por ello, a los límites legales de aplicación de la condena condicional.

Contemplados en su conjunto, los índices de aplicabilidad pueden inducir a pensar en un cambio de criterio operado en los órganos unipersonales, tanto en lo que respecta a la propia represión penal cuanto a la misma institución de la condena condicional, y ambos en el sentido de acentuar el rigorismo de la sanción penal. Nos resultaría, en cambio, aventurado atribuir ese aparente cambio de criterio a una mejor individualización de la medida basada en el estudio de la personalidad del reo, ya que ambos órganos jurisdiccionales carecen de mecanismos procesales suficientes para aportar a la ejecutoria los datos, estimaciones y estudios que permiten el enjuiciamiento de esa personalidad. En este sentido, y al igual que en los órganos colegiados, en los unipersonales pesan más como criterios de concesión o denegación de la medida los puramente objetivos, y entre ellos, los relativos a la categoría y gravedad del delito cometido, sirviendo de norte la intimidación general y el beneficio de la sociedad más que el del delincuente. Ello explica la generalizada tendencia a denegar la condena condicional en aquellos delitos que se supone hieren más gravemente a la sociedad. La Me-

moria de 1959 (50), señalaba que suele denegarse en los delitos de atentado, contra la honestidad por homosexualidad, exhibicionismo, abuso deshonestos contra menores de doce años y estupros no reparados por matrimonio. En la Audiencia de Oviedo se ha venido denegando la condena condicional, de modo general, a los autores de delitos de lesiones inferidas con arma blanca y a los de contra la honestidad, con excepción del estupro con mayores de dieciséis años. En la actualidad, a este catálogo se suman, en tendencia creciente, los delitos de hurto de vehículos de motor y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. En esta ampliación juega, fundamentalmente, la necesidad de tranquilizar a la sociedad, tan alarmada por la comisión de estos hechos, y la de evitar la comisión de nuevos hechos delictivos, bien innocuizando durante el tiempo de la condena a sus autores, bien creando en la conciencia de determinada categoría de individuos, propicios a la comisión de estos delitos por su personalidad y medio social en que se desenvuelven, mecanismos de inhibición de sus tendencias delictivas.

La utilización de la condena condicional como elemento de intimidación general plantea la interesante cuestión de su eficacia en aquella dimensión, cuestión que, en nuestra patria, no puede resolverse en uno u otro sentido por la carencia de datos estadísticos suficiente. Por observación personal hemos podido comprobar, en esta provincia, el descenso en la comisión de delitos contra la integridad física con arma blanca, iniciada en épocas coincidentes con la sistemática denegación de la condena condicional a los autores de los mismos, medida, por lo demás, que ha calado profundamente en todos los estratos sociales en los que, con mayor frecuencia, se producían aquellos delitos. Nos parece prematuro atribuir este fenómeno exclusivamente a la actitud expuesta en relación con la condena condicional, pues ha de tenerse en cuenta la influencia que en el descenso observado han podido producir otros factores de tipo educacional, cultural o económico; sin que ello suponga, desde luego, descartar de modo absoluto cierta trascendencia a aquella actitud.

La eficacia o ineficacia de la condena condicional, en relación con los sujetos a quienes se otorgó, puede medirse operando sobre la cifra de revocaciones y sus causas. La insuficiencia de datos sobre este particular vicia cualquier conclusión que pudiera hacerse en este sentido, como reconoce la Memoria de 1966 (51), al señalar que la vigilancia de las ejecutorias no está suficientemente normalizada de forma que hay muchas más revocaciones de las que aparecen en la estadística.

Según las Memorias de 1966 a 1969, únicas fuentes que ofrecen estadística sobre las revocaciones, éstas se produjeron en la forma que muestra la tabla III:

(50) Instituto Editorial Reus, págs. 142 y 144.

(51) Instituto Editorial Reus, pág. 41.

TABLA III

Años	Número de condenados a quienes se aplicó	Número de revocaciones
1965	12.283	414
1966	12.488	435
1967	12.418	476
1968	13.011	552

El porcentaje de revocaciones para dichos años: 3,37 por 100, 3,48 por 100, 3,83 por 100 y 4,5 por 100, aproximadamente, permite apreciar un paulatino crecimiento en el número de revocaciones, que posiblemente sea superior al que refleja la estadística.

Ha de hacerse constar que la estadística no precisa la causa de la revocación de la medida, aunque puede afirmarse que ésta obedece fundamentalmente a la comisión de nuevos delitos, pues casi nunca el Tribunal revoca definitivamente la condena condicional en los supuestos de incumplimiento del plazo de preaviso o incomparecencia para la notificación del beneficio.

Con la provisionalidad a que obliga la parva estadística manejada, pudiéramos concluir afirmando el éxito que ha acompañado a la aplicación de la condena condicional, manifestado por el relativamente pequeño porcentaje de fracasos, éxito que ha de atribuirse, en nuestra opinión, más a la propia bondad del sistema que a la forma en que se aplicó.

