

EL TRATAMIENTO TERAPÉUTICO COMO ALTERNATIVA A LA PRISIÓN EN DELINCUENTES DROGODEPENDIENTES

Juan MUÑOZ SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Málaga

I. Introducción

Desde 1961 ha existido a nivel internacional una preocupación creciente por el tratamiento para el drogodependiente. En el Convenio Único sobre Estupefacientes¹ se recogía en el artículo 38, una llamada testimonial a los Estados partes para que consideraran las medidas que puedan adoptarse para el tratamiento de los drogodependientes². Esta llamada a las Partes se formula en términos de exigencia en el Protocolo de Modificación de la Convención de 1961 sobre Estupefacientes³, que modifica el art. 38 en términos de «prestarán atención especial a la prevención del uso indebido de estupefacientes y a la pronta identificación, tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación, y readaptación social de las personas afectadas», «fomentarán, en la medida de lo posible, la formación del personal para el tratamiento, posteriormente, rehabilitación y readaptación social de quien haga uso indebido de los estupefacientes». En el mismo sentido, el art. 22.1b del Convenio Internacional

¹ Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes. BOE n.º 96, de 22 de abril de 1966, RCL1966/733.

² Art. 38.1: «Las Partes considerarán especialmente las medidas que puedan adaptarse para el tratamiento médico, el cuidado y la rehabilitación de los toxicómanos».

³ Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de Nueva York de 8 de agosto de 1975. BOE n.º 264, de 4 de noviembre de 1975, RCL 1981/2643.

de Sustancias Psicotrópicas de 21 de febrero de 1971⁴ recoge la posibilidad de someter a los toxicómanos que cometan delitos a «medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación y readaptación social».

Tal preocupación por la prevención de la demanda y el tratamiento de los drogodependientes se abandona prácticamente en la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícitos de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988⁵, pues ésta se ocupa casi exclusivamente de la represión y persecución penales, con el propósito de perfeccionar los instrumentos represivos existentes e introducir otros nuevos.

Las diversas instancias internacionales que se ocupan posteriormente de la política de drogas, cualquiera que sea el modelo de política de drogas del que se parta, han venido reclamando, en el marco de la reducción de la demanda, la necesidad de contar con medidas de tratamiento para el delincuente drogodependiente, ya sea como alternativa a la pena de prisión o como complemento de la pena, ya sea en el marco del sistema de ejecución de las penas privativas de libertad.

La declaración sobre principios rectores de la reducción de la demanda de drogas de la Sección Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrada en Nueva York los días 8 a 10 de junio de 1998⁶, hace un llamamiento a los Estados miembros para que dispongan de medidas de tratamiento para los delincuentes toxicómanos.

En el ámbito europeo las Estrategias Europeas en materia de lucha contra la droga, la de 2000-2004 y la de 2005-2012⁷, han establecido como pilar básico de la respuesta europea a las drogas el tratamiento de los consumidores problemáticos de drogas, tanto como alternativa al encarcelamiento, como servicio específico para los presos toxicómanos. En el desarrollo de estas Estrategias, los Planes de acción de la Unión Europea en esta materia, de 2000-2008

⁴ BOE n.º 217, de 10 de septiembre de 1976, RCL 1976/397.

⁵ BOE n.º 270, de 10 de noviembre de 1990, RCL 1990/2309.

⁶ <http://www.pnsd.msc.es>.

⁷ Nota del Consejo de 1 de diciembre de 1999 sobre la Estrategia europea en materia de lucha contra la droga 2000-2004 (12555/2/99 CORDROGUE 64 REV 2. Plan de acción de la UE en materia de lucha contra la droga 2000-2004 (COM (1999) de 26.05.1999. Nota de la Secretaría General del Consejo Europeo 150/74, de 22 de noviembre de 2004, sobre la Estrategia europea en materia de lucha contra la droga (2005-2012). Plan de acción en materia de lucha contra la droga (2005-2012) (Boletín Oficial de la Unión Europea 2005/C 168/01).

y 2005-2012, se han planteado como objetivo en el ámbito de la reducción de la demanda «desarrollar nuevas alternativas a la prisión para los drogadictos» y «desarrollar servicios de prevención, tratamiento y reducción de daños para los presos». En el mismo sentido la Recomendación del Consejo de 18 de junio de 2003⁸, relativa a la prevención y la reducción de daños para la salud asociados a la drogodependencia, recomienda a los Estados que presten los mismos servicios a los drogodependientes encarcelados que a los que se encuentran en libertad.

Los delitos relacionados con las drogas son hoy una realidad. En torno al 40% de la delincuencia está relacionada con las drogas⁹. Como consecuencia, uno de los problemas más importantes que presentan las personas que están en prisión es la drogodependencia. Estudios realizados en la primera década del presente siglo concluyen que cerca del 80% de las personas que ingresan en prisión consumían droga en el mes anterior a su ingreso¹⁰ y que el consumo de drogas entre la población reclusa es mayor que entre la población en general¹¹.

⁸ Recomendación del Consejo de 18 de junio de 2003. Diario Oficial de la Unión Europea L165/31. (2003/488/CE).

⁹ Véase MUÑOZ SÁNCHEZ/DÍEZ RIPOLLÉS, «Las drogas en la delincuencia», Valencia, 2004, pp. 143-149 y 220, estudio que puso de manifiesto que en las sentencias dictadas por la jurisdicción española en el año 1999, más de una de cada tres tienen vinculación con las drogas. En este sentido VALEIJE ÁLVAREZ, «El derecho a la integridad física de los reclusos drogodependientes» en *Jornadas en homenaje al XXV Aniversario de la ley Orgánica General Penitenciaria*. Madrid, 2006, p. 85; DE LA CUESTA ARZAMENDI Y OTROS, «El cumplimiento de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad en personas drogodependientes», Bilbao, 2009, p. 13, alude a que los consumidores de drogas se encuentra sobrerrepresentados entre la población penitenciaria respecto a la población general.

¹⁰ El estudio «Drogodependientes que ingresan en prisión: consumo y prácticas de riesgo». Diciembre de 2000, realizado en colaboración con el Plan Nacional sobre el SIDA (<http://www.mssi.gob.es/Categoria2/publica/p>), aporta los siguientes datos: el 77.2% de los internos era consumidor de drogas en el mes anterior a su ingreso en prisión. Dato que viene a confirmar la Memoria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 2006 que alude a un 79.7% de presos que consumían droga en el mes anterior a su ingreso. La Encuesta sobre salud y consumo de drogas en internados en Instituciones penitenciarias. ESDIP. 2011. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional de Drogas, concluye que la población penitenciaria, antes de entrar en prisión, muestra prevalencia del consumo de drogas muy superior a la de la población general; el 43,4% de los internos consumió cannabis en el año anterior a su ingreso en prisión, en comparación con 9,6% de la población general.

¹¹ El Informe Anual de 2010 del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT) indica que la prevalencia del consumo de drogas entre la pobla-

Lo anterior explica que, con acierto, las Estrategias Europeas en materia de drogas y sus planes de acción se hayan centrado en la necesidad de contar con medidas de tratamiento para el delincuente drogodependiente. La consecuencia de tal política de la Unión Europea es que en los países miembros, en los últimos 20 años se ha producido una expansión de los servicios ambulatorios especializados en el tratamiento del drogodependiente y de la creación de centros de proximidad¹², garantizando que los reclusos tengan derecho al mismo nivel de asistencia médica que los drogodependientes que están en libertad. Este principio de equivalencia se reconoce, como se ha indicado anteriormente, en la Recomendación del Consejo de 18 de junio de 2003 relativa a la prevención y reducción de daños para la salud asociados a la drogodependencia¹³.

La necesidad del tratamiento terapéutico para delincuentes drogodependientes viene indicada por una determinada orientación político criminal. Se parte de una concepción del drogodependiente como enfermo. Estos delincuentes lo son exclusivamente debido a la drogodependencia. Se acepta que la drogodependencia se puede curar. El problema de la droga se manifiesta como un problema penal, pero no deja de ser, en primer lugar, un problema social y, en segundo término, un problema médico-sanitario¹⁴. Desde este punto de vista político criminal, la pena no aparece como un instrumento adecuado para tratar a estos sujetos, resulta más adecuadas medidas terapéuticas, no solo para el propio drogodependiente, sino también para la sociedad, es decir, no solo por razones de prevención espe-

ción reclusa en los países de la Unión Europea oscila entre un 30%, en algunos países hasta un 77%, en otros.

¹² El Informe Anual de 2012 del OEDT afirma que los servicios de tratamiento de drogodependencia en los países de la Unión Europea se han multiplicado por 10 desde 1993.

¹³ Recomendación n.º 8 de la Recomendación, citada en nota 8.

¹⁴ Véase GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión condicional de la pena y drogodependencia» en *Comentarios a la legislación penal. T. XII. «Delitos contra la salud pública»*. Madrid, 1990, pp. 2-6; del mismo, «Drogas y cuestión criminal» en BERGALLI/BUSTOS RAMÍREZ/GONZÁLEZ ZORRILLA Y OTROS, «Pensamiento criminológico II. Estado y control». Barcelona, 1983, p. 215; ZUGALDÍA ESPINAR, «Comentario al art. 21.2 del Código penal» en COBO DEL ROSAL, «Comentarios al Código penal». T. I. Madrid. 1999, p. 698; SERRANO PASCUAL, «Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español», Madrid. 1999, p. 392; ROMERO PALANCO, «La toxicomanía desde su vertiente médico-legal» en «La problemática de las drogas en España (Análisis y propuestas de política criminales)», Madrid. 1986, p. 100; JOSHI JULBERT, «*Actio libera in causa* y delitos cometidos bajo la influencia de las drogas: una nueva orientación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *La Ley*. 1994.1, p. 1108.

cial, sino también para la prevención general¹⁵. Al igual que se cree preferible tratar al enfermo mental con una medida adecuada a su personalidad, se ha ido consolidando la idea de que al drogodependiente se le ha de tratar con la medida que en cada caso aparezca más adecuada. No se trata, por tanto, de que las alternativas para el drogodependiente se presenten como un beneficio de carácter personal, vinculado a su conversión, sino como parte de un proyecto de política criminal tendente a crear un nuevo marco conceptual de la respuesta del Estado ante este problema.

Esta orientación político criminal se ha criticado por razones de prevención general. Se ha afirmado que una situación permisiva con el drogodependiente puede conducir a una patente de impunidad de nefastas consecuencias para la sociedad y que supone un trato privilegiado para el drogodependiente en relación con otros tipos de delincuentes, de manera que la condición de drogodependiente se presenta «no como algo que deba evitarse, sino como una situación deseable, en la medida en que le permitirá un trato social y penal más benevolente y favorable que si no lo es», lo que «debilita el primer nivel de inhibición del comportamiento desviado, que requiere un inequívoco mensaje de desvaloración social de la conducta»¹⁶. Aparte de que ello supone una interpretación funcional de la culpabilidad, que determina la imputabilidad en clave de prevención general¹⁷, implica claramente otra orientación de política criminal que concibe al delincuente drogodependiente más como un delincuente que como un drogodependiente, y que presenta la alternativa de un tratamiento terapéutico como un beneficio personal ligado a la conducta individual y a la presunta «conversión» de la misma y no como una respuesta más adecuada a la situación personal en que se produce la conducta desviada y eficaz de cara a la prevención especial.

¹⁵ La constatación de que la prisión no es el medio idóneo para reeducación y la reinserción social del drogodependiente es la premisa básica para fundamentar las medidas de tratamiento en razones de prevención especial. En este sentido GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión condicional...», cit. pp. 6-7; LARRAURI PUJAN, «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho penal español» en *ADPCP*. 1991, p. 56; ALCÁZER GUIRAO, «La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes en el nuevo Código penal» en *ADPCP*. T. XLVII. 1995, pp. 888-889.

¹⁶ GONZÁLEZ RUS, «Prólogo» del libro de PADILLA ALBA, «Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas». Granada, 2001, p. XIX-XX; MANZANARES SAMANIEGO, «Comentarios al art. 87 del Código penal» en «Código penal. Doctrina y jurisprudencia», Madrid. 1997, p.1277.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, «La estructura de la *actio libera in causa* en los delitos cometidos bajo un síndrome de abstinencia de drogas» en *La Ley* 1988-1, p. 912.

Aquí se trata de exponer en qué supuestos y bajo qué condiciones nuestro ordenamiento jurídico ofrece al delincuente drogodependiente un tratamiento terapéutico. Se concretarán las posibilidades que ofrece nuestra legislación para ofertar un tratamiento terapéutico al delincuente drogodependiente en el marco de las alternativas a las penas privativas de libertad o en el marco de la ejecución de las penas de prisión.

II. El tratamiento de deshabitación como alternativa a la prisión para los drogodependientes

Las alternativas a la prisión con carácter general y, en particular, las alternativas a la prisión para los drogodependientes, en nuestro Código penal parten de una concepción individualizadora clásica de las alternativas a la prisión¹⁸. Se parte de considerar a las alternativas a la prisión como una alternativa rehabilitadora al castigo, las cuales se imponen en función de las necesidades de cada persona y de las posibilidades que la alternativa despliegue efectos rehabilitadores, asumiendo que exigencias de prevención general impedirán que las alternativas puedan aplicarse a delitos de determinada gravedad¹⁹.

Por lo que se refiere al tratamiento de deshabitación como alternativa a la prisión para los drogodependientes, se entiende como una medida dirigida a ayudar a la persona que ha delinquido para superar los problemas personales o sociales que han influido en la realización del delito.

¹⁸ Véase sobre el modelo individualizador y el modelo proporcionalista CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, «Penas alternativas a la prisión», Barcelona. 1997, pp. 21-28. Para SÁNCHEZ YLLERA, «Comentarios al art. 87», en VIVES ANTÓN, «Comentarios...», cit., p. 491 el criterio de política criminal que inspira el Código en relación con los penados drogodependientes es buscar alternativas a la pena de prisión cuando el delito es menos grave, ofreciendo para ello medidas que incentiven la deshabitación de los mismos. CASTELLÓ NICÁS, «Suspensión de la ejecución de la pena» en MORILLAS CUEVAS, «Estudios jurídicos-penales...cit.», p. 339 cita la STS de 19 de febrero de 1999 que justifica la medida del tratamiento «porque al actuar sobre la causa remota —la drogodependencia— respecto de la que el concreto delito enjuiciado en cada caso suele ser consecuencia, y lo que es más importante, medio idóneo para la reintegración social de la persona y su recuperación como persona...».

¹⁹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, «Derecho penal. Parte General», 8.^a ed., Valencia. 2010, p. 569, aluden a la barrera de carácter preventivo general que el Código establece para los sustitutivos de la pena de prisión.

El Código penal vigente prevé la aplicación del tratamiento deshabitador a los drogodependientes que cometan un delito en los siguientes supuestos:

- i. Como medida de seguridad que se aplica cuando no es posible aplicar la pena por apreciar la eximente completa prevista en el art. 20.2, o bien cuando se aplica conjuntamente con la pena de prisión por aplicación de la eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el art 20.2.
- ii. Como medida que justifica la suspensión de la ejecución de la pena de prisión.
- iii. Como medida que se impone en caso de sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad.
- iv. Como alternativa intrapenitenciaria para los drogodependientes que ingresan en prisión.

a) *El tratamiento de deshabitación como medida de seguridad*

El Código penal anterior no preveía medidas de seguridad para los declarados exentos de responsabilidad penal por trastorno mental transitorio en ninguna de sus modalidades. El actual Código penal sí ha previsto medidas de seguridad para los inimputables por sufrir una anomalía o alteración psíquica o un trastorno mental transitorio y, particularmente, para los que en el momento de cometer el delito se hallen en estado de intoxicación o bajo el síndrome de abstinencia²⁰.

Los artículos 101 a 105 establecen las medidas de seguridad aplicables a estos casos y su régimen de aplicación. Especialmente significativo para los casos de drogodependencia es el internamiento en un centro de deshabitación, público o privado, debidamente acreditado u homologado.

El Derecho penal español sigue un sistema de doble vía de reacciones penales, que le permite hacer uso de dos medios para el cum-

²⁰ Los artículos 101 a 105 establecen las medidas que podrán imponerse a los declarados exentos de responsabilidad criminal por alteración o anomalía psíquica o por intoxicación o síndrome de abstinencia, destacando el internamiento en un centro de deshabitación.

plimiento de sus fines. Este sistema permite que, en vez de la pena, en casos de ausencia de culpabilidad, o junto con la pena, en casos de disminución de la culpabilidad, se pueda imponer una medida de seguridad. En el primer caso la medida de seguridad cumple una función de alternativa a la pena, que no se puede aplicar por el principio de culpabilidad, para hacer frente a la peligrosidad criminal del sujeto inimputable. En el segundo supuesto la medida de seguridad cumple una función sustitutiva de la pena²¹, dado que el sistema vicarial de ejecución previsto en el art. 99 obliga en caso de acumulación de pena y medida de seguridad al cumplimiento de la medida en primer lugar, y en representación de la pena, evitando la ejecución de la pena si ésta no es necesaria desde el punto de vista de la prevención especial y de la prevención general, si con el tratamiento ha desaparecido la peligrosidad criminal²².

El presupuesto de la aplicación de una medida de seguridad es la peligrosidad criminal del sujeto al que se impone. Para afirmar la peligrosidad criminal el Código exige que concurren dos elementos: inclusión del sujeto en una categoría de estado peligroso legalmente prevista y la existencia de un pronóstico de peligrosidad criminal previa comisión de un hecho delictivo²³.

La medida de seguridad de internamiento en un centro de deshabitación está prevista expresamente en el Código para dos categorías de estados peligrosos:

²¹ SERRANO PASCUAL, «Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español», Madrid. 1999, p. 389, alude a que las medidas de seguridad cumplen una función sustitutiva de las penas privativas de libertad de forma indirecta

²² El Proyecto de Ley Orgánica de 2013, por el que se modifica el Código penal, establece para los casos en que el internamiento en un centro de deshabitación concurre con una pena de prisión superior a 5 años, que se pueda acordar el cumplimiento, en primer lugar, de una parte de la pena. La parte de la pena de prisión que podrá cumplirse en primer lugar viene limitada por las dos terceras partes de la pena de prisión impuesta, restada el tiempo de la medida de seguridad. La nueva redacción del art. 101.2 establece *Si se hubieran impuesto al tiempo una pena de más de cinco años de prisión y una medida de internamiento del artículo 100 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrán acordar que se cumpla en primer lugar una parte de la pena, y seguidamente la medida de seguridad. En este caso, la parte de la pena que debe ser cumplida en primer lugar se fijará de modo tal que, sumado el tiempo de duración de la medida de seguridad, se hayan extinguido dos terceras partes de la pena total impuesta. Una vez alzada la medida, el Juez o Tribunal, podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.*

²³ DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español. Parte General. En esquemas*. 3.ª ed., Valencia. 2011, pp. 725-728.

- i. En el art. 102 para los sujetos que sean declarados exentos de responsabilidad penal por aplicación del art. 20.2 en caso de intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos o síndrome de abstinencia.
- ii. En el art. 104 para los sujetos en quienes se aplica la eximente incompleta de intoxicación o síndrome de abstinencia.

El Código no ha previsto la aplicación de esta medida de seguridad para los casos de la atenuante analógica de la eximente incompleta de intoxicación o síndrome de abstinencia, ni tampoco cuando se aprecie la atenuante de grave adicción. Parece incluso que la voluntad del legislador fue negar tal posibilidad, ya que en la tramitación parlamentaria se suprimió del art. 104 la referencia a la atenuante analógica en base a que «no cabe prever situaciones de atenuación analógica respecto de los números 1, 2 y 3 del art. 21 que no puedan ser reconducidas a la eximente incompleta del art. 22.1»²⁴.

La práctica jurisprudencial, por el contrario, ha admitido la aplicación de la medida de internamiento en un centro de deshabitación para estos casos. Con el Código penal anterior, le medida de internamiento se aplicaba cuando se apreciaba la atenuante analógica del art. 9. 10 de la eximente incompleta de enajenación mental, simple o cualificada, argumentando que «sería absurdo renunciar a alcanzar las finalidades constitucionales de la pena a la reinserción y resocialización que la ley penal específicamente prevé para la situación de menor culpabilidad a causa de la drogadicción»²⁵, que «la atenuante analógica debe tener las mismas consecuencias que la atenuante con la que guarda similitud, ya que si sus presupuestos son análogos, las consecuencias también deben serlo»²⁶, que «la equiparación por su análoga significación no quiere decir solo que tenga un mismo sustrato fáctico sino que la respuesta punitiva debe estar orientada a un mismo fin, para que su finalidad y objetivos sean análogos en entidad y significado a los establecidos para su homóloga referente»²⁷, o que «criterios de legalidad, reinserción y resocialización, avalan la aplicación extensiva de las medidas de seguridad de

²⁴ Véase Diario de Sesiones del Congreso de Diputados, Comisiones, 31 de mayo de 1995, n.º 502, p. 15259, y GARCÍA ALBERO, «Comentarios al art. 104», en QUINTERO OLIVARES, «Comentarios al Código penal español». T. I, 6.ª ed., Pamplona. 2011, p. 674.

²⁵ STS 13 de junio de 1990, RJ 6527.

²⁶ STS 15 septiembre de 1993, RJ 8132.

²⁷ STS 13 de junio de 1990, RJ 6527.

que se trata»²⁸. Se trata, en definitiva, de una aplicación analógica *in bonam partem*, esto es, de aplicar la medida de seguridad de tratamiento de deshabitación a un supuesto no previsto en la ley pero de idéntica significación al previsto. En ambos casos la reducción de la pena y la aplicación de la medida de seguridad obedecen a la misma razón: existencia de una perturbación de la conciencia o de la voluntad proveniente de la drogodependencia del autor.

Tal doctrina jurisprudencial ha sido de aplicación también con el nuevo Código penal, admitiendo la aplicación de la medida de seguridad de internamiento en un centro de deshabitación prevista en el art. 104 a los casos de apreciación de la atenuante de grave adicción del art. 21.2²⁹.

Dado que admitimos la posibilidad de aplicación de la atenuante analógica de intoxicación o síndrome de abstinencia, su apreciación debería implicar, por las mismas razones, la medida de seguridad de internamiento en un centro de deshabitación.

La imposición de la medida de seguridad estará condicionada a que los inimputables o semiimputables, antes indicados, hayan cometido un delito castigado con pena privativa de libertad y a que exista un pronóstico futuro que revele la probabilidad de la comisión de nuevos delitos. Para los semiimputables no basta con que el delito cometido esté castigado con pena privativa de libertad en abstracto, sino que es necesario que la pena concreta impuesta sea privativa de libertad³⁰. En caso de que la pena privativa de libertad sea sustituida o suspendida, aunque el Código no impide que se aplique la medida de seguridad, lo coherente sería, en mi opinión, que no pueda aplicarse la medida de internamiento, pues el juez o tribunal tiene dos opciones, o aplicar la medida de seguridad y, una vez cumplida, decide si es necesaria la aplicación de la pena, u optar por la sustitución o suspensión de la ejecución y aplicar en el ámbito de estas instituciones la obligación de sometimiento a un tratamiento de deshabitación. Barajar ambas posibilidades, aunque resulte posible, parece contrario a la naturaleza de estas instituciones que expresamente prevén el sometimiento a programas formativos, la-

²⁸ STS 25 de octubre de 1994, RJ 8353.

²⁹ SSTs de 11 de abril de 2000, RJ 2699, 18 de septiembre de 2000, RJ 7996, 26 de octubre de 2001, RJ 9346, 23 de septiembre de 2002, RJ 8837, 25 de febrero de 2009, RJ 2346.

³⁰ En este sentido GARCÍA ALBERO, «Comentarios...», cit. p. 668.

borales, de educación u otros similares como regla de conducta a imponer al penado³¹.

Además, solo estará legitimado el internamiento si es necesario. El juicio de necesidad debe realizarse atendiendo, en primer lugar, a que esté indicado terapéuticamente, pero también a razones de defensa social³². Con anterioridad a la ley Orgánica 5/2010 se preveía como medida de seguridad no privativa de libertad el tratamiento ambulatorio, lo que planteaba que si la finalidad terapéutica del tratamiento se podía conseguir con el tratamiento ambulatorio, no sería necesario el internamiento, salvo que razones de defensa social lo acreditaran.

El art. 102.1 requiere que tales establecimientos sean públicos, o bien privados, pero acreditados u homologados. Pero más allá de esta referencia, ni en el Código penal ni en la legislación penitenciaria encontramos mención a estos establecimientos. Sostiene Gracia Martín³³ que están comprendidos en los establecimientos especiales previstos en el art. 11 de la LGP y, en concreto, en los «centros hospitalarios». En cuanto al régimen de esta medida, la única referencia que se encuentra en la legislación penitenciaria es el art. 182.3 del Reglamento penitenciario que establece que la Administración penitenciaria celebrará los convenios necesarios con otras Administraciones o entidades colaboradoras para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad. Aunque este precepto establece el régimen de internamiento en centros de deshabitación para penados clasificados en tercer grado que necesiten un tratamiento, se debe interpretar, en base al n.º 3 de este precepto, que tal régimen es de aplicación también para los internamientos en centros de deshabitación como medidas de seguridad para inimputables o semiimputables.

La duración del internamiento como medida de tratamiento terapéutico debería venir delimitada solo por la consecución de la

³¹ GARCÍA ALBERO, «Comentarios...», cit., p. 668, sostiene que solo es incompatible la medida de seguridad cuando la pena sea suspendida, pues entiende que sería ilógico suspender la pena *ab initio*, lo más razonable es que la suspensión se plantee cuando haya cumplido el tratamiento, pero admite que cabe su aplicación si la pena privativa de libertad ha sido sustituida.

³² GARCÍA ALBERO, «Comentarios...», cit., p. 649; REBOLLO VARGAS, «Comentario al art. 96» en CORDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, «Comentarios al Código penal. Parte General», Madrid, 2011, p. 821; BENEYTES MERINO, «Comentario a los artículos 101, 102 y 103» en CONDE PUMPIDO FERREIRA, «Código penal comentado». 3.ª ed. Barcelona. 2012, p. 406.

³³ GRACIA MARTÍN, «Las medidas de seguridad y de reinserción social», en GRACIA MARTÍN y otros, «Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito», Valencia. 1998, p. 325.

deshabitación. Pero dado que tal medida supone la privación del derecho fundamental a la libertad de movimiento, en garantía de ese derecho se ha establecido un límite a la duración de ese tratamiento. El Código penal de 1995 ha optado por establecer un límite cuantitativo a las medidas de seguridad, pues si bien tienen como fundamento la peligrosidad criminal, vienen limitadas por el principio de proporcionalidad, lo que garantiza la seguridad jurídica en cuanto no permite la indeterminación de las medidas de seguridad³⁴.

El Código con carácter general, ha dispuesto en el art. 6. 2 que «las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido», y en relación con el internamiento en centros de deshabitación, distingue según sea de aplicación cuando concurre la eximente completa del art. 20.2 o cuando es de aplicación como eximente incompleta. En el primer caso, el art. 102 establece que «el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiere sido declarado responsable, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará ese límite en la sentencia». El legislador ha establecido que el límite temporal es la pena concreta. En el segundo supuesto, la medida de seguridad impuesta a un semiimputable encuentra su limitación temporal en el art. 104, que establece que la duración de la medida de internamiento «no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito», lo que parece apuntar a la pena abstracta.

Tales límites temporales del internamiento han sido objeto de controversia en la doctrina y la jurisprudencia. Se pueden distinguir tres posiciones interpretativas:

- i. La posición mayoritaria en doctrina y jurisprudencia que interpreta que la duración máxima de la medida de internamiento se determinará por la pena señalada en abstracto al delito en que se trate³⁵.

³⁴ Lo que se pone claramente de manifiesto en la tramitación parlamentaria, donde se rechazó la Propuesta del Grupo Popular n.º 29 que propugnaba la no limitación temporal de la medida de seguridad, en base a que «un tratamiento médico, cuya finalidad es curar a un paciente, no puede estar sujeto a más límite temporal que el que aconseja la ciencia médica».

³⁵ En este sentido GRACIA MARTÍN, «Las medidas de seguridad...», cit., pp. 319-322; REBOLLO VARGAS, «Comentarios...», cit., p. 841; JORGE BARREIRO, «Comentarios a los artículos 101-104» en RODRÍGUEZ MOURULLO (Director), «Comentarios al Código penal», Madrid, 1997, pp. 316-318; Consulta 5/1997, de 24 de febrero de la Fiscalía General del Estado JUR 2002/36457 y Acuerdo adoptado en la sala General por Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su reunión de 31 de marzo de 2009 JUR 2009/195609.

- ii. Posición minoritaria en la doctrina que sostiene que el límite máximo de la medida de seguridad viene determinado por la pena que resulta de aplicar al hecho cometido todas las reglas de determinación, salvo las relativas a casos de inimputabilidad y de disminución de la imputabilidad³⁶.
- iii. Posición intermedia que establece el límite a las medidas de seguridad en la pena abstracta del delito cometido teniendo en consideración el grado de ejecución y el grado de participación del delito³⁷.

En mi opinión, una interpretación sistemática y teleológica-valorativa conduce a considerar como límite del internamiento la pena abstracta del delito cometido.

El art. 6.2, que se encuentra ubicado en el Título Preliminar del Código, establece con carácter general que «las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido», sin distinguir a la hora de establecer dicho límite entre una u otra medida, ni en el carácter completo o incompleto de la eximente que provoca su aplicación. Tal limitación general se concreta en relación con el internamiento a los declarados exentos de responsabilidad penal conforme a los números 1, 2, y 3 del art. 20 en los artículos 101 a 103 en que el internamiento «no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará dicho límite en la sentencia». Y respecto a los que se le aplique la eximente incompleta, el art. 104 establece que «su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito». Atendiendo al valor interpretativo que se le confiere al Título Preliminar, parece coherente interpretar que el límite de la duración de las medidas de seguridad se refiere en todos los casos, a la pena abstracta prevista en el Código para el delito que se trate³⁸.

A la misma conclusión conduce una interpretación teleológica valorativa, partiendo de que el fundamento de la medida de seguridad

³⁶ GARCÍA ALBERO, «Comentarios...», cit., p. 666; CARDENAL MONTRAVETA, Comentario al art. 102» en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, «Comentario al Código penal. Reforma LO 5/2010». Valencia. 2011, p. 252.

³⁷ GARCÍA ARÁN en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, «Derecho...», cit., pp. 59-595.

³⁸ Aluden a una interpretación sistemática de estos preceptos REBOLLO VARGAS, «Comentarios...», cit., p. 841, JORGE BARREIRO, «Comentarios...», cit., p. 316, y Consulta 5/1997, de la Fiscalía General del Estado. En sentido contrario para las medidas a imponer en caso de inimputabilidad, CEREZO MIR, «Curso de Derecho penal español. Parte General. I. Introducción». 6.ª ed., p. 43; DIEZ RIPOLLÉS, «Derecho...», cit., p.737.

se encuentra en la peligrosidad del sujeto, peligrosidad que determinará la duración de la medida, aunque tal duración vendrá limitada por el principio de proporcionalidad para que la reacción del Estado frente al inimputable o al semimputable no sea de mayor entidad que la que pueda arbitrarse frente al sujeto imputable. En efecto, si el fundamento de la medida de seguridad es la peligrosidad criminal y la limitación se fundamenta en el principio de proporcionalidad, la referencia a la pena abstracta, cuyo fundamento es la culpabilidad, ha de ser entendida como una regla técnica que trata de garantizar la indeterminación de la medida y su proporcionalidad con el delito cometido, y no como regla de determinación de la pena, que en ningún caso es de aplicación a las medidas de seguridad³⁹. De aquí que, en nuestra opinión, a la hora de establecer la pena abstracta no entren en consideración las reglas de determinación de la pena en función del grado de ejecución o del grado de participación en el delito.

Por otra parte, interpretar que la limitación del internamiento para los exentos de responsabilidad criminal se refiera a la duración de la pena en concreta, mientras que la limitación al internamiento de los semiimputables venga determinada por la pena en abstracto, supondría consagrar un mejor tratamiento al semiimputable que al inimputable. Por último, si se interpreta el límite máximo como la pena concreta se obligará al Tribunal a realizar una individualización de la pena, que por su propia naturaleza es incompatible con la declaración de inimputabilidad y que partiría de un autor imaginario, que no existe en la realidad.

La actual regulación del internamiento en un centro de deshabitación como medida de seguridad para el drogodependiente no resulta una respuesta adecuada a la realidad de los drogodependientes, tanto por dejar fuera de su ámbito de aplicación a los más necesitados de tratamiento, como por no ajustarse a las necesidades terapéuticas del drogodependiente.

La respuesta que ofrece el Código a los drogodependientes que cometen un delito en el ámbito de las medidas de seguridad no se ajusta a las necesidades terapéuticas del drogodependiente. Por un lado, el tratamiento de deshabitación está indicado médicamente para las personas que presenta una adicción, sin embargo el legislador lo establece para el intoxicado y para el que sufre un síndrome de abstinencia, dejando fuera de su ámbito de aplicación al que comete un delito debido a su grave adicción. Tal respuesta resulta

³⁹ GRACIA MARTÍN, «Las medidas...», cit. p. 321, afirma que las reglas de determinación de la penas no pueden entrar en consideración para establecer el límite de la medidas de seguridad.

sumamente incoherente, pues en caso de intoxicación se justifica el tratamiento solo si existe una adicción y en el síndrome de abstinencia lo que subyace e indica la necesidad del tratamiento es también la adicción, sin embargo si el delito se ha cometido a causa de una grave adicción no está prevista tal medida de seguridad. Por otro lado, terapéuticamente puede estar indicado que el tratamiento sea ambulatorio, posibilidad que se ha suprimido con la Ley Orgánica 5/2010 al eliminar la sumisión a un tratamiento externo como medida de seguridad no privativa de libertad.

Se propone, de *lege ferenda*, el reconocimiento de la grave adicción como una causa de semiimputabilidad que permita la aplicación de la medida de seguridad de tratamiento de deshabitación, o bien el reconocimiento expreso en el art. 104 de la posibilidad de aplicación de la medida de seguridad prevista en el art. 102 para los supuestos de aplicación de la atenuante de grave adicción, y la sustitución de la medida de seguridad de internamiento en un centro de deshabitación por la medida de sometimiento a un tratamiento de deshabitación, lo que no cierra el paso a que el tratamiento sea ambulatorio.

El Proyecto de Ley orgánica de 2013, por el que se modifica el Código penal, supone un cambio sustancial y adecuado, al menos parcialmente, sobre la aplicación del tratamiento de deshabitación como medida de seguridad. El internamiento en un centro de deshabitación se prevé como medida de seguridad privativa de libertad solo para los casos en que el sujeto haya cometido un delito a causa de su grave adicción, con independencia de que se aprecie o no la eximente completa o incompleta de intoxicación plena o síndrome de abstinencia. La duración del internamiento será, como norma general, de 2 años y el límite máximo en caso de prórrogas será el máximo de la pena de prisión impuesta o 5 años para los casos de no concurrencia de pena de prisión⁴⁰. No se ha incluido, sin embargo,

⁴⁰ El art. 100.1 del Proyecto: *El Juez o Tribunal podrá acordar el internamiento en un centro de deshabitación del sujeto que haya cometido un delito a causa de su grave adicción al alcohol, a las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, y se prevea que se pueda evitar así que cometa nuevos delitos. Esta medida solamente se impondrá cuando existan indicios que permitan fundar la expectativa razonable de que el sujeto superará su adicción mediante el tratamiento o, al menos, de que durante un período de tiempo relevante no recaerá en el consumo de aquellas sustancias y no cometerá nuevos delitos motivados por el mismo. Si el sujeto no hubiera sido declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 3.º del artículo 20, y tampoco le hubiera sido apreciada esa eximente con carácter incompleto, esta medida solamente podrá ser impuesta con su consentimiento. 2. El tratamiento se llevará a cabo en un establecimiento especializado o, si resulta necesario, en un hospital psiquiátrico. En cualquier caso, su régimen y contenido se ajustará a las circunstancias concretas del sujeto y a su evolución 3. El internamiento en cen-*

la medida de seguridad no privativa de libertad de sometimiento a tratamiento de deshabitación, a pesar de que se recoge como deber u obligación que se puede imponer en caso de suspensión de la pena privativa de libertad o como obligación de la libertad vigilada.

b) *El tratamiento de deshabitación como condición para la suspensión de la ejecución de la pena de prisión para drogodependientes*

i. Fundamento de un régimen especial de suspensión para el drogodependiente

La Ley O. 1/1988, de 24 de marzo, introdujo una regulación específica de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad para los drogodependientes. Se trató de incorporar un mecanismo alternativo a la prisión, de naturaleza distinta a la tradicional suspensión de la ejecución, que le aproxima a la figura de la suspensión del fallo⁴¹, que tiene como objetivo ofrecer «un tratamiento jurídico-penal específico para esa singular figura criminológica del drogodependiente que incurre en la comisión de algún hecho delictivo como medio de subvenir a su situación de drogodependencia»⁴².

Su introducción viene determinada por el reconocimiento de una realidad criminológica y por un nuevo enfoque de política criminal sobre el drogodependiente.

Se parte de la constatación de que el drogodependiente es un enfermo, que su delincuencia se deriva de su enfermedad y que para hacer frente a esta delincuencia la prisión se presenta como un medio absolutamente inadecuado para conseguir la deshabitación de los drogodependientes⁴³.

tro de deshabitación no podrá, por regla general, tener una duración superior a dos años. Este período comenzará a computarse desde el inicio del internamiento y podrá prorrogarse hasta el límite constituido por la duración de la pena de que hubiera sido impuesta o un máximo de cinco años, cuando no se hubiera impuesto ninguna pena.». La referencia al n.º 3 del art. 20 parece una errata, ya que se refiere a la eximente de intoxicación y síndrome de abstinencia, que aparece regulada en el n.º 2.

⁴¹ No se trata solo de dejar en suspenso la ejecución de la pena condicionando la suspensión a que no cometa delitos, sino que la suspensión viene condicionada a que el drogodependiente esté deshabitado o sometido a un tratamiento de deshabitación. En este sentido GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión condicional de la pena y drogadicción» en «Comentarios a la legislación penal». T. XII «Delitos contra la salud pública»; 1999, p. 3.

⁴² Preámbulo de la Ley O. 1/1988.

⁴³ GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión condicional...», cit., p. 6; ALCÁCER GUIRAO, «La suspensión...», cit., pp. 888-889.

Al mismo tiempo, aun en el marco de una política criminal sobre drogas basada en la represión y persecución penales de cara a aumentar la eficacia preventivo general de los preceptos por la vía de aumentar la penas y ampliar los tipos penales⁴⁴, se consagra una excepción en el tratamiento del drogodependiente con la inclusión de una institución con fines de prevención especial⁴⁵. Son razones de prevención especial lo que fundamenta que el legislador ofrezca un tratamiento jurídico-penal específico a la figura criminológica del drogodependiente. Para conseguir el fin de la prevención especial se considera más adecuado un tratamiento terapéutico en un centro de deshabituación. Por otra parte, razones de falta de necesidad de pena justifican tal tratamiento del drogodependiente. Si el drogodependiente se encuentra deshabituado se supone que ha desaparecido el factor criminológico, falta la peligrosidad criminal, y si está sometido a tratamiento se puede afirmar que se encuentra en trance de desaparecer el factor criminológico en cuanto existen unas expectativas de resocialización. La falta de necesidad de la pena por ausencia de peligrosidad criminal justifica la suspensión de la pena⁴⁶.

La suspensión de la ejecución de la pena del drogodependiente que realiza un delito se aplicará cuando el sujeto, pese a su drogodependencia, no haya sido declarado exento de responsabilidad criminal, en cuyo caso se le aplicaría una medida de seguridad, ni haya sido tenida en cuenta para disminuir su responsabilidad criminal por una menor culpabilidad, lo que determinaría la apreciación de una eximente incompleta o atenuante de grave adicción, que facultaría para la aplicación de la medida de seguridad. También sería de aplicación cuando reconocida la drogodependencia, se le aplique una medida de seguridad y una pena, y una vez cumplida la medida de seguridad, que se abonará para la pena, falte por cumplir una parte de la pena. En este caso el juez podrá determinar la suspensión del resto de la pena que quede por cumplir cuando considere que el ingreso en prisión puede poner en peligro los efectos conseguidos con el tratamiento.

⁴⁴ Política criminal consagrada a nivel internacional en la Convención de Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y que el legislador español adopta con la Ley O. 1/1988.

⁴⁵ ALCÁCER GUIRAO, «La suspensión...», cit. p. 888, alude, con razón, a «un oasis preventivo especial en el desierto represivo de la Ley 1/1988».

⁴⁶ MAPELLI CAFARENA, «Las consecuencias jurídicas del delito». 5.^a ed., Madrid. 2011, p. 135; PUENTE SEGURA, «Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal», Madrid. 1997, p. 181; ZORRILLA MARTÍNEZ, «Suspensión especial para drogodependientes. ¿Existen posibilidades para una mayor aplicación? Obstáculos y orientaciones de futuro», en *Eguzkilore*, n.º 27; 2013, p.124.

ii. Requisitos

La preocupación del legislador por salvaguardar los fines preventivos generales y evitar un uso fraudulento de esta institución determina que la Ley establezca unos requisitos y condiciones que hacen prácticamente inaplicable este beneficio⁴⁷. Inicialmente la regulación de esta institución se hizo con tales cautelas y condicionamientos que lo que nacía como un mayor beneficio para el drogodependiente, se presentara en realidad como un régimen más estricto que el régimen general de suspensión de la ejecución de la pena. La limitación del marco temporal de la pena de prisión en dos años junto con la elevación de las penas para los delitos relativos a drogas, la exigencia de no reincidencia y de no haber gozado con anterioridad de este beneficio, así como la exigencia del logro de la deshabitación para la remisión definitiva hicieron casi imposible su aplicación⁴⁸. Sin embargo las progresivas modificaciones que se introducen en su regulación, como consecuencia de las críticas de la doctrina, van a configurar la suspensión de la ejecución de la pena para los drogodependientes como una auténtica alternativa a las penas privativas de libertad para los drogodependientes.

El Código penal de 1995 supuso algunas mejoras, si bien insuficientes para otorgar funcionalidad como sustitutivo de la pena de prisión. Se amplió el marco de las penas de prisión que se podrían suspender hasta 3 años, se admitió la posibilidad de suspender en caso de reincidentes, pero se establece que se trate de reo no habitual, y se elimina la condición de logro de la deshabitación para la remisión definitiva, basta que se acredite la continuidad del tratamiento. Además, se incluye una nueva condición de carácter general para la suspensión de las penas privativas de libertad, de aplicación a los drogodependientes: la exigencia de que se haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito. Dada la condición social de

⁴⁷ Díez RIPOLLÉS, «Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas», Madrid. 1989, pp. 112-113; ALCÁCER GUIRAO; «La suspensión...», cit., p. 890.

⁴⁸ La doctrina, de forma casi unánime critica la regulación de esta institución. Véanse LARRAURI PIJOAN, «Las paradojas...», cit., p. 50; ALCÁCER GUIRAO, «La suspensión...», cit., p. 890; GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...», cit., pp.13 -21, quien afirma que el art. 93 bis «ha nacido muerto»; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «¿Qué resuelve la reciente reforma del Código penal en materia de drogas? En «Estudios penales en memoria del Profesor Fernández Albor». 1989, p. 230; Del mismo «El marco normativo de las drogas en España», en *RGLJ* 1987, pp. 416-419; ABREU, «Observaciones críticas a algunos de los aspectos de la reciente reforma sobre drogas» *Actualidad penal*. n.º 4. 1988, p. 862; SERRANO PASCUAL, «Las formas...», cit., p. 347, alude a que su «funcionalidad fue prácticamente nula».

la mayoría de los drogodependientes, no parece muy acertado condicionar la suspensión a la capacidad económica que tenga el penado para hacer frente a la responsabilidad civil y en cualquier caso, sería contraria al fin de prevención especial que fundamenta esta suspensión⁴⁹. Esta crítica se ve relativizada en cuanto que el legislador ha previsto que tal exigencia sea solo para los condenados solventes, permitiendo al Juez o Tribunal revocar tal exigencia en caso de que se declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a la misma. En cualquier caso, como puso de manifiesto Sanz Mulas⁵⁰, tal condición dificulta la inmediatez del procedimiento de concesión de la suspensión, dado que el Juez o Tribunal habrá de averiguar la solvencia o no del penado y, en su caso, del ejercicio de la vía de apremio de sus bienes.

Por otra parte, se incluyó, como venía reclamando la doctrina⁵¹, la dependencia a «bebidas alcohólicas» que conforme al Código penal anterior quedaban excluidas al referir la dependencia a «drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas» y en su nueva formulación se refiere a la dependencia de «las sustancias señaladas en el número 2 del artículo 20», y se sustituyó la expresión de que el delito cometido hubiere sido «por motivo de su dependencia» por la expresión «a causa de su dependencia».

Tanto la expresión anterior como la nueva, dado que no supone cambio sustancial, pueden ser y han sido objeto de interpretaciones diversas. La interpretación más restrictiva identifica tales expresiones con que se actúe bajo los efectos de esas sustancias, lo que limitaría el ámbito de aplicación de la medida a los casos en que el delito haya sido cometido en estado de intoxicación o bajo el síndrome de abstinencia que anula o disminuye la capacidad de culpabilidad. Otra interpretación exige una relación de medio (hecho delictivo) -causa (la dependencia) -fin (obtención de la droga)⁵², interpretación que reducía la aplicación de la medida solo a los casos de la llamada delincuencia funcional, y otros autores incluyen los dos supuestos

⁴⁹ ALCÁCER GUIRAO, «La suspensión...», cit. p. 891, y SERRANO PACUAL, «Las formas...», cit., p. 355, aluden a que esta exigencia podría dificultar al tratamiento en centros privados al restar recursos económicos al condenado.

⁵⁰ SANZ MULAS, «Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana», Madrid, 2000, p. 298.

⁵¹ GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión condicional...», cit., pp. 13-14, y la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal, «Una alternativa...», cit. p. 36.

⁵² En este sentido, FERNÁNDEZ DEL TORCO/SOLA RECHE, «La suspensión condicional de la condena del toxicómano delincuente: aproximación a la reforma de 1988», en *Poder Judicial*, n.º 15, 1989, p. 106.

anteriores en la expresión⁵³. La mayoría de la doctrina realiza una interpretación amplia exigiendo solo que la dependencia haya condicionado directa o indirectamente la comisión del delito⁵⁴, lo que implica que se podrá aplicar en los casos indicados anteriormente así como cuando se acredite la drogodependencia y su relación con el delito, aunque la situación de drogodependiente no haya sido apreciada como eximente, eximente incompleta o atenuante.

Finalmente la Ley O. 15/2003 amplía hasta 5 años las penas objeto de suspensión⁵⁵ y suprime la exigencia de que no sea reo habitual, estableciendo expresamente en el n.º 2 del art. 87 que si el condenado fuere reincidente el Juez o Tribunal valorará la oportunidad de conceder o no la suspensión. La inclusión de esta referencia a la reincidencia es superflua, pues la concesión del beneficio, con carácter general, es facultativa y se basará fundamentalmente a la peligrosidad del sujeto, según establece el párrafo 1.º del art. 81, con lo cual el art. 87.2 no aporta nada nuevo.

Por otro lado, esta ley introduce en el apartado 2.º del art. 508 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un régimen de cumplimiento de la prisión provisional en un centro de deshabitación para los casos en que «el imputado se hallara sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabitación y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento», recogiendo la propuesta doctrinal de regular medidas sustitutivas de la prisión preventiva para los drogodependientes⁵⁶.

El Proyecto de Ley orgánica de 2013 de reforma del Código penal no supone cambios en la regulación de la suspensión de la ejecución

⁵³ Así LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «Comentarios...», cit., p. 360; SOTO NIETO, «El delito de tráfico de drogas. Su relación con el delito de contrabando», Madrid. 1989, p. 165.

⁵⁴ En relación con la anterior redacción GONZÁLEZ ZORILLA, «Remisión condicional...», cit., p. 17, propone que se interprete como «que se aplique siempre que se pruebe la situación de drogodependencia y que de alguna manera el delito se produzca en el seno de una situación vital de la que dicha situación forme parte». En este sentido se manifestó ALCÁ CER GUIRAO, «La suspensión...», cit., pp. 893-894; SERRANO PASCUAL, «Las formas...», cit., p. 250; Díez RIPOLLÉS, «Derecho penal...», cit., pp. 629; CARDENAL MONTRAVETA, «Comentarios...», cit. p. 226.

⁵⁵ Como había propuesto el Grupo de Estudios de Política Criminal, «Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas», Málaga. 1992, p. 36.

⁵⁶ La doctrina venía reclamando una reforma procesal en este sentido. Véanse, entre otros, GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión condicional...», cit., p. 12; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Qué resuelve...», cit., p. 232, ALCÁ CER GUIRAO, «La suspensión...», cit. p. 898, y la Propuesta alternativa a la actual política criminal de drogas del Grupo de Política Criminal, p. 40.

de las penas privativas de libertad para drogodependientes, más allá de eliminar la actual referencia a la reincidencia en el art. 80.6 y de haber incluido en el art. 83 como obligación que puede imponerse en, la suspensión de la ejecución de la pena el participar en programas, de deshabituación⁵⁷. Inclusión que permite en el régimen general de la suspensión de la ejecución de la pena el sometimiento a un tratamiento de deshabituación ambulatorio, que tendrá una relevancia en la práctica muy limitada, en el sentido de que será de aplicación solo en los casos en que siendo el penado drogodependiente, el delito no se haya cometido a causa de la adicción, pues si el delito ha sido cometido a causa de la adicción le será aplicable el régimen específico de suspensión para drogodependientes que exige su internamiento en un centro de deshabituación o estar deshabituado.

Desde un principio el Código ha exigido como requisito para la suspensión de la ejecución de la pena de prisión que el sujeto debe encontrarse «deshabituado o sometido a tratamiento» en el momento de decidir el juez sobre la suspensión. Este requisito es la esencia de este régimen especial de suspensión y determina su fundamento. Se trata de sustituir la pena de prisión por otro sistema de control social, el tratamiento, más apropiado para conseguir los fines de la pena.

Por ello en el primer supuesto previsto, el sujeto está ya deshabituado, la falta absoluta de necesidad de la pena fundamenta la suspensión de la ejecución: desaparecida la causa que dio lugar al delito, ha desaparecido la necesidad preventivo especial de la pena. No resulta «paradójico»⁵⁸, al contrario, se trata de la consecuencia lógica y necesaria de que no se aplique la pena de prisión. Lo paradójico sería entender que si el sujeto se ha deshabituado, debe someterse a un tratamiento de deshabituación durante la suspensión de la ejecución, pero el precepto no establece esa condición u obligación. La obligación de no abandono del tratamiento durante el periodo de prueba de la suspensión de la ejecución está prevista en el apartado 4 del art. 87 solo para el supuesto segundo, cuando «el condenado se halle some-

⁵⁷ El art. 83 del Proyecto establece que «El Juez o Tribunal podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las siguientes prohibiciones y deberes cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos. No podrán imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados: 7.ª Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos».

⁵⁸ Califican de paradójica esta situación, ALCÁCER GUIRAO, «La suspensión...», cit., p. 898, y SERRANO PASCUAL, «Las formas...», cit., p. 352.

tido a tratamiento». La suspensión de la pena en este caso tiene como finalidad la consolidación de la deshabitación⁵⁹.

Respecto al segundo presupuesto, que el sujeto se encuentre sometido a tratamiento, se ha interpretado que bastaría con que exista una voluntad o promesa de someterse al tratamiento en cuanto lo permitan las condiciones⁶⁰.

La exigencia de este requisito potencia la resocialización del delincuente antes de la condena, pues el acusado, si quiere evitar la prisión, sabe que deberá someterse a tratamiento, lo que facilita la resocialización.

En los procedimientos rápidos el certificado de que está deshabitado o sometido a tratamiento se sustituye, según establece el art. 801. 3 del la LECR, por el «compromiso del acusado de obtener dicha certificación en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije».

iii. Condiciones para la suspensión

La suspensión de la ejecución de la pena de prisión queda condicionada a que el drogodependiente cumpla determinadas condiciones durante un periodo de 3 a 5 años.

Cuando se incluyó este régimen especial de suspensión, el antiguo art. 93 bis no establecía un periodo de suspensión específico; se entendía que era de aplicación el mismo plazo que en el régimen general, lo que fue criticado por no ajustarse tal plazo a la especificidad del régimen del drogodependiente sometido a tratamiento⁶¹. El Código penal de 1995 establece un periodo específico, que supone aumentar en un año el límite mínimo y dejar en los mismos términos el límite máximo. En la doctrina se ha justificado el aumento del límite mínimo en razones de garantizar un periodo de tiempo suficiente para el tratamiento adecuado⁶², o bien atendiendo a razones de pre-

⁵⁹ En este sentido, PUENTE SEGURA, «Circunstancias...», cit., p. 181.

⁶⁰ GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión condicional...», cit., p. 23; ALCÁ CER GUIRAO, «La suspensión...», cit. p. 898. ZORRILLA MARTÍNEZ, «Suspensión especial...», cit. p. 132 pone de manifiesto que la actual regulación, en la medida que permite distintas interpretaciones sobre lo que se entiende por deshabitación, realizar un tratamiento o el compromiso del sujeto, permite adoptar criterios dispares que conducen a una práctica mayoritariamente conservadora en su aplicación.

⁶¹ Díez RIPOLLÉS; «Los delitos...», p. 123.

⁶² DE LEÓN VILLALVA, «Suspensión condicional de la pena en los proyectos de reforma», *ADPCP*. 1994, T. III, p. 145; MAPELLI CAFFARENA, «Las consecuencias jurídicas del delito». 5.ª ed. Madrid 2011, p. 137.

vención general se equipara el límite mínimo del periodo de suspensión con el límite máximo de la pena suspendible⁶³. Sin duda que la regulación de un periodo específico del plazo de suspensión obedece a ajustar dicho periodo a la especificidad de este régimen, teniendo en cuenta las penas que son suspendibles y especialmente que el penado está sometido a un tratamiento de deshabitación o está deshabitado. Sin embargo, el fundamento de que el penado esté sometido a un tratamiento terapéutico durante el periodo de prueba, no fundamenta el aumento del límite mínimo, dado que resta discrecionalidad al juez para atender a las necesidades terapéuticas, en la medida que ante un sujeto que se encuentra ya deshabitado la ley obliga a mantenerlo en un tratamiento, lo que puede ser contrario a las exigencias del propio tratamiento e incluso contraproducente. Solo razones de prevención general pueden fundamentar tal aumento del tiempo mínimo de periodo de prueba. Se trata de que, dado que las penas que son objeto de suspensión alcanzan hasta 5 años, es necesario que el periodo mínimo de prueba sea superior al establecido en el régimen general para la suspensión de penas de prisión hasta 2 años. En mi opinión, las necesidades de prevención general se han de encontrar limitadas por las necesidades de prevención especial, de manera que si la pena, o en este caso, el periodo de suspensión de la misma, no es necesaria de cara a la prevención especial, no se justifica la imposición de la pena o el aumento del periodo de prueba. Por tanto, no considero conveniente el restar discrecionalidad al juez para atender a las necesidades de prevención general y especial según el caso concreto aumentando en un año el periodo mínimo de prueba⁶⁴. Téngase en cuenta que un drogodependiente ya deshabitado sin pronóstico de peligrosidad criminal habrá de estar sometido a un tratamiento no indicado médicamente y que puede ser contraproducente por un periodo mínimo de 3 años, cuando esa necesidad de prevención general se pueden satisfacer con la exigencia mínima de 2 años de internamiento.

La primera condición exigida es que el penado no cometa delitos, en los mismos términos que en el régimen general⁶⁵, única condición

⁶³ ALCÁCER GUIRAO, «La suspensión...», cit. p. 903, en relación con la regulación introducida por el Código de 1995 que limitaba las penas objeto de suspensión a un máximo de 3 años.

⁶⁴ En este sentido de flexibilizar los plazos de suspensión en función de la evolución del drogodependiente se manifiesta ZORRILLA MARTÍNEZ, «Suspensión especial...», cit., p. 137.

⁶⁵ Se discute en la doctrina si el término delito debe ser entendido en sentido estricto, excluyendo las faltas, o en sentido amplio. Véase, por todos, MAPELLI CAFFARENA, «Las consecuencias...», cit. p. 129, MIR PUIG, «Derecho penal. Parte General»,

exigida si el condenado en el momento de otorgar la suspensión se encuentra deshabitado.

Si se trata de condenados sometidos a tratamiento se exige como condición específica de este régimen que no abandone el tratamiento de deshabitación hasta su finalización. Se trata de una exigencia introducida con la creación del antiguo art. 93 bis y que ha continuado, pese a la crítica unánime de la doctrina, en las distintas reformas que han tenido lugar.

La crítica se ha centrado en que la exigencia de esta condición desconoce o ignora conscientemente la realidad terapéutica del tratamiento de deshabitación. La deshabitación de un drogodependiente es un proceso complejo que incluye como fases inevitables abandonos temporales y esporádicos, esto es, recaídas, que no significan una voluntad de abandono definitivo ni la frustración definitiva de la expectativa del tratamiento⁶⁶. Esta realidad implica que si la exigencia de no abandono se interpreta en sentido literal, en la práctica la virtualidad del art. 87 como régimen específico de suspensión para los drogodependientes sería nula dado que se considera normal los abandonos temporales o recaídas.

La doctrina ha hecho frente al contrasentido de esta exigencia interpretando en sentido estricto el término abandono del tratamiento, de manera que se considera abandono solo cuando éste sea definitivo, lo que ocurre cuando exista una voluntad manifiesta de no seguir con el tratamiento y se estima la continuidad del mismo cuando solo hayan existido interrupciones o recaídas breves y esporádicas⁶⁷.

Otros autores solucionan este contrasentido interpretando que el juez, en estos casos de abandonos temporales que no suponen el fra-

9.^a ed. A cargo de Víctor Gómez Martín, Editorial Repporter, Barcelona, 2011, p. 706 y GRACIA MARTÍN, «Lecciones...», cit. pp. 247-248.

⁶⁶ Critican la exigencia de esta condición MAQUEDA ABREU, «Observaciones...», cit. p. 802; FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO/SOLA RECHE, «La suspensión...», cit. p. 110; GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...», cit., p. 25; Del Mismo, «Suspensión de la pena y probation en CID/LARRAURI, «Penas alternativas a la prisión». p. 86; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «¿Qué resuelve...», cit. p. 110; ALCÁCER GUIRAO, «La suspensión...», cit. p. 904; MAPELLI CAFFARENA, «Las consecuencias...», cit. p. 137; ZORRILLA MARTÍNEZ, «Suspensión especial...», cit., p. 131.

⁶⁷ Fue GONZÁLEZ ZORRILLA, «Remisión...», cit. p. 25 quien inicialmente propuso tal interpretación. A favor de esta interpretación DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Impunitabilidad y nuevo Código penal» en CEREZO MIR Y OTROS, «El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López», Granada, 1999, cit. p. 324; SERRANO PASCUAL, «Las formas...», cit., p. 357; GARCÍA ARAN, en NUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, «Derecho penal...», cit. p. 574, CASTELLÓ NICÁS, «Suspensión...», cit. p. 342.

caso definitivo del tratamiento, puede decretar una prórroga del periodo de suspensión para hacer posible la continuidad del tratamiento⁶⁸. Se le objeta a esta interpretación que no tiene base legal, dado que el párrafo 2 del art. 87.5 establece la posibilidad de decretar la prórroga del periodo de suspensión solo para los casos en que el abandono del tratamiento se acredite una vez finalizado el plazo de suspensión, pero no para los casos en que el abandono temporal se produzca durante el transcurso del citado plazo⁶⁹. Efectivamente, el legislador ha previsto la prórroga solo para los casos en que se acredite el abandono del tratamiento una vez transcurrido el plazo de suspensión, pero nada impide realizar una interpretación sistemática y teleológica que lleve a aplicar la prórroga también en estos casos en que el abandono se acredite antes de la finalización del plazo de suspensión. Cabe una interpretación sistemática del párrafo 2 del art. 87.5, en relación con el párrafo 1 del mismo precepto, que permita al juez también en este caso de abandono del tratamiento en el transcurso del periodo decretar una prórroga si considera que tal abandono es temporal y que no acredita el fracaso definitivo del tratamiento. Interpretación sistemática que se ve reforzada por una interpretación teleológica que atendiendo a la finalidad de la suspensión en caso de drogodependientes, sugiera que no sería coherente revocar la suspensión de la pena por un abandono temporal o recaída, que no supone realmente un fracaso definitivo del tratamiento sino una evolución normal del mismo⁷⁰.

iv. Ejecución de la suspensión de la ejecución de la pena y el sometimiento a tratamiento

El Capítulo IV del RD 840/2011, de 17 de junio, establece las circunstancias de ejecución de la suspensión de la ejecución de las

⁶⁸ DE LEÓN DE VILLALBA, «Suspensión condicional de la pena en los proyectos de reforma». *ADPCP*. 1994. T. III, p. 146 acude a la prórroga del plazo de suspensión, que había incorporado el proyecto de Código penal de 1994, para solucionar el problema planteado.

⁶⁹ ALCÁCER GUIRAO, «La suspensión...», cit., p. 905, considera que «a tenor del último párrafo del artículo será ese momento (al término del periodo de suspensión) en el que se decidirá sobre la oportunidad de la prórroga. En cambio, la revocación de la suspensión por haber abandonado el tratamiento habrá de darse, según la redacción de la Ley, en el momento en que el juez tenga conocimiento de dicho abandono. En consecuencia, puede decirse que la prórroga solo impedirá la revocación por abandono del tratamiento en los casos en que... hubiera transcurrido el plazo completo...».

⁷⁰ DIÉZ RIPOLLÉS, «Derecho penal...», cit. p. 631, considera que cabe interpretar que el párrafo 1 del art. 87.5 admite las dos alternativas previstas en el párrafo 2 del mismo precepto. ALCÁCER GUIRAO, «La suspensión...», cit., p. 906, propone de *lege ferenda* esta misma solución.

penas privativas de libertad. Según el art. 15 corresponde a los Servicios de Gestión de Penas y Medidas alternativas del lugar de residencia del condenado elaborar un plan individual de intervención y seguimiento, que se comunicará al órgano jurisdiccional competente para la ejecución. Los servicios de Gestión de Penas y Medidas alternativas remitirán el caso al servicio o centro correspondiente para que el penado inicie o continúe con el tratamiento y efectuarán el control de las condiciones fijadas en el plan de intervención y seguimiento. Para ello informarán, al menos trimestralmente, al órgano jurisdiccional competente para la ejecución sobre la observancia de las reglas de conducta, así como del cambio de circunstancias personales del penado y, en todo caso, cuando se produzca algún incumplimiento de las reglas de conducta impuestas y cuando haya finalizado el cumplimiento de las obligaciones impuestas.

Si el drogodependiente concluye el tratamiento de deshabitación, la remisión de la pena conlleva la concesión del subsidio de desempleo así como una atención pública específica de las políticas activas de empleo de cara a favorecer su recuperación e integración social⁷¹.

Cabe también suspender la ejecución de las sanciones establecidas en el art. 25. 1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana por consumo en lugares públicos o por la tenencia ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas si el infractor se somete a un tratamiento de deshabitación.

La regulación del procedimiento de suspensión de estas sanciones administrativas determinó la aprobación del RD 1079/1993, de 2 de julio, por el que se regula la remisión de las sanciones administrativas en materia de drogas. Se establece aquí que el procedimiento de suspensión se aplicará solo a los infractores que puedan ser considerados consumidores frecuentes y que presten su consentimiento. El tratamiento se prolongará por el tiempo que se estime necesario,

⁷¹ El art. 215 1. 1 apartado d) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, reformado por la Ley 36/1999, de 18 de octubre, determina como beneficiarios del subsidio de desempleo «a las personas que hubieran concluido un tratamiento de deshabitación de su drogodependencia, siempre que el mismo hubiere durado un periodo superior a 6 meses y haya visto remitida su pena privativa de libertad en aplicación de lo previsto en el art. 87 del Código penal», y el art. 2 de la Ley 36/1999 establece que «...las personas que hubieran concluido un tratamiento de deshabitación, beneficiarios del subsidio por desempleo...para una mayor garantía de integración sociolaboral, recibirán una atención prioritaria en las políticas activas de empleo...».

pudiendo concederse prórrogas al tiempo inicialmente establecido. El incumplimiento total o parcial, el abandono unilateral del tratamiento, o la comisión durante el mismo de un delito contra la salud pública o de una nueva infracción de las contempladas en esta ley determinará la revocación de la suspensión. Por el contrario, si el sancionado ha cumplido con las condiciones referidas, la autoridad competente acordará la remisión total o parcial de la sanción impuesta.

c) El tratamiento de deshabitación como regla específica en caso de sustitución de la pena de prisión

El Código penal de 1995 vino a introducir por primera vez en nuestra legislación penal un sistema de sustitución de las penas de prisión de corta duración por otro tipo de reacción penal que pretende conseguir, con la misma eficacia o más eficazmente, los mismos fines de prevención. Cabe distinguir tres sistemas de sustitución: la sustitución obligatoria, la sustitución facultativa y la sustitución para extranjeros no residentes legalmente en España.

La sustitución obligatoria se establece en el art. 71.2 para los casos en que por aplicación de las reglas de determinación de penas corresponda imponer una pena de prisión inferior a 3 meses, en cuyo caso se sustituirá dicha pena conforme a lo establecido en el art. 88. Si se trata de una pena de prisión inferior a un año, el párrafo 1.º del art. 88 prevé la sustitución por multa o trabajo en beneficio de la comunidad y para las penas de prisión que no excedan de dos años, el párrafo 2.º del art. 88.1 permite su sustitución por multa o multa y trabajo en beneficio de la comunidad, siempre que «se infiera que el cumplimiento de la pena de prisión habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social». El tercer régimen de sustitución viene previsto en el art. 89 para las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente, que serán sustituidas por la expulsión del territorio español, salvo que se fundamente la necesidad de su cumplimiento en un centro penitenciario en España.

A los efectos del tratamiento terapéutico, nos interesan solo los dos primeros sistemas, dado que el art. 88 establece expresamente la posibilidad de que si se sustituye la pena de prisión por multa, trabajo en beneficio de la comunidad o por multa y trabajo en beneficio de la comunidad, el juez pueda imponer la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el art. 83 del Código penal,

obligaciones o deberes que se concretan en restricciones de la libertad de residencia o de circulación, participación en programas o el cumplimiento de otros deberes que se estimen convenientes para la rehabilitación del penado.

Cabe perfectamente la aplicación de la sustitución de la pena para penados que estén siguiendo favorablemente un programa de deshabituación en drogodependencias y precisamente esta circunstancia es la que fundamenta la sustitución de la pena de prisión bajo la obligación de continuar con el tratamiento, al entender que el ingreso en prisión es contraproducente desde el punto de vista de la prevención especial, al tratarse de una persona rehabilitada o en fase de rehabilitación de la toxicomanía⁷².

El Proyecto de Ley orgánica de 2013 de reforma del Código penal recoge expresamente, como ya hemos comentado, el participar en programas de deshabituación como medida a imponer en caso de sustitución de la pena de prisión.

El ámbito de aplicación de la sustitución de la pena de prisión para el drogodependiente sometido a tratamiento vendría determinado por las circunstancias de que no se le haya aplicado una eximente completa o incompleta o una atenuante por su drogodependencia, que posibilitaría la aplicación de la medida de seguridad de internamiento en un centro de deshabituación, y tampoco el juez haya previsto la suspensión de la ejecución.

III. El tratamiento de deshabituación como alternativa intrapenitenciaria para drogodependientes que ingresen en prisión

La presencia de las drogas en los centros penitenciarios y el internamiento de drogodependientes es una realidad⁷³ a la que la legislación penitenciaria debía de dar respuesta

Cuando el drogodependiente se encuentra en prisión, bien por el no reconocimiento de la drogodependencia en la sentencia condenatoria, o cuando reconocida la situación de drogodependencia no se haya aplicado ninguna medida alternativa a la prisión, ya sea por no cumplimiento de los requisitos o bien porque no se haya considera-

⁷² TÉLLEZ AGUILERA, «Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión», Madrid, 2005, p. 181.

⁷³ Véase nota 10.

do adecuada por razones de prevención general o especial, la legislación penitenciaria ofrece un conjunto de medidas que hacen posible que el interno drogodependiente pueda disfrutar de un tratamiento de deshabitación fuera de la prisión. Se trata de medidas durante la ejecución de las penas de prisión que cumplen una función propia sustitutiva de la prisión puesto que participan del mismo fundamento que las penas que se imponen en lugar de ésta o de las reacciones penales que permiten no ejecutar la pena⁷⁴. Se parte de que el internamiento del drogodependiente en un centro de deshabitación es una medida más eficaz de cara a la prevención especial del interno que el cumplimiento de la pena de prisión⁷⁵.

El Código penal regula la libertad condicional en el mismo capítulo que se incluye la suspensión de la ejecución y los sustitutivos de las penas privativas de libertad, Capítulo III del Título III del Libro I, y la legislación penitenciaria prevé otras formas que, bien como formas de ejecución de la pena, bien como fases del tratamiento o como instrumentos de éste, tienden a los mismos fines que el resto de alternativas.

a) La libertad condicional bajo la condición de sometimiento a tratamiento de deshabitación

La libertad condicional constituye el cuarto grado del sistema de individualización científica de ejecución de las penas privativas de libertad. El fundamento de la misma reside en la falta de necesidad de prolongar el internamiento por existir un pronóstico individualizado de reinserción social. Una de las novedades que presenta el Código penal de 1995 es que se ha introducido la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria imponga al liberado condicional la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del Código penal. Tales medidas permiten que el Juez de Vigilancia pueda decretar como obligación en la libertad condicional el sometimiento a un tratamiento de deshabitación, que cabe perfectamente en la medida prevista en el número 5 del art. 83, «participar en programas formativos, laborales,

⁷⁴ SERRANO PASCUAL, «Las formas...», cit., p. 393.

⁷⁵ La Encuesta sobre salud y consumo de drogas en internados en Instituciones Penitenciarias. ESDIP.2011 muestra que «la oportunidad del tratamiento por uso de drogas tiene características similares en libertad y en prisión, con índices de satisfacción adecuados», siendo «los equipos de tratamiento externos más valorados que los internos».

culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de animales y otros similares».

La justificación de estas medidas, en concreto el sometimiento a tratamiento de deshabitación, viene dada por la necesidad de evitar la denegación de la libertad condicional internos en los que existe un pronóstico incierto de reinserción social basado en que el privado de libertad mantiene aún latentes rasgos de su personalidad que fueron factores criminógenos en la comisión del delito, lo que determina que su regreso a la libertad deba venir acompañado de obligaciones terapéuticas que hagan frente a ese factor criminógeno. Sería el caso del drogodependiente que, por razones de prevención general, ha de cumplir la pena de prisión y que en su ejecución ha estado sometido a un tratamiento de sustitución o de deshabitación, y que cumplido el plazo para acceder a la libertad condicional se considera que es más adecuada la continuación del tratamiento en un centro de deshabitación externo que en el centro penitenciario.

En el Proyecto de Ley orgánica de 2013 por el que se modifica el Código penal, aunque la libertad condicional pasa a ser regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución de la pena, se sigue manteniendo la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria imponga al liberado condicional la observancia de una o varias de las reglas de conducta previstas en los artículos 83, donde se ha incluido expresamente el participar en programas de deshabitación.

b) El tratamiento de deshabitación en la legislación penitenciaria

La Ley General Penitenciaria de 1979 había previsto la necesidad de ofrecer un tratamiento a los toxicómanos que se encuentran en prisión. En concreto el art. 37. b) dispone que todos los establecimientos penitenciarios estarán dotados de «Una dependencia destinada a la observación psiquiátrica y a la atención de toxicómanos». Y el art. 66 establece que cuando el tratamiento de los internos lo requiera «se podrán organizar en los centros correspondientes programas basados en el principio de comunidad terapéutica».

Tal previsión legal se desarrolló en el Reglamento penitenciario de 1981 mediante el establecimiento, dentro de las enfermerías, de una dependencia destinada a la atención de los toxicómanos (art. 145.2) y la inclusión, como una modalidad de los centros especiales, de los centros o departamentos para toxicómanos (art. 56).

El Reglamento penitenciario de 1996, actualmente vigente, consagra más eficientemente el derecho del drogodependiente a tener a su alcance la posibilidad de seguir programas de tratamiento de deshabituación, con independencia de su situación penal y penitenciaria.

El art. 116.1 del Reglamento penitenciario declara el derecho de los drogodependiente al tratamiento de deshabituación, «con independencia de su situación procesal y de sus vicisitudes penales y penitenciarias»; en el párrafo 2.º se establece que en los centros penitenciarios se realizarán los programas de atención especializada en drogodependencias que precisen los internos; y el párrafo 3.º dispone que el Centro Directivo podrá disponer de departamentos específicos para la realización de programas permanentes relativos a drogodependientes⁷⁶.

Tal derecho del drogodependiente a un tratamiento de deshabituación puede tener lugar dentro del establecimiento penitenciario o en centros externos en función de la situación del drogodependiente.

Aparte de ofrecer el tratamiento de deshabituación en cada centro penitenciario, el Reglamento prevé expresamente la posibilidad de que tal tratamiento tenga lugar en un centro externo.

Por un lado, el art. 117 permite al recluso de segundo grado que presente un perfil de baja peligrosidad social y no ofrezca riesgos de quebrantamiento de condena, que pueda acudir regularmente a una institución externa de atención especializada, sin que la salida pueda exceder de 8 horas diarias⁷⁷.

Y el art. 182 permite, con la autorización del Centro Directivo, que el drogodependiente clasificado en tercer grado, pueda asistir a instituciones extrapenitenciarias adecuadas, públicas o privadas, para la deshabituación de la drogodependencia. Tal posibilidad se condiciona a que el programa de deshabituación aprobado por la institución de acogida contenga el compromiso expreso de la institución de acoger al interno y de comunicar al centro penitenciario las incidencias que surjan en el tratamiento, el consentimiento y compromiso expreso del interno de observar el régimen de vida propio de la institución de acogida y que el programa de seguimiento del in-

⁷⁶ VALEIJE ÁLVAREZ, «El derecho...», cit. p. 88.

⁷⁷ VALEIJE ÁLVAREZ, «El derecho...», cit. p. 89, señala que en la práctica son pocos los internos derivados a esta alternativa extrapenitenciaria, dado que el centro exige como requisito que el recurso extrapenitenciario no esté disponible en el Centro directivo y que el recluso tenga un perfil de bajo riesgo.

terno contenga los controles oportunos establecidos por el Centro⁷⁸. El antecedente del tratamiento en centros extrapenitenciarios de drogodependientes se encuentra en el RD 787/1984, de 28 de marzo, de reforma parcial del Reglamento penitenciario que incluyó en el antiguo art. 57.1 esta posibilidad de tratamiento externo⁷⁹.

Esta posibilidad del cumplimiento de la pena en instituciones extrapenitenciarias, tanto si se trata de salidas diarias, como el acogimiento en instituciones externas, de los drogodependientes es, sin duda, un acierto del legislador que abre la puerta a las alternativas intrapenitenciarias en la fase de ejecución de la pena de prisión para los drogodependientes. Sería aconsejable que se sustituyera el término «internamiento» por «tratamiento», permitiendo con ello que el tratamiento pueda ser en régimen de internamiento o en régimen ambulatorio⁸⁰.

⁷⁸ VALEIJE ÁLVAREZ, «El derecho...», cit. p. 90.

⁷⁹ El RD 787/1984, de 28 de marzo (BOE n.º 99, de 25 de abril de 1984), incluyó en el art. 57.1 el siguiente párrafo: «Tratándose de penados clasificados en tercer grado que, por presentar problemas de drogadicción, necesiten un tratamiento específico, la Dirección General podrá autorizar en instituciones extrapenitenciarias adecuadas, públicas o privadas, dando cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria y condicionando ello a que el interno dé su consentimiento y se comprometa formalmente a observar el régimen de vida propio de la institución que le haya de acoger y a los controles que establezca el Centro Directivo».

⁸⁰ En este sentido, SEQUEROS SAZATORNIL, «Tratamiento...», cit. p. 5.