

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO LXXIV

MMXXI



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO PENAL
Y CIENCIAS PENALES

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Periodicidad: Anual.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Publica contribuciones científicas originales y de referencia, tanto de españoles como de extranjeros, principalmente relacionadas con el derecho penal, la criminología, el derecho penitenciario, el derecho procesal penal y las ciencias forenses. Dirigida a toda la comunidad científica y profesional de cualquier disciplina jurídica interesada en sus contenidos.

EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia
(Centro de Publicaciones)
c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID
Tel.: 91 390 21 49

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID
tienda@boe.es

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

**TOMO LXXIV
MMXXI**

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



**MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA**
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2021

<https://cpage.mpr.gob.es>

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley.
Reservados todos los derechos.

ISSN: 0210-3001
ISSN de la edición en línea, pdf: 2659-899X
NIPO (AEBOE): 090-20-214-5 (edición en papel)
090-20-215-0 (edición en línea, pdf)
NIPO (M.º de Justicia): 051-15-011-7 (edición en papel)
051-15-048-0 (edición en línea, pdf)
Depósito legal: M-126-1958

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. Manoteras, 54. 28050 Madrid.

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
NECROLÓGICAS	
<i>Prof. Dr. Juan Córdoba Roda</i> , por Mercedes García Arán	9
<i>Prof. Dr. Dr. H. C. Mult Santiago Mir Puig</i> , por Carlos Mir Puig	13
<i>Prof. Dr. Dr. H. C. Mult Luis Gracia Martín</i> , por M. ^a Ángeles Rueda Martín	23
SECCIÓN DOCTRINAL	
<i>En el cincuenta aniversario de la muerte de Luis Jiménez de Asúa</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig	45
<i>El movimiento internacional contra la trata de seres humanos: algunas consideraciones críticas</i> , por Tatjana Hörnle	55
<i>El concepto de resocialización en la jurisprudencia española. Especial atención a la delincuencia de motivación política</i> , por Alicia Gil Gil ..	73
<i>La otra publicidad del proceso penal: la crónica periodística del crimen de Nava de Roa (1888)</i> , por Pedro Ortego Gil	127
<i>El tratamiento penal de la transmisión de enfermedades ante los nuevos riesgos</i> , por Silvia Valmaña Ochaita	173
<i>Los persistentes problemas de la investigación criminológica en España en el ámbito de la delincuencia juvenil. Un análisis a partir de las estadísticas policiales</i> , por Miguel Ángel Cano Paños	203
<i>La rebeldía penal</i> , por Abel Téllez Aguilera	253
<i>Análisis de la gestión financiera y la estructura de las organizaciones terroristas. Los riesgos emergentes de financiación del terrorismo</i> , por Covadonga Mallada Fernández	433
<i>La protección penal del derecho de suscripción preferente de acciones en el artículo 293 del Código Penal: objeto material y conducta típica</i> , por Mario Sánchez Dafaue	471
<i>¿Necesidad de Derecho penal para atajar una pandemia? Reflexión sobre la normativa alemana y española en materia de propagación de enfermedades contagiosas</i> , por Lorena Varela	525
<i>Algunos aspectos controvertidos de la pena de prisión permanente revisable</i> , por Ángela Casals Fernández	583
<i>La importancia del centro de destino. Su diferente valoración judicial</i> , por Puerto Solar Calvo	607
<i>La prescripción de las penas de cumplimiento sucesivo en el Ordenamiento jurídico-penal español. Acumulación material, jurídica y refundición de penas</i> , por Alfonso Ortega Matesanz	637

<i>La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el principio de proporcionalidad en el proceso penal</i> , por Agustín Emmanuel Blanco	707
PREMIO SUSANA HUERTA DE DERECHO PENAL	
<i>Desistimiento de la tentativa. Su consideración a la luz de la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción</i> , por Federico Montero	735
CRÓNICAS EXTRANJERAS	
<i>La imputación en el proceso penal. Hacia una teoría pragmática del delito</i> , por Hesbert Benavente Chorres	765
SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA	
<i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i> , por Gema Martínez Galindo ...	789
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por Sergio Cámara Arroyo	823
<i>Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo</i> , por Eduardo de Urbano Castrillo	869
CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO , por Carmen Figueroa Navarro	
875	
SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA	
REVISTA DE LIBROS	
Reseña del libro « <i>Checa. Las prisiones republicanas</i> », de César Alcalá, por Carlos García Valdés	877
Reseña del libro « <i>Concordia en las Cortes y violencia en las cárceles: la transición penitenciaria española</i> », de Antonio Andrés Laso, por Carlos García Valdés	879
Reseña del libro « <i>El yihadismo en prisión. El abordaje penitenciario del radicalismo islamista violento</i> », de Sara Carou García, por Carlos García Valdés	881
Reseña del libro « <i>Delitos instrumentales: aspectos de política legislativa</i> », de Roberto Cruz Palmera, por Luciano D. Laise	883
Reseña del libro « <i>El mundo a través de sus cárceles</i> », de Fernando Gómez, por Carlos García Valdés	887
Reseña del libro « <i>Historia de la Inquisición española</i> », de Henry Charles Lea, por Carlos García Valdés	888
Reseña del libro « <i>La protección de datos de carácter personal en la justicia penal</i> », de Miguel Marcos Ayjón, por Carlos García Valdés	890
Reseña del libro « <i>Victoria Kent al frente de las prisiones españolas (1931-1932). El sistema penitenciario en los inicios de la Segunda República</i> », de Ricardo Mata y Martín, por Carlos García Valdés	893

Reseña del libro « <i>Hitos de la historia penitenciaria española. Del Siglo de oro a la Ley General Penitenciaria</i> » de Ricardo M. Mata y Martín (Dir.), Antonio Andrés Laso y Alfonso Ortega Matesanz (Coords.), por Stephanía Serrano Suárez	894
Reseña del libro « <i>Cine y Derecho. Togas en la gran pantalla</i> », de Rafael de Mendizábal Allende, por Carlos García Valdés	899
Reseña del libro « <i>El 23-F y otros golpes de Estado de la Transición</i> », de Roberto Muñoz Bolaños, por Carlos García Valdés	901
Reseña del libro « <i>Los jóvenes de origen emigrante en prisión: perfiles e historias de vida</i> », de Marta Oro-Pulido Miguel, por Carlos García Valdés	904
Reseña del libro « <i>Las transiciones de UCD. Triunfo y desbandada del centrismo (1978-1983)</i> », de Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona, por Carlos García Valdés	905
Reseña del libro « <i>La profesión de las Meigas. Una nueva visión de la brujería a la luz de documentos inéditos de la Inquisición española</i> », de Diego Valor Bravo, por Carlos García Valdés	909
REVISTA DE REVISTAS	
Reseña del artículo « <i>Cadalso ante el espejo</i> », de Abel Téllez Aguilera, por Carlos García Valdés	911
Reseña del artículo « <i>Algunas propuestas de lege ferenda para la inhumana pena de prisión permanente revisable</i> », de Daniel Fernández Bermejo, por Carlos García Valdés	913

NECROLÓGICAS

Prof. Dr. Juan Córdoba Roda (1934-2020)

MERCEDES GARCÍA ARÁN

Catedrática de Derecho Penal Universidad Autónoma de Barcelona

El 21 de noviembre de 2020, a los 86 años de edad, nos dejó Juan Córdoba Roda, maestro directo de penalistas entre los que me encuentro y participe en la formación de otros muchos que conocieron de su mano los fundamentos de la dogmática penal.

Juan Córdoba se formó en la Universidad de Barcelona, junto a Octavio Pérez-Vitoria. En 1964, con solo treinta años, ganó la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Oviedo donde permaneció hasta que en 1966 accedió a la de la Universidad de Valencia, impulsando allí la creación del Instituto de Criminología y Ciencias Penales. En 1971 regresó a la Universidad de Barcelona en la que fue catedrático hasta su jubilación y decano de la Facultad de Derecho desde 1979 hasta 1983. Todos quienes recordamos esos años, recordamos también su trato amable y respetuoso, sin estridencias, y el mantenimiento de la calma también en momentos difíciles de la –algunas veces– tensa convivencia académica.

Su formación alemana fue fundamental para su obra. Estudió en la Universidad de Munich junto a Reinhart Maurach, cuyo Tratado de Derecho Penal, tradujo. La lectura de «el Maurach», era uno de los pasos obligados para quienes nos iniciábamos en la carrera académica bajo la dirección del profesor Córdoba en el Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, permitiéndonos tomar contacto con la ciencia penal alemana sin apartarnos de nuestro contexto jurídico, gracias a las valiosas notas de Derecho penal español que añadió al texto traducido.

Esa fue una preocupación constante en la vida académica y la obra de Juan Córdoba: lograr la convivencia entre el conocimiento de las

estructuras lógico-conceptuales propias de la teoría del delito y el manejo útil del derecho positivo, para evitar que la construcción teórica resultara un instrumento vacío de contenido o una construcción estéril. O, en otras palabras, para que la dogmática se apoye realmente en la interpretación del Derecho positivo y sea eficaz instrumento para su aplicación.

Ello se aprecia ya en sus primeros trabajos con los que se consagró como pionero de la introducción en nuestro país de la doctrina finalista cuya sistemática terminaría por imponerse: *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito* (1962) y *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista* que, publicado en 1963, ha conocido una segunda edición ya en 2014. Siendo uno de los padres del finalismo español (junto a Rodríguez Muñoz y Cerezo), terció en el debate sobre el concepto ontológico y prejurídico de acción demostrando el absoluto dominio de sus bases filosóficas, pero atribuyéndole un carácter relativo al recordar que, en definitiva, el concepto de acción no puede ignorar el contenido que le otorgue el legislador. En sus propias palabras: no se trataba solo de atender a «la acción» y su estructura ontológica, sino a la «acción en la ley», con lo que expresamente aportaba una mirada crítica al carácter absoluto de la metodología fenomenológica de Welzel.

La misma preocupación se observa en *Las eximentes incompletas* (1966) y en *Culpabilidad y pena* (1977), en el que tomó partido en la fructífera revisión del concepto normativo de culpabilidad que se había abierto en aquellos años, sin apartarse de la interpretación del derecho positivo. Y esta vocación por la utilidad aplicativa de la teoría penal se plasmó, cómo no, en los *Comentarios al Código Penal* cuya Parte General publicó junto a Rodríguez Mourullo, Casabó y del Toro en 1972, y ya en solitario, en la Parte Especial en 1977, tomo en el que el comentario a las falsedades constituye un clásico. Toda una generación de penalistas teóricos y prácticos los manejaron como herramienta imprescindible de su formación jurídica y su quehacer profesional. Y la promulgación del Código Penal postconstitucional, en 1995 le llevó a impulsar unos nuevos «Comentarios» en los que fui testigo privilegiado de su ímpetu, su entusiasmo y su compromiso con la obra y el resto de los autores (Rebollo, Cugat, Baucells, Magaldi y yo misma).

Después de muchos años de dedicación exclusiva a la universidad, fundó el bufete de abogados que lleva su nombre y en el que mantuvo su compromiso con la aplicación garantista de la ley y los derechos del sometido a un proceso penal, tema que, además, fue su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. También en la abogacía fue una figura destacada de lo que en Barce-

lona se conoce como las «togas de oro», pero no por ello olvidó su contribución a la doctrina penal con una capacidad de trabajo y una disciplina admirables. Mientras trabajábamos en los «Comentarios», supimos que todos los días dedicaba unas horas al trabajo tranquilo en su redacción después de toda la jornada de trabajo en el despacho, lo que, nos dijo, esperaba diariamente con ilusión y le servía de descanso.

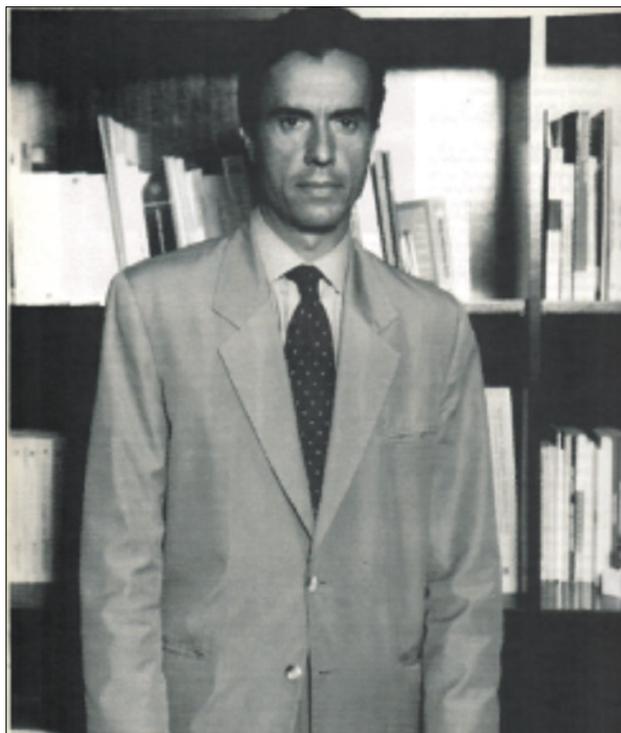
No cabe aquí una relación completa de todas sus otras publicaciones, pero como muestra acudiré a sus numerosas colaboraciones en la *Revista Jurídica de Catalunya* de cuyo Consejo de Redacción formó parte y en la que prácticamente no dejó tema sin abordar: desde la prescripción del delito hasta la responsabilidad penal de los menores, pasando por las falsedades documentales, la libertad condicional, los delitos contra la Hacienda Pública y otros muchos. He elegido esta parte de su producción científica no solo porque demuestra su dedicación constante a la elaboración y difusión doctrinal, sino también porque me permite cerrar este recuerdo colectivo, con un recuerdo personal. Unos meses antes de morir, cuando su voz ya denotaba el deterioro de su salud, me llamó para proponerme que escribiera un artículo para la *Revista Jurídica* sobre el proceso a los políticos catalanes independentistas. Como siempre, me admiró su preocupación por proporcionar respuestas a temas que las demandan y su dedicación incansable a la transmisión del conocimiento jurídico. No volví a hablar con él y me alegro infinitamente de haber cumplido el encargo.

No olvidaremos su compromiso con el Derecho y con la universidad, ni tampoco su gran calidad humana.

Prof. Dr. Dr. H.C. Mult. Santiago Mir Puig
(*Barcelona 5 de diciembre de 1947 - Barcelona,
6 de mayo de 2020*)

CARLOS MIR PUIG

*Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
Profesor asociado de Derecho Penal
Universidad Pompeu Fabra*



Aunque ya se han efectuado otras necrológicas u homenajes póstumos, algunas muy exhaustivas, agradezco profundamente a mi querido maestro profesor Doctor Enrique Gimbernat Ordeig, a quien tanto le debo y a quien tanto admiraba Santiago, que me haya encomendado escribir una necrológica de mi querido hermano Santiago, desde la perspectiva del hermano, para la prestigiosa revista *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, que él mismo dirige desde hace ya muchos años con tanto éxito, en la que me consta que Santiago escribió algunos artículos, como: «*Los términos 'delito' y 'falta' en el Código penal*» en 1973; «*Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*» en 1986; «*Sobre el tipo subjetivo del concurso de delitos*» en 1987; «*Sobre lo objetivo y subjetivo en el injusto*» en 1988; «*Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente*» en 1991; y «*Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la jurisprudencia del TS y del TC*» en 1993, de los que mi padre siempre quiso tener una copia.

Como es sabido, Santiago Mir Puig falleció súbitamente, sin que nadie lo esperara (yo había hablado con él por teléfono la tarde del lunes día 4 de mayo y estaba bien, aunque ya llevaba diez años enfermo de cáncer de mieloma), en la tarde del miércoles día 6 de mayo de 2020 en su casa de Barcelona, por una parada cardiorrespiratoria en brazos de su querida esposa Francesca Puigpelat Martí, catedrática de Filosofía del Derecho en la UAB, compañera inseparable que tanto le quiso y tan bien lo había atendido, junto a Oriol, su hijo, y la familia de este, en estos años difíciles de la enfermedad.

Y falleció en plena fase del covid-19, ese también inesperado virus que, de la noche a la mañana, nos ha cambiado la vida a muchos, irrumpiendo con fuerza la enseñanza por vía telemática, al no ser posible ya la presencial, en las universidades de este país, hasta que al menos no se generalice la vacunación. Y recuerdo que Francesca me llamó por teléfono esa misma tarde para comunicarme el fallecimiento, que me dejó sin palabras, y yo sin poder acudir a verle, a despedirme de él, porque al vivir en otro municipio estaba «confinado» (al estar vigente el estado de alarma en toda España); esa palabra que antes no utilizaba casi nadie y que se ha hecho tan frecuente y común en esta época del covid-19 que estamos sufriendo, y que me recordaba la pena de confinamiento de los arts. 27 y 87 del Código Penal de 1973, y de otros códigos anteriores decimonónicos. Y esa falta de despedida, que me dejó afectado psicológicamente, es la que ahora quiero sustituir por esta necrológica a modo de despedida, que cuando se publique ya habrá transcurrido un año de dicho fallecimiento (*l'any de plor*, se dice en el Derecho civil catalán).

Mis padres, Enrique Mir Coma y mi madre Teresa Puig Borrell, tuvieron cinco hijos: Teresa, la mayor, nacida el 25 de julio de 1937, Enrique –que falleció a la pronta edad de 1 año aproximadamente–, José, nacido el 31 de diciembre de 1945, que falleció en agosto de 1997, el mismo año que Lady Di, Santiago, nacido el 5 de diciembre de 1947, y yo, Carlos, nacido curiosamente el 4 de diciembre de 1950. De modo que solíamos celebrar el mismo día nuestro respectivo cumpleaños, normalmente el día 5 de diciembre, sin sospechar que el último sería el del 5 de diciembre de 2019, del que guardo fotos en que soplábamos las velas en sendos pasteles; uno, 72 años, y el otro, 69.

Mi padre Enrique, era comerciante, hijo de comerciante, que regentaba una sastrería a medida, «El Mediterráneo», de Barcelona, pero aunque no era sastre, sí sabía hacer patrones de camisas, y las cortaba, pero como había estudiado lo que se llamaba entonces Comercio, acabó llevando la gerencia de la empresa, y tenía una ilusión confesable de que sus hijos, o al menos alguno de ellos, fueran abogados, porque a él le atraía el derecho mercantil, las letras de cambio, las reclamaciones ejecutivas, etc.

Los hermanos varones estudiamos en las Escuelas Pías de San Antonio (los Escolapios), de la Ronda de San Antonio de Barcelona (Santiago pasó luego a los de la calle Diputación), y seguidamente acudió Santiago a estudiar en el Instituto Nacional de Enseñanza Media «Jaime Balmes» de Barcelona, de la calle Consejo de Ciento, esquina, hoy con c/ Pau Claris, al que yo también acabé acudiendo unos años más tarde, porque estaba cerca de nuestra casa de la calle Sepúlveda.

El Instituto Balmes marcó mucho a mi hermano Santiago, y creo que a mí también. Era un gran instituto, aunque monosexual, como todos los de la época, pero desde el que se veía a las chicas, del colegio de monjas vecino, cuando íbamos a recoger las pelotas perdidas en el patio de dicho colegio.

En él, al menos en el bachillerato de Letras –éramos pocos alumnos, unos 12 o 15–, había profesores y catedráticos de muy alto prestigio, algunos, profesores «universitarios» más adelante. Tanto Santiago, como yo unos años más tarde, tuvimos la fortuna de tener como profesores al Dr. Eduard Valentí Fiol, catedrático de Latín (y luego profesor de la UB y de la UAB), al Dr. Jaume Olives Vidal, catedrático de Griego, a Guillermo Díaz Plaja catedrático de Lengua y Literatura (que fue quien propuso el nombre de Jaime Balmes al Instituto), al Dr. Francisco Canals Vidal, catedrático de Filosofía, especializado en Metafísica, escolástico y muy tomista. Vicens-Vives estuvo a punto de venir al Balmes, pero se nombró a José Luis Asián Peña, más proclive al régimen de entonces, como catedrático de Historia.

Santiago hizo letras –al igual que yo unos años después– y pudimos disfrutar de dichos profesores. Recuerdo que el profesor Eduard Valentí Fiol había traducido a Tito Lucrecio, Cicerón, Séneca, y el profesor Jaume Olives, quien viajaba bastante a Suiza a impartir conferencias, a Platón (diálogos: *Fedón*, en la prestigiosa Colección Bernat Metge).

Y recuerdo que se produjo un incidente: a Santiago, el Dr. Valentí un día decidió expulsarle, porque hablaba en clase, y llamaron a mi padre, y al final se pudo evitar la expulsión del instituto. Y a partir de entonces y como revulsivo, Santiago comenzó a traducir mucho latín, a Cicerón, Virgilio, hasta que acabó siendo el mejor alumno de la clase del Dr. Valentí, que le acabó poniendo un diez. Creo que puedo decir que, como señalaba mi padre, «Santiago sabía latín».

Tras cursar 5.º y 6.º de Bachillerato y el Preuniversitario, Santiago decidió estudiar la carrera de Derecho, no sé si por influencia de mi padre.

Cuando Santiago estaba en el último curso de la carrera de Derecho, yo la inicié también en la nueva y moderna Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona de la Avda. Diagonal (antes Avda. del Generalísimo Franco), la única existente entonces, con un edificio que había recibido en el año 1958, el año de su inauguración, el primer premio RAD de arquitectura. Recuerdo que yo en realidad quería estudiar Filosofía y Letras, me gustaba mucho la filosofía, me había leído al catedrático de Madrid, D. Manuel García Morente (*Fundamentos de Filosofía e Historia de los Sistemas Filosóficos*) e hice un trabajo en el curso preuniversitario sobre el existencialismo de Kierkegaard. Cuando se lo dije a mi padre me dijo que hiciera Derecho para ganarme la vida, o de lo contrario no me pagaba otra carrera. Finalmente decidí hacer Derecho, de lo cual, después de los años, no me arrepiento en absoluto.

Me gustaba la fotografía y guardo de estos años una fotografía en blanco y negro de Santiago y Francesca en el jardín de la facultad de Derecho, cuando acababan de conocerse.

Santiago tuvo un rendimiento académico que podría calificar de insuperable. En casa teníamos una sala de estudio, y en las paredes se iban colgando, enmarcadas, las matrículas de honor que obtuvo en Derecho. Tuvo matrículas de honor de todas las asignaturas de la carrera, menos cuatro: ¡unas veintiuna!, si no recuerdo mal, ¡allí perfectamente colgadas a la vista de toda la familia!

Causaba realmente admiración y un poquito de envidia, verlas. Y mi padre estaba muy orgulloso de Santiago.

También he de decir que, a Santiago, como a mi padre, y a mí, nos gustaba la música, tocar un instrumento. Mi padre tocaba el violín bastante bien, y me compró otro violín y tocábamos juntos a varias voces. Teníamos un canario, llamado «Rico», que al oír los violines solo hacía que cantar. Santiago optó por tocar la batería, era la época de los conjuntos musicales (Beatles, Sirex, Gatos Negros, etc.) y mi cuñado, el marido de mi hermana Teresa, que tocaba muy bien la bandurria en la tuna, me enseñó a tocar la guitarra, y llegué a comprarme a plazos una guitarra eléctrica Fender, compra que, a mi pesar, al cabo de poco tiempo, Santiago consiguió que se anulara al ser yo todavía menor de edad (entonces se era mayor de edad a los 21 años). Y así con Miquel Ferrer, amigo de Santiago, que tocaba muy bien la guitarra y era capaz de sacar los acordes de oído de los discos –que luego llegaría a ser profesor titular de Química Inorgánica en la Universidad de Barcelona–, nos reuníamos en casa y tocábamos, y al final incluso llegué a acompañarlos con el saxo. Había que reconocer que Santiago tocaba muy bien la batería, tenía un gran sentido del ritmo, y podía haber tenido un futuro musical profesional.

Pero a lo que se dedicó plenamente fue al estudio del derecho penal que es lo que más le gustaba, y con la ayuda inestimable de los profesores Dr. Octavio Pérez-Vitoria y del Dr. Juan Córdoba Roda (catedrático de Derecho Penal en la facultad de Derecho de Valencia, de formación germánica) –recientemente fallecido– tras licenciarse en 1969 en la UB y obtener el primer premio extraordinario en el examen de grado de licenciatura, se fue en 1970 a la facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, como profesor ayudante de Córdoba, y cuando este obtuvo en enero de 1971 la cátedra de la UB, Santiago regresó con él a Barcelona como profesor ayudante. En ese año y en ese mes, nuestra madre, Teresa, falleció de un avanzado cáncer. Coincidió también en el tiempo que mi padre tuvo que liquidar su empresa, por la crisis del textil.

Eligió la tesis doctoral sobre el tema de la reincidencia en el Código Penal, por su interés dogmático, criminológico y político-criminal fruto del trabajo de varios años de intensa actividad científica en las universidades de Valencia, Barcelona, Friburgo y Múnich, que se leyó en Pamplona el 28 de febrero de 1973 y se publicó en 1974 en Bosch, Casa editorial, S. A. Perfeccionó el alemán en el Goethe Institut en el verano de 1971 y en el de Kochl en 1972. En septiembre de 1972 inició su estancia en el Instituto Max-Plank de Derecho Penal de Friburgo, cuyo director era Hans-Heinrich Jescheck, y del que traduciría en 1981, con adición de notas para el derecho español, el Tratado de aquel, y luego un año en la Universidad de Múnich, cuyo catedrático

tico Profesor Maurach se jubiló en enero de 1973, lo que le permitió entrar en contacto con su sucesor, el profesor Claus Roxin, que tanto le influyó considerándole su verdadero maestro. En 1974 su estancia en Alemania se prolongó para ejercer de asistente en la Universidad de Augsburgo.

Una obra importantísima y germen de su pensamiento posterior tan prolífico es la que publicó en 1976 con el título de *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y Método*, en Bosch (publicada la 2.^a edición en 2002 en BdeF), que no se escribió para ser publicada, como el propio Santiago explica en el prólogo a la misma, sino que constituía una «Memoria» sobre tres extremos básicos de la disciplina: su concepto, su método y sus fuentes, presentada en las Oposiciones a cátedras y agregaduras de universidad, cuyo resumen expuso oralmente en el segundo ejercicio de la primera oposición a agregaduras que realizó, en que se defendía que era preciso mantener el postulado central del positivismo, pero con una actitud crítica, concibiendo la ciencia jurídico-penal en términos realistas, al servicio de las exigencias de aplicación de la ley al caso concreto, criticando una teoría que vivía de ordinario a espaldas de la realidad así como denostando la labor del jurista que hacía el juego –consciente o inconscientemente– al *statu quo*, lo que le valió la exclusión por unanimidad del tribunal correspondiente, presidido por José M.^a Rodríguez Devesa, de dicho segundo ejercicio en 1975, y que por fortuna; sin embargo –aunque tampoco sin dificultades– esta memoria y su presentación oral consiguieron la aprobación, en 1976, del tribunal de la siguiente oposición, a la plaza de catedrático (agregadura) de la Universidad Autónoma de Barcelona, a una edad muy temprana.

En dicho libro, publicado en 1976, ya construía la función de la pena –y la teoría del delito– basándose en la función del estado social y democrático de derecho, propio de la Ley Fundamental Alemana (arts. 20 y 28) y construía los límites al *ius puniendi* de tal Estado, que posteriormente fue diseñado en el artículo 1 de la Constitución Española de 1978. Y en 1979 publicó un pequeño librito, de solo 77 páginas, pero de contenido muy intenso y condensado (a la manera de los pequeños libros que han resultado ser grandes libros, de autores como Rousseau o Beccaria, si se me permite la comparación) titulado: *Función de la Pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, en que basaba ya expresamente su sistema de Derecho penal en el modelo político del estado social y democrático de derecho diseñado en la Constitución Española de 1978.

En la Universidad Autónoma de Barcelona tuvo de alumno a Jesús M.^a Silva Sánchez, a quien, por su gran valía, pronto incorporó entre

sus discípulos, contando entre ellos con los profesores María Teresa Castiñeira, inicialmente discípula de Juan Córdoba, Joan Josep Queralt y Elena Farré.

En 1981, tradujo del alemán junto a Francisco Muñoz Conde, la Parte General del Tratado de Derecho penal de Hans-Heinrich Jescheck, efectuando *Adiciones de Derecho Español*. Ya en los años 1979, 1980 y 1981 organizó tres seminarios hispano-alemanes sobre la Reforma del Derecho Penal, que fueron publicados, el primero de forma unitaria, en la revista argentina «*Doctrina Penal*» y como libro por el Servicio de publicaciones de la UAB y los otros dos, en dos volúmenes por dicho Servicio de la UAB, y que reunieron a muchos penalistas alemanes, como Hans-Heinrich Jescheck, Günter Straternwerth, Claus Roxin, Armin Kaufmann, Winfrid Hassemer, italianos como Alessandro Baratta, argentinos como Roberto Bergalli (fallecido el 4 de mayo de 2020, ¡¡ dos días antes que Santiago!!) y españoles más prestigiosos del momento, como Juan Córdoba Roda (¡fallecido el 21 de noviembre de 2020!), Enrique Gimbernat Ordeig, Francisco Muñoz Conde, José Cerezo Mir, Gonzalo Rodríguez Mourullo, Diego Manuel Luzón Peña, Gonzalo Quintero, Carlos García Valdés, al que siguieron *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, 1982, y *La Despenalización del Aborto*, en 1983, en el que también intervinieron Susana Huerta Tocildo (fallecida el 30 de abril de 2015), Enrique Gimbernat, Antonio Beristain, Luis Arroyo Zapatero, Gerardo Landrove Díaz y Gonzalo Rodríguez Mourullo.

Regresó a la UB, como catedrático en 1982, tras jubilarse el profesor Octavio Pérez Vitoria, y redactó su importante *Manual de Derecho Penal. Parte general*, cuya primera edición se publicó inicialmente en 1984 y que ha sido objeto a lo largo de los años de, al menos, diez ediciones, con numerosos cambios de fondo a medida que evolucionaba su pensamiento penal, y de numerosas reimpressiones.

En 1987, cuando el profesor Queralt se fue temporalmente de letrado del Tribunal Constitucional a Madrid, fui contratado interinamente en la UAB, mientras este profesor estuvo en Madrid, estando en ese momento de catedrático el profesor Juan Bustos. Fue entonces cuando conocí a mi buen amigo Rafael Rebollo –actual catedrático de Derecho Penal de la UAB– y al jovencísimo profesor David-Felip –luego profesor titular de la Universidad Pompeu Fabra (UPF), que se creó en 1990–, haciéndose cargo de la cátedra de Derecho Penal el profesor Jesús Silva Sánchez, que inauguró las clases de Derecho Penal en 1991. Gané entonces un concurso para profesor asociado de dicha universidad, que he ido compatibilizando (desde entonces con sucesivos contratos anuales, primero administrativos y luego labora-

les, autorizados anualmente por el CGPJ, hasta el día de hoy), con mis funciones jurisdiccionales como juez y magistrado (juez de Primera Instancia e Instrucción de Granollers, juez de lo Penal de Barcelona, juez de Instrucción de Barcelona, magistrado de la Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, presidente de la Sección 21 de dicha AP y ahora magistrado de la Sección de Apelación Penal de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña).

En 1994 Santiago publicó el libro: *El Derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho*, que es una reunión de sus anteriores trabajos y artículos de revistas, publicados en España y en el extranjero, particularmente en Alemania, que consta de tres partes, la primera de carácter general, la segunda, sobre la función y límites de la intervención penal, y la tercera, de problemas básicos de la teoría del delito.

Es de destacar también el libro titulado *Estado, pena y delito*, publicado en 2006 por la editorial B de F (Montevideo, Buenos Aires) en la colección «Maestros del Derecho Penal».

También quiero destacar la importancia de la obra colectiva «*Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*», codirigida por él y Mirentxu Corcoy Bidasolo, ed. Tirant lo Blanch/tratados, 2011, de 1261 páginas, en las que junto a Mirentxu redactó los artículos 1 a 12 del CP y junto a Víctor Gómez los arts. 19-31 CP, (y en el que tuve el honor de participar, comentando los arts. 404 a 445 CP), y posteriormente una segunda edición, obra corregida y aumentada colectiva *Comentarios al Código penal. Reforma LO1/2015 y LO 2/2015*, codirigida por Mirentxu Corcoy y Santiago Mir, en la que redactó los mismos artículos que en la edición anterior (en la que también he podido participar). En ambas obras destacan los comentarios breves, concisos y precisos al estilo de los tratados germánicos –que a él tanto le gustaban–, en las que muchos autores participantes tratan temas que habían trabajado en sus respectivas tesis doctorales, de ahí su originalidad e importancia por «*tratar de aunar el rigor dogmático con la máxima cantidad de información útil para el práctico y la mínima extensión en su exposición*», como explica el propio Santiago Mir en el prólogo a la segunda edición.

Son innumerables las publicaciones en revistas y en libros sobre Santiago, que se contienen pormenorizadamente en el libro *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, ed. BdeF, con un perfil biográfico efectuado por su hijo, Oriol, y la intervención de un centenar de profesores españoles y extranjeros, que constituye el *segundo* homenaje que se le efectuó, pues el *primero* tuvo lugar en 2010, en forma de libro titulado, *Derecho penal del*

Estado Social y Democrático de Derecho, libro homenaje a Santiago Mir Puig, director, Diego-Manuel Luzón Peña, ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer, en los que tuve el honor de participar, a raíz del acto de investidura del doctorado *honoris causa* en la preciosa Universidad de Alcalá.

Pero la labor de Santiago Mir no se detiene en el ámbito de la investigación, sino que debo resaltar su profunda vocación por la docencia, la enseñanza tanto a los alumnos como a sus propios discípulos formando una importante escuela, y destacando sus dotes de gran comunicador. Y debe destacarse el Máster de Derecho Penal y Ciencias penales, que ha dirigido hasta su fallecimiento junto a Jesús Silva Sánchez, interviniendo como profesor hasta el último momento, desde su creación hace ya más de treinta años, y con la participación conjunta de profesores de la UB y de la UPF, máster de gran éxito e influencia en toda España y Latinoamérica, que sigue funcionando en la actualidad bajo la dirección de Jesús Silva Sánchez.

Santiago era una persona a la que le gustaba «hablar» y «pensar» en voz alta, a la guisa de los filósofos, siendo muy preciso en el discurso del pensamiento. No puedo dejar de recordar al profesor del instituto Balmes, Dr. Canals, catedrático de Filosofía, quien decía constantemente a sus alumnos: «*les aprobaré si piensan cinco minutos, pero pensar de verdad*». Creo que Santiago le había hecho caso.

Pero también sabía escribir muy bien –supongo que, por la influencia del latín y la gramática, que tanto le gustaban– y siempre me decía que él tenía una capacidad de síntesis muy considerable, y que podría ser un buen publicista. Hacer fácil y en pocas líneas, lo que era difícil y largo en extensión.

Creo que esa capacidad de síntesis que tenía Santiago, solo la puede tener quien tiene la cabeza bien amueblada u ordenada, con las ideas claras. Y es evidente que, para enseñar bien, hay que entender bien lo que se quiere enseñar.

Y ese amor por la docencia y la comunicación, me la ha contagiado en no poca manera, aunque a mí siempre me ha gustado la docencia, desde que, cuando tenía dieciséis y diecisiete años daba clases particulares de latín y griego. Ello me ha permitido dar clases durante más de treinta años en la universidad, llegando a pensar en los últimos tiempos que me gustaba más la docencia que la judicatura, aunque debo reconocer que la judicatura también me gusta mucho.

Recuerdo las palabras de Santiago, que me decía que había que aproximar la doctrina, la dogmática jurídica, a la judicatura, a la práctica, que se daba por satisfecho con que una mínima parte de la buena dogmática conocida pasara a influir en la jurisprudencia. Santiago era

un teórico, pero con los pies puestos en el suelo, consciente de la importancia de la política criminal y de las ideas políticas que subyacían a la misma. También me decía: «*La doctrina sirve, pero solo la buena doctrina*». Y es innegable que la buena doctrina da seguridad jurídica, tan necesaria para los operadores jurídicos, y para los jueces, para evitar decisiones subjetivistas ajenas al derecho objetivo. De ahí todo su afán en construir un sistema penal fundamentado en un estado social y democrático de derecho, siendo contrario a toda deriva autoritaria en la elaboración e interpretación del derecho penal, destacando la importancia de los límites al *ius puniendi* del Estado. Defensor a ultranza de las garantías del derecho penal, precisamente por la asunción de que la «*pena es una amarga necesidad*», como se afirmó por los profesores alemanes que defendieron el Proyecto Alternativo del Código penal alemán de 1962. Y también que la cárcel sigue siendo una necesidad, pero que debe mantenerse su función constitucional de reinserción social, como ofrecimiento que el estado debe siempre proporcionar a quien ha delinquido. Y en ello participaba de la filosofía del gran penitenciarista Carlos García Valdés, que tanto me ha influido en la enseñanza del Derecho penitenciario.

Recuerdo, finalmente, que Santiago me decía: «*La diferencia entre los juristas, es que unos son defensores de los derechos humanos, y otros no*».

Y él era un defensor de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

¡Murió súbitamente estando vivo!

¡Te doy las gracias por lo mucho que me has querido!

Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Luis Gracia Martín
(Zaragoza, 12 de mayo de 1955 - Zaragoza,
16 de octubre de 2020) (1)

M.^a ÁNGELES RUEDA MARTÍN

*Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza*

I

El Profesor Dr. Dr. h. c. mult. Luis Gracia Martín, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Zaragoza desde el 31 de octubre de 1990, mi querido Maestro, falleció el viernes, 16 de octubre de 2020, a la edad de 65 años. Entre otras cualidades personales, en Luis Gracia Martín se combinaban una inteligencia extraordinaria, una impresionante capacidad de trabajo que nos dejaba perplejos a cuantos le conocíamos, una dedicación realmente completa y entusiasta a la investigación científica y una absoluta disposición para formar a sus discípulos y a todos los miembros de su grupo de investigación. Como el propio Luis Gracia Martín ya explicó una buena parte de su biografía personal académica en el obituario de José Cerezo Mir, publicado en 2018 en esta misma revista con el título, «*Relato personal de un reconfortante viaje en la nave de la Ciencia del Derecho penal, en la grata y enriquecedora compañía de mi ejemplar Maestro*», en esta exposición me voy a centrar en describir las líneas generales de su importante legado científico, que nos ofrece obras imprescindibles en el ámbito de la Dogmática jurídico penal y de la Política criminal, en las que analiza

(1) Abreviaturas utilizadas: CP: Código penal; Dir.: Director; RECPC: Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología; UNED: Universidad Nacional de Educación a Distancia; Vol.: volumen; ZIS: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik.

problemas jurídicos complejos y propone soluciones construidas sólidamente con argumentos procedentes de diversas disciplinas científicas. El objeto de estudio central de Luis Gracia Martín es el poder punitivo y el Derecho que lo regula y limita. Sus investigaciones las realiza magistralmente desde el punto de vista de la ciencia del Derecho Penal y la Filosofía del Derecho, la Filosofía Política o la Antropología Cultural (la Escuela de Marvin Harris) para el entendimiento del Derecho en general y del Derecho Penal en particular(2), a partir de un caudaloso conocimiento integral y multidisciplinario, que Luis Gracia Martín poseía gracias a la muy rica y sólida formación intelectual y cultural de que se hallaba dotado, y que utilizaba y aplicaba con muy positivos y provechosos resultados. En efecto, Luis Gracia Martín fue heredero de la excelente formación académica que recibió en el Instituto Goya de la ciudad de Zaragoza y en la Facultad de Derecho de su Universidad durante la década de los años setenta. Él mismo afirmaba que tuvo «la gran suerte de cursar la Licenciatura en Derecho en los momentos álgidos y de mayor esplendor histórico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, de la cual se decía entonces con todo fundamento y razón que era, si no la mejor, sin duda sí una de las mejores del país»(3). Por escrito manifestó su admiración y agradecimiento por haberle forjado un sistema de pensamiento jurídico a su Maestro José Cerezo Mir, catedrático de Derecho Penal, que introdujo en España el sistema finalista del delito tras formarse en Alemania con Hans Welzel, y a Juan José Gil Cremades y José Luis Murga Gener, catedráticos de Filosofía del Derecho y de Derecho Romano, respectivamente. Asimismo, reconoció la influencia decisiva en sus investigaciones de Hans Welzel, Armin Kaufmann y también de Samuel Pufendorf, «que nos proporcionó las claves de acceso al Derecho y, a su través, para la lucha por la liberación de la coacción y del terror»(4).

Por su magnífica y fructífera carrera científica recibió múltiples reconocimientos y condecoraciones nacionales y extranjeros, así como numerosos *doctorados honoris causa* de varias Universidades. Por un

(2) Véase la interesante obra de HARRIS, M., *El desarrollo de la teoría antropológica. Historia de las teorías de la cultura*, Editorial siglo XXI, México, España, 1979.

(3) Véase GRACIA MARTÍN, L., «Necrológica: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. José Cerezo Mir (Madrid, 17 de abril de 1932-Zaragoza, 19 de julio de 2017). Relato personal de un reconfortante viaje en la nave de la Ciencia del Derecho penal, en la grata y enriquecedora compañía de mi ejemplar Maestro», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Vol. LXXI, 2018, p. 9.

(4) Véase GRACIA MARTÍN, L., *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 7.

lado, obtuvo seis sexenios de investigación avalados por la Comisión Nacional de Evaluación de la Actividad Investigadora. Por otro lado, se le otorgaron las siguientes distinciones y premios honoríficos: 1) *Doctor honoris causa* por las Universidades José Carlos Mariátegui de Moquegua (Perú), Nacional de San Agustín de Arequipa (Perú), Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco (Perú), y la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Perú). 2) Profesor honorario de las universidades de San Martín de Porres de Lima (Perú), Católica de Santa María de Arequipa (Perú), Nacional de San Agustín de Arequipa (Perú), Andina del Cuzco (Perú), Inca Garcilaso de la Vega de Lima (Perú), Nacional de Piura (Perú) y Nacional de Tumbes (Perú). 3) Huésped ilustre de la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo (Perú). 4) Condecorado con las medallas «José León Barandiarán» por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima (Perú) y «Jorge Zavala Baquerizo» por la Federación Nacional de Abogados del Ecuador, junto con la venera «Raúl Carranza y Trujillo» por la Universidad Nacional Autónoma de México. 5) Miembro honorario de los Ilustres Colegios de Abogados de Moquegua (Perú), de Loreto (Iquitos-Perú), de Lima (Perú), y de la Federación Nacional de Abogados del Ecuador. 6) Miembro de honor de la Academia boliviana de Derecho Penal económico y de la empresa. 7) Visitante Ilustre de la ciudad de Moquegua (Perú). 8) Académico de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid. 9) VII Premio Nacional de Investigación de la Asociación Española de Asesores Fiscales en 1989. 10) Premio Nacional de investigación de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid en 1986. 11) Premio Extraordinario de Doctorado de la Universidad de Zaragoza en 1985.

II

Resulta difícil sintetizar las características más destacadas de la obra científica de Luis Gracia Martín, aunque realizando una abstracción pueden considerarse dos. En primer lugar, profundizó en el dogma epistemológico de la doctrina y de la Filosofía del finalismo en el marco de la teoría general del delito, de acuerdo con el modelo welfeniano puro que le transmitió su excelso Maestro José Cerezo Mir, y lo enriqueció considerablemente con sus conocimientos de la Filosofía Política, hasta el punto de demostrar su viabilidad en la actualidad en palabras de Bernd Schünemann⁽⁵⁾. Bernardo Feijoo Sánchez en el

(5) Véase SCHÜNEMANN, B., “Der Kampf ums Strafrecht, um dessen Wissenschaft, und seine jüngste Zuspitzung im ‘Doktorgate’. Überlegungen anlässlich

año 2014 señaló también que la antigua cátedra de Zaragoza de José Cerezo Mir, ocupada por Luis Gracia Martín, se convirtió «en un centro universitario de primer nivel para la defensa del pensamiento de Welzel»(6), y Luis Greco ha subrayado que Luis Gracia Martín ha sido el representante más importante de la herencia de Hans Welzel fuera de Alemania(7). Fue precisamente José Cerezo Mir quien adscribió las posiciones de Luis Gracia Martín a la corriente «welzeniana ortodoxa» (8). Podemos afirmar que la obra de mi Maestro Luis Gracia Martín constituye un gran exponente de la admirable inteligencia dogmática de los finalistas y muestra un perfecto edificio coherente y ordenado(9).

Las opiniones de Luis Gracia Martín «escoradas a la ortodoxia welzeliana» se manifiestan ya muy tempranamente en su tesis doctoral(10), defendida el 14 de diciembre de 1984 y publicada en dos monografías: *El actuar en lugar de otro, I, Teoría General*, Ed. Prentas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985; y *El actuar en lugar de otro, II, Estudio específico del art. 15 Bis del Código penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, Ed. Prentas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1986. El Tribunal a cuya consideración y juicio se sometió el trabajo le otorgó por unanimidad la máxima calificación de sobresaliente *cum laude*, y estuvo integrado como presidente por el Prof. Dr. D. José Cerezo Mir, como Vocales los Profs. Dres. D. Ángel Torío López, D. Enrique Gimbernat Ordeig y D. Miguel Bajo Fernández, y como secretario el Prof. Dr. D. Carlos María Romeo Casabona. Asimismo, en 1985 obtuvo el Premio Extraordinario de Doctorado de

des Rezensionen von Kuhlen, ZIS 2020, 327”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* –www.zis-online.com–, n.º 10/2020, p. 487.

(6) Véase FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La influencia de Welzel en la dogmática penal de lengua española», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Vol. LXVII, 2014, p. 94 nota 5.

(7) Véase GRECO, L., «Von Wetterzeichen und KristallkugelnAnmerkungen zur (nicht nur geistigen) Situation der deutschen (Straf-)Rechtswissenschaft anlässlich einer Rezension», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* –www.zis-online.com–, n.º 10/2020, p. 467.

(8) Véase CEREZO MIR, J., Prólogo a *Fundamentos de la Dogmática penal y de la Política criminal. (Ontologismo y normativismo)*, Cepolcrim, Editorial Jus Poenale, México DF, 2002 p. XV.

(9) Estas palabras proceden del juicio general que emitió Jesús Silva Sánchez sobre las construcciones finalistas en el acto de defensa de mi tesis doctoral, de las que se hizo eco Luis Gracia Martín en el Prólogo que escribió a mi libro *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, pp. 8-9.

(10) Véase GRACIA MARTÍN, L., «Necrológica: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. José Cerezo Mir», p. 22.

la Universidad de Zaragoza. En esta primera investigación, Luis Gracia Martín formuló el criterio del dominio social típico que explica la limitación de la autoría a un determinado grupo de sujetos en un amplio grupo de delitos especiales. A su juicio, el fundamento material de los elementos de la autoría en estos delitos especiales radica en el ejercicio de una función *específica* determinante de la constitución de una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados de un modo esencial u ocasional en el ejercicio de aquella función. A esta relación la denominó *relación de dominio social* y a la parte de dicha relación relevante para los tipos de lo injusto del Derecho penal, la nombró «relación de dominio social *típica*», de modo que los delitos especiales son *delitos de dominio social*(11). Autor de tales delitos solo puede serlo aquel sujeto que ejerce el dominio social típico. El dominio social penalmente relevante se caracteriza y, a la vez, se concreta: a) porque el bien jurídico solo es accesible de un modo especialmente relevante desde el interior de una determinada estructura social e institucional de carácter cerrado (estructuras de dominio social) en la que aquel debe desarrollar y cumplir una función social específica(12); b) porque dentro de dichas estructuras se desempeña una función específica cuyo ejercicio precisa involucrar de un modo esencial y permanente, o bien solo de un modo ocasional al bien jurídico (función de dominio social)(13); y c) porque solo la competencia para el ejercicio de la función y únicamente en el ejercicio de esta es posible la realización de cierta clase de acciones (acciones de dominio social). Las acciones de dominio social son características y, por eso, típicas del ejercicio de funciones que desempeñan exclusivamente determinados sujetos en ámbitos específicos de dominio, o aun no siendo inherentes al ejercicio de las funciones que se desarrollan en tales ámbitos; sin embargo, se cargan de una intensidad y de un significado específicos y relevantes cuando se llevan a cabo precisamente en relación y con motivo del ejercicio de una función social o institucional(14).

Desde el punto de vista de Luis Gracia Martín, la relación de dominio social constituye, además, el fundamento material general de las posiciones de garante y la fuente material del deber de actuar de los delitos especiales de dominio social, por lo que son, a la vez, *deli-*

(11) Véase GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal, I, Teoría general*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985, pp. 354 y ss.

(12) Véase GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, pp. 361 y ss.

(13) Véase GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, pp. 364 y ss.

(14) Véase GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, pp. 368 y ss.

tos especiales de garante(15). El ejercicio del dominio social típico y la asunción de la posición de garante típica fundamentada en ese dominio constituyen, en consecuencia, los elementos que fundamentan la limitación de la autoría de los delitos especiales a determinadas clases de sujetos, y posibilitan la actualización del dominio del hecho en cualquier momento posterior a su asunción y mientras se conserva y ostenta, y explican que la autoría en semejantes delitos esté restringida solo a los sujetos que lo ostentan y ejercen. Asimismo, para resolver específicamente la problemática de las actuaciones en lugar de otro (reguladas actualmente en el art. 31 CP vigente) argumenta que el acceso al dominio social típico por un sujeto no cualificado y la asunción de la posición de garante en él fundamentada, constituyen el criterio material de *identidad* de las actuaciones en lugar de otro determinantes de una integración de los delitos especiales (de dominio social y de garante) mediante la inclusión en el círculo de la autoría de sujetos que, sin que importe cuál sea su propio *status* personal, han entrado en la misma e idéntica relación material con el bien jurídico que la que se predica del sujeto formalmente descrito en el tipo(16). En el momento de su fallecimiento, Luis Gracia Martín se encontraba trabajando en la segunda edición revisada de su tesis doctoral que, lamentablemente, no había concluido. Según me transmitió en varias conversaciones quería desarrollar más ampliamente diversas cuestiones, entre las cuales me destacó la conclusión de que los delitos especiales de dominio social son, a la vez, delitos especiales de garante.

El rendimiento del extraordinario criterio del «dominio social típico» se aprecia también en los delitos en comisión por omisión, en los que Luis Gracia Martín se inscribe en la doctrina que rechaza la relevancia de la posición de garante como elemento constitutivo del tipo de lo injusto. A su juicio, las posiciones de garante definidas por la doctrina según determinadas fuentes formales, como la ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia), o según una relación

(15) Véase GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, pp. 372 y ss. y 408 y ss.

(16) Véase GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal, I*, pp. 380 y ss. y 394 y ss. En mi obra titulada *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal*, Comares, Granada, 2010, pp. 83 y ss., he concluido que este criterio constituye también el punto de partida de la solución al problema de la participación de extraños en delitos especiales.

Luis Gracia Martín en su brillante trabajo *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Bosch, Barcelona, 1986, descubre y analiza en profundidad las repercusiones de la ampliación del tipo de los delitos especiales de dominio social o de los tipos con tendencias subjetivas egoístas, que supone la figura del actuar de otro, en los restantes elementos del delito e incluso en las consecuencias jurídicas del mismo.

material permanente de un sujeto con un bien jurídico o con campos de peligro en virtud de las funciones que aquel desempeñe, muestran una «caótica maraña de construcciones del delito impropio de omisión»(17), y no nos proporcionan información sobre el momento en el que surge un deber «personalísimo» y concreto de actuar de una determinada manera(18), porque todas estas posiciones de garante se configuran con carácter previo y anterior a la situación concreta en la que surge dicho deber de actuar(19). En opinión de Luis Gracia Martín para determinar la autoría en los delitos de comisión por omisión es necesario establecer el momento en el que surge un deber «personalísimo» de actuar, de modo que si se omite dicho deber concurre el mismo e idéntico contenido de injusto específico acotado por el tipo que en la acción correspondiente(20), y se podrá imputar una responsabilidad penal en un delito de resultado en comisión por omisión(21). Para que un hecho sea constitutivo de una comisión por omisión típica, subsumible directamente en el tipo –por tanto, como autor–, es preciso que concurren dos elementos. En primer lugar, el fundamento de la punibilidad por omisión debe ser –lo mismo que respecto de la acción– la «producción del resultado». El autor por omisión responde por la *producción* del resultado, no por su *no evitación*, pues este es un hecho que en cualquier caso no puede subsumirse en el tipo porque tiene un contenido de lo injusto específico distinto al de las acciones de los tipos de la Parte Especial mediante las que se *produce* el resultado, y, por consiguiente, distinto al de las omisiones a las que también ha de poder imputar la *producción* del resultado(22). Para Luis Gracia Martín, el criterio decisivo de identidad entre la omisión y la correspondiente acción desde el punto de vista del tipo de lo injusto es el de

(17) Véase GRACIA MARTÍN, L., Prólogo a la edición española de la obra de Schünemann, B., *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 25-26.

(18) Véase GRACIA MARTÍN, L., «Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, (Universidad Nacional de Educación a Distancia), 2001, pp. 435 y ss., 441 y ss.

(19) Véase GRACIA MARTÍN, L., «Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», pp. 468 y ss.

(20) Véase GRACIA MARTÍN, L., «Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», p. 426; el mismo, «La comisión por omisión en el Derecho penal español», *La Comisión por omisión*, GIMBERNAT ORDEIG (Dir.), Madrid, (Cuadernos de Derecho Judicial), 1994, pp. 73 y ss.

(21) Véase GRACIA MARTÍN, L., «Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», pp. 468 y ss.

(22) Véase GRACIA MARTÍN, L., «Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», p. 452, nota 177.

la relación de dominio social entendido como el conjunto de condiciones acotadas por dicho tipo de lo injusto, que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o a una clase de sujetos y que son determinantes de la posibilidad de actualización del dominio finalista del hecho típico(23).

En consecuencia, este juicio de identidad entre la acción y la correspondiente omisión que solo puede establecerse en la esfera normativa de la tipicidad necesita encontrar una estructura lógico-objetiva de la cual se deduce: el dominio finalista del hecho. La relación de dominio social presupone que el bien jurídico está ya involucrado en el ejercicio de una determinada función social o institucional que desempeña el autor, que tanto la situación como el conjunto de factores causales favorables a la producción de la lesión del bien jurídico están ya previamente dados y a disposición del autor antes de que este se decida por la lesión del bien jurídico. Pero para que el sujeto pueda tomar una decisión sobre la lesión típica del bien jurídico, será imprescindible que realice un acto personal de asunción del dominio sobre esa situación organizada en dirección a la lesión del bien jurídico(24). Es decir, es imprescindible que el omitente sea un sujeto que de un modo totalmente *voluntario y libre* haya incorporado el proceso causal que se desarrolla en dirección a la producción del resultado a su esfera de dominio social, y que este dominio se *actualice* luego específicamente en la situación concreta en que el sujeto omite realizar una acción determinada de neutralización de la causa *determinante* del resultado. En tales supuestos podremos subsumir la omisión directamente en el tipo correspondiente de la Parte Especial del Código penal –por tanto, como autor–(25). A este acto personal de asunción voluntaria y libre del dominio sobre la incorporación del proceso causal que se desarrolla en dirección a la producción del resultado, lo denomina Luis Gracia Martín la posición de garante específica(26) o posición de comisión por omisión(27) y el dominio finalista del hecho

(23) Véase GRACIA MARTÍN, L., «La comisión por omisión en el Derecho penal español», pp. 83 y ss.; el mismo, «Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», pp. 411 y ss.

(24) Véase GRACIA MARTÍN, L., «La comisión por omisión en el Derecho penal español», pp. 85 y 86.

(25) Véase GRACIA MARTÍN, L., «Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», pp. 411 y 412.

(26) Véase GRACIA MARTÍN, L., «La comisión por omisión en el Derecho penal español», pp. 83 y ss.; el mismo, «Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», pp. 411 y ss.

(27) Véase GRACIA MARTÍN, L., «Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», p. 479, nota 264.

desempeña un papel esencial en la misma. Con la concepción de Luis Gracia Martín no se designan únicamente determinadas relaciones de dominio, sino que se ofrece el fundamento en virtud del cual alguien queda obligado y sujeto a responsabilidad penal si no actúa en una determinada situación: el deber «personalísimo» de acción penal surge porque unos determinados sujetos tienen un *dominio*, un *poder de disposición* sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y como han accedido de tal forma al bien jurídico, quedan obligados por la norma a actuar de una determinada manera o a abstenerse de actuar(28).

La profundización de Luis Gracia Martín en el dogma epistemológico de la doctrina y de la filosofía del finalismo en el marco de la teoría general del delito de acuerdo con el modelo welzeniano puro, se evidencia asimismo en dos obras muy importantes tituladas *Fundamentos de Dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2006(29), que constituyó el Proyecto docente –y a la vez de investigación– en Derecho Penal, con el que obtuvo una plaza de catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza el 30 de octubre de 1990; y «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», RECPC 06-07 (2004). En dichas obras se resalta un punto de partida metodológico fundamental –y sumamente discutido también– en el finalismo: la fuerza vinculante de las estructuras lógico objetivas para la regulación jurídica, apreciable en todas las investigaciones de Luis Gracia Martín que defendió y expresó de una forma muy clara: «el sustrato de la persona pertenece a la esfera ontológica y tiene como componentes ónticos la capacidad de actuar de modo final, esto es, de dirigir su actividad de modo consciente a una meta, y la capacidad de comprometerse y, por ello, de obligarse ético-socialmente, esto es, con conciencia de que le es posible cumplir las obligaciones que ha contraído. La estructura final de la acción humana y la capacidad de autodeterminación conforme al sentido y al valor son, por lo tanto, estructuras lógico-objetivas, o sea reales o fenoménicas de la condición de persona. El Derecho tiene que atenerse a ellas y respetarlas de modo necesario si es que quiere imponerse

(28) En el ámbito de la participación por omisión he desarrollado los presupuestos establecidos por mi Maestro para la autoría por omisión en mi trabajo, *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Atelier, Barcelona, 2013.

(29) Muchas de las ideas y concepciones desarrolladas en este proyecto docente y de investigación de Luis Gracia Martín han sido tenidas en cuenta en numerosos y valiosos trabajos científicos de destacados miembros de la «Escuela» de José Cerezo Mir.

en tanto que Derecho y no como mera fuerza. Ahora bien, según la concepción de Welzel, la vinculación del legislador a estas estructuras lógico-objetivas, y la función limitativa de las mismas, es solo *relativa*. El legislador se encuentra vinculado a ellas únicamente en la medida en que quiera establecer una regulación de determinada clase, por ejemplo, una regulación de conductas humanas en vez de otra de relaciones de adjudicación o de distribución de cosas, y por otro lado, esa vinculación es solo de carácter lógico en el sentido de que la regulación debe ser adecuada objetivamente (*sachgemäß*), es decir, conforme con la materia de la regulación»(30).

En la primera obra citada –*Fundamentos de Dogmática penal*–, Luis Gracia Martín desarrolla las siguientes tesis originales. Por una parte, en su exposición del sistema funcional y dinámico de los bienes jurídicos planteada por Welzel, introduce la idea económica de la escasez de los bienes jurídicos, que tiene una gran trascendencia para la elaboración e interpretación de los tipos de lo injusto(31). En este marco la adecuación social del uso de los bienes jurídicos se muestra como una causa de exclusión del desvalor penal del resultado, en el sentido de que no hay lesiones de bienes jurídicos penalmente relevantes porque debido a la funcionalidad y dinamicidad del sistema de los bienes jurídicos, cuando estemos ante una actividad reconocida y valorada socialmente cuyo ejercicio implica el uso de un bien jurídico, la afección de este no puede constituir un desvalor penal del resultado por ser absolutamente necesaria y consustancial al ejercicio de la actividad que por orientarse a la producción de una utilidad social, es socialmente adecuada. Como criterio hermenéutico normativo la adecuación social sirve para determinar cuál es el sentido social de la acción desde la perspectiva de la valoración del resultado, que tiene asimismo sus efectos en el ámbito de valoración de la acción.

(30) Véase GRACIA MARTÍN, L., «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», *RECPC* 06-07, 2004, p. 5.

(31) Como reconoció Luis Gracia Martín, las bases de esta propuesta han sido «desarrolladas y enriquecidas» por sus discípulas M.^a ÁNGELES RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, pp. 247 y ss. y BELÉN MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta: estudio del art. 295 del Código penal español y propuesta de «lege ferenda»*, Comares, Granada, 2005, pp. 76 y ss., «esta última precisamente en el ámbito de las relaciones sistemáticas funcionales entre bienes jurídicos colectivos e individuales». Véase GRACIA MARTÍN, L., «La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (*Social y Democrático*)», *Revista de Derecho Penal y Criminología UNED*, 3.^a época, n.º 3, 2010, p. 55 nota 148; y “Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho Penal económico”, *InDret penal* 3/2016, pp. 17 nota 78 y 31 nota 143.

Una acción socialmente adecuada no se puede determinar sin atender primeramente a la afección del bien jurídico implícita en la ejecución de una función socialmente valorada y comprendida por la voluntad de realización del sujeto que actúa(32).

Por otra parte, en relación con el fundamento y fines de la pena Luis Gracia Martín argumenta que las teorías de la prevención general desembocan en una teoría absoluta de la pena, «en el sentido de que a la realización de un hecho injusto deberá seguir en todo caso, esto es, sin excepciones la aplicación de la pena. Por ello, carece de todo fundamento la objeción que hacen los defensores de la prevención general a la idea de la retribución en el sentido de que sea esta la que esté abocada a una teoría absoluta de la pena, pues la idea de la retribución, (...), sí es susceptible de relativización mediante criterios de no necesidad de aplicación de la pena en el caso concreto»(33). Por el contrario, la idea de la retribución sí concede a la pena un carácter «relativo». «Retribución significa ante todo *proporcionalidad*. La aplicación de la pena retributiva supone la reafirmación del orden social menoscabado por el delito, pero la reafirmación no puede ser entendida como compensación del mal moral causado por aquel, pues tal compensación no es posible y además sería irracional sustituir a aquel mal por la irrogación de otro al delincuente... La pena retributiva, por otro lado, sirve sin duda a los fines de prevención general, que ha de ser entendida como ejemplaridad ético-social, mientras que la intimidación tiene que ser entendida como un posible efecto secundario implícito al mal mismo de la pena en cuanto tal, y no como un fin que la pena haya de perseguir de modo principal. La pena retributiva; sin embargo, solo debe poder ser aplicada en la medida en que sea *necesaria* para evitar la comisión de delitos en el futuro. Por ello, ha de ser posible dejar de aplicar la pena o no aplicarla en su totalidad cuando ello no sea necesario desde el punto de vista de los fines de ejemplaridad y de corrección o enmienda del delincuente. La pena retributiva tiene que perseguir hasta donde sea posible los fines de la prevención especial»(34). Por último, en su concepto de la culpabilidad Luis Gracia Martín recurre con frecuencia a las raíces éticas de la misma, porque resultan imprescindibles para fundamentar la culpabilidad jurídica de un modo plausible a partir de las exigencias del

(32) Véase un desarrollo de esta concepción en el estudio de la adecuación social que presenté en mi tesis doctoral –RUEDA MARTÍN, M.ª A., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, pp. 219 y ss.– partiendo de los presupuestos establecidos por mi Maestro Luis Gracia Martín.

(33) Véase GRACIA MARTÍN, L., *Fundamentos de dogmática penal*, p. 175.

(34) Véase GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, pp. 194 y 195.

contrato social. De este modo «... la culpabilidad tiene su fundamento en la infracción de una norma ético-individual de autodeterminación de acuerdo con el orden ético social vigente. La garantía máxima para la vigencia del orden social radica en que los individuos se formen normas ético-individuales de autodeterminación conforme a las normas ético-sociales. No obstante, el Derecho no puede imponer por la fuerza la formación de tales normas ético-individuales. Únicamente puede pretender que el individuo llegue a fijarse tales normas por la razón de que reconozca el contenido valioso de las normas ético-sociales... Por todo esto, el fundamento material de la culpabilidad radica en el poder individual de obrar de otro modo»(35).

En la segunda obra mencionada –*El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito*–, Luis Gracia Martín expone de manera rigurosa el alcance de la exigencia de vinculación del Derecho a las estructuras lógico-objetivas de la materia de la regulación. Argumenta que, frente a lo que habitualmente se afirma por los detractores del finalismo, son precisamente la función y los fines del Derecho penal los que imponen aquella vinculación como necesaria desde el momento en que el respeto de las estructuras lógico-objetivas constituye nada menos que la condición de la posibilidad de realización de la función y de los fines del Derecho penal, con numerosas referencias a las teorías de Bernd Schünemann y de Eugenio Raúl Zaffaroni sobre la construcción jurídica de conceptos. Precisamente de la vinculación del legislador a la estructura ontológica de la acción final humana, –que constituye una unidad final –causal de sentido–, en la configuración de los tipos de lo injusto dedujo Luis Gracia Martín una crítica demoledora contra la doctrina de la imputación objetiva. Por una parte, la cuestión de la creación de un peligro penalmente relevante no puede resolverse de modo independiente en el tipo objetivo, pues es absolutamente dependiente de la voluntad de realización del autor, y, por lo tanto, del dolo. Si una acción es peligrosa y en qué medida lo es no puede determinarse si la valoración se proyecta exclusivamente al lado objetivo o externo del acto, pues para fundar un juicio correcto de peligrosidad es preciso tener en cuenta no solo los conocimientos del autor sobre las circunstancias del hecho, sino también la dirección de la voluntad de la acción(36). Por otra parte, Luis Gracia Martín recordó que en el finalismo la finalidad es la voluntad de realización de cualquier acción, mientras que el dolo es la finalidad o voluntad de realización de un

(35) Véase GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 330.

(36) Véase GRACIA MARTÍN, L., «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», p. 14.

tipo delictivo(37). El tipo objetivo y el subjetivo no constituyen niveles de enjuiciamiento independientes, sino que operan en una relación sintética que expresa la valoración unitaria de lo injusto de la totalidad de la acción. El tipo subjetivo es uno lógicamente anterior al objetivo, pues este es el objeto de aquel. Por ello, si no se da el tipo subjetivo, porque la voluntad del autor no era una dirigida a la realización del tipo objetivo, entonces todo lo que haya ocurrido en el mundo exterior no podrá ser valorado ya como realización del tipo objetivo doloso, pues se tratará de un mero acontecimiento que no podrá ser configurado como un desvalor de resultado (Erfolgsunwert), sino a lo sumo –y para el caso de que el acontecimiento sea uno jurídicamente relevante– como un simple desvalor de situación (Sachverhaltsunwert) jurídico penalmente irrelevante. Para el finalismo, donde no hay dolo es imposible que lo que se realice en el mundo exterior pueda ser desvalorado como realización del tipo objetivo del delito doloso(38).

Luis Gracia Martín también cultivó la vertiente política de la doctrina y de la Filosofía del finalismo, a la que consideraba una «Filosofía general sobre el hombre, la sociedad y el Estado, esto es, una Filosofía ética, social, política y jurídica, y así también una Filosofía del conocimiento»(39). En sus estudios concluye que en el finalismo no tiene cabida ningún Derecho penal del enemigo, porque «el ente fundamental que delimita, y además configura de un determinado modo el horizonte del finalismo es el hombre contemplado como persona responsable; de aquí se deduce ya por sí mismo todo lo demás, por supuesto también la obligada pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos. Por el contrario, la negación de la personalidad a determinados hombres es lo que constituye el paradigma del actual discurso sistémico del Derecho penal del enemigo, si bien hay que advertir que este utiliza un concepto de persona completamente diferente»(40). A juicio de Luis Gracia Martín, «solamente el programa y los métodos filosóficos, ético-políticos, y ético-jurídicos esbozados ya en sus aspectos y contenidos fundamentales en la insuperable obra de Welzel, a quien no dudo en calificar como el más grande entre todos los penalistas de todos los

(37) Véase GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 15.

(38) Véase GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 16. Véanse también los desarrollos de estas tesis que efectuó en *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, pp. 193 y ss., 338 y ss.

(39) Véase GRACIA MARTÍN, L., *El horizonte del finalismo y el «derecho penal del enemigo»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 16.

(40) Véase GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, p. 19.

tiempos, merecen ser reconocidos como los instrumentos, de entre los conocidos hasta la fecha, más adecuados para la construcción y para el funcionamiento práctico de un Derecho penal racional conforme a las exigencias del ser individual y social del hombre»(41).

La defensa de una Dogmática penal coherente con sus fundamentos le proporcionó a Luis Gracia Martín inteligentes argumentos para analizar problemas jurídicos complejos y proponer soluciones construidas sólidamente. Un buen ejemplo de ello lo tenemos cuando Luis Gracia Martín, en la obra junto a José Luis Díez Ripollés, *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, propuso una sugerente fundamentación concursal que ha pasado prácticamente desapercibida en nuestra doctrina, para resolver el tratamiento de la participación de extraños en delitos especiales, aunque yo misma subrayé su validez en relación con el vigente artículo 65.3 del Código Penal. La fundamentación concursal expuesta por mi Maestro tiene los siguientes presupuestos. En primer lugar, el concurso ideal de delitos o de hechos punibles en general es una entidad superior y diferenciada de los delitos individuales que la integran y posee elementos propios, de modo que dejando a estos intactos en su estructura, es posible intervenir en el propio tipo objetivo y subjetivo del concurso mediante la aplicación de aquellas circunstancias modificativas de la responsabilidad que concurran, es decir, cuando el sujeto conozca aquellos datos situacionales que permiten apreciar conjuntamente dos o más delitos(42). Luis Gracia Martín se adhirió a la opinión de Santiago Mir Puig conforme a la cual por encima de los delitos individuales que componen el complejo del concurso ideal, existe un «tipo subjetivo» específico y privativo del propio complejo concursal. Con estas premisas asentadas, planteó la construcción de un concurso ideal entre un tipo privilegiado y uno agravado de otro básico o fundamental, en el que la consecuencia jurídica reflejara que el elemento de signo *favorable* incide sobre el elemento de signo *desfavorable* en el marco penal correspondiente en un sentido compensatorio, reduciéndolo(43). Uno de los ejemplos utilizados por

(41) Véase GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 218 y ss.

(42) Véase GRACIA MARTÍN, L., *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 165

(43) Véase GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, pp. 145-146, 165-166.

ESTRELLA ESCUCHURI AISA, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004, siguiendo los planteamientos de su Maestro, Luis Gracia Martín, formuló un conjunto de bases críticas fundamentales para desarrollar un auténtico sistema de la teoría del concurso, informado por princi-

Gracia Martín para explicar esta conclusión se centraba en el complejo concursal (ideal) entre la participación en un homicidio y la participación de un extraño en un parricidio, sobre el cual aplicaba la circunstancia atenuante analógica de no parentesco en relación con el anterior Código Penal. La aplicación del concurso ideal en estos supuestos de participación de extraños en un delito especial impropio y en el correspondiente delito común paralelo, se basa en la idea correcta según la cual el tipo que recoge el elemento desfavorable no era capaz de captar exhaustivamente lo injusto y la culpabilidad del hecho, al no aprehender el elemento de signo favorable. Este tipo de concursos no se podía resolver por la aplicación del artículo 71 del anterior Código Penal, porque este precepto preveía solo la consecuencia jurídica para el concurso ideal de delitos entre elementos típicos del mismo signo desfavorable para el autor: la pena del delito más grave en su mitad superior. A juicio de Luis Gracia Martín, era necesario contemplar expresamente de *lege lata* la consecuencia jurídica para un concurso ideal entre tipos que contengan elementos de responsabilidad de signo contrario(44). Precisamente, el mencionado artículo 65.3 del vigente Código Penal ha resuelto el concurso ideal planteado entre dos elementos de signo contrapuesto: un elemento de signo desfavorable que se valora a través de la aplicación de la participación del *extraneus* en el correspondiente delito especial, y un elemento de signo favorable que permite atenuar la responsabilidad centrado en que en el partícipe *extraneus* no concurren las condiciones, cualidades y relaciones exigidas en el tipo objetivo para ser autor(45).

Otro ejemplo muy ilustrativo de la importancia de defender los postulados de una Dogmática penal coherente con sus fundamentos, lo encontramos en la posición de auténtica sublevación que adoptó Luis Gracia Martín contra el reconocimiento de la responsabilidad penal a las personas jurídicas en el art. 31 bis de nuestro Código penal a partir de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio. En efecto, Luis Gracia Martín y con toda la razón, combatió de una manera convincente –y pasional– el «extraviado y disparatado constructo de una conceptualmente inconcebible e imposible –y por esto,

prios con capacidad para diferenciar las diversas tipologías concursales, a cada una de las cuales les correspondería una consecuencia jurídica adecuada y proporcionada.

(44) Véase GRACIA MARTÍN, L., *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales*, pp. 145 y 146.

(45) Véase RUEDA MARTÍN, M.ª A., *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal*, pp. 119 y ss., donde fundamenté la validez de la fundamentación concursal planteada por mi Maestro Luis Gracia Martín.

solo nominalmente denominada— responsabilidad— penal de las personas jurídicas» en el precepto indicado de nuestro Código penal(46). Criticó de una manera contundente la doctrina que pretende fundamentar una responsabilidad de la persona jurídica no solo en el derecho penal sino también en el sancionador administrativo. Luis Gracia Martín estima que la configuración de un supuesto de hecho de responsabilidad penal o de tipo sancionador de la persona jurídica solo puede resultar de un proceso de construcción arbitraria de conceptos en que se ignoran o desprecian no solo los conocimientos y los saberes de la teoría general del Derecho y de las Dogmáticas del Derecho civil y del Derecho público, sino también las reglas y los criterios de la taxonomía y de la nomenclatura jurídicas y, con esto, las reglas de la lógica formal y material. A su juicio, una construcción jurídica de conceptos que respete el patrimonio indisponible de conocimientos jurídicos y las reglas de la lógica y del lenguaje conforme a la razón, solo puede llevar a la conclusión de que toda responsabilidad que pueda ser imputada a la persona jurídica, únicamente puede tener lugar en los campos del Derecho civil y del Derecho administrativo no sancionador en sentido estricto, esto es, en el Derecho de policía particularmente. Ninguna otra conclusión puede derivarse de la elemental diferencia conceptual entre «culpabilidad» y «responsabilidad», la cual es completamente ignorada o pasada por alto por la doctrina de la responsabilidad penal y sancionadora de la persona jurídica que, por esto mismo, opera de modo completamente arbitrario, es decir, sin atenerse a ninguna regla válida del método de construcción de conceptos jurídicos(47).

Todos los contenidos dogmáticos de las categorías generales del delito con base en los presupuestos epistemológicos del finalismo se reflejan también en los rigurosos y exhaustivos estudios que realiza Luis Gracia Martín en relación con múltiples figuras delictivas de la Parte Especial del Derecho penal, de modo que «no es posible delimitar el contenido de ninguna figura delictiva individual al margen de las categorías y principios jurídico-penales. La

(46) Véase GRACIA MARTÍN, L., «La inexistente responsabilidad “penal” de las personas jurídicas», disponible en el enlace <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/Ponencia.-Luis-Gracia.pdf>, pp. 1 y 2, que recoge el texto ampliado de la ponencia que impartió en el I Congreso Internacional de la FICP sobre Retos actuales de la teoría del delito, en la Universidad de Barcelona, los días 29 y 30 de mayo de 2015.

(47) Véase GRACIA MARTÍN, L., «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *RECPC* 18-05 (2016), *passim*; el mismo, «La serie “infracción-culpabilidad-sanción” desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto a priori del derecho», *RECPC* 18-18 (2016), *passim*.

Parte General y la Parte Especial del Derecho penal configuran una *unidad* en que ambas se relacionan dialécticamente»(48).

III

La segunda característica más destacada de la obra científica de Luis Gracia Martín es la fundamentación de la necesidad de modernización y expansión del Derecho penal, particularmente a favor de legitimar el Derecho penal económico. Esta tarea la ha desarrollado de tal modo que sus propuestas han servido de modelo no solo para la Ciencia del Derecho penal española, sino también para la alemana. Luis Gracia Martín expuso convincentes argumentos contra «el discurso de resistencia» a dicha modernización y expansión desde la filosofía griega hasta el presente con el centro de gravedad en Locke, Rousseau, Kant y sobre todo Foucault, como ha reconocido el Profesor Dr. Bernd Schünemann(49). Planteó un «criticismo dogmático filosófico» de un modo completamente novedoso para la ciencia jurídica con la pretensión de configurar el sistema del Derecho penal como un instrumento político al servicio de la realización de los objetivos del Estado social y democrático de Derecho, entre los cuales se encuentra «el criterio rector de que sus contenidos deben estar constituidos en su mayor parte por los comportamientos criminales de la clase poderosa y para la defensa de las demás clases sociales frente a semejante criminalidad»(50). Toda una declaración de principios que cristaliza en las siguientes tesis. Por una parte, el concepto de Derecho penal moderno debe quedar limitado exclusivamente al Derecho penal económico y de la empresa de los poderosos o de la clase alta. Por otra parte, el «moderno» Derecho penal económico y de la empresa es un producto absolutamente legítimo del Estado social de Derecho, por ser en todo conforme con las garantías materiales de este. Asimismo, Luis Gracia Martín sienta los pilares para desarrollar una Dogmática del Derecho penal económico y empresarial de los poderosos a partir de los criterios rectores del desvalor de la acción y del resultado constitutivos de los tipos penales económicos «básicos», que sistematiza y clasifica, para derivar luego consecuencias específicas en los sucesivos niveles dogmáticos de la teoría del delito, es decir, en la configuración de

(48) Véase GRACIA MARTÍN, L., *Fundamentos de dogmática penal*, p. 338.

(49) Véase su prólogo a la obra de GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización*, pp. 19 y 20.

(50) Véase GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización*, p. 217.

tipos agravados o privilegiados, de circunstancias agravantes y atenuantes, y en los ámbitos de las causas de justificación y de la culpabilidad. Finalmente, desde la «idea» del Derecho y de la concreción de este por medio de la analogía conforme a la naturaleza de la cosa, deriva el «concepto» del moderno Derecho penal económico y de la empresa de los poderosos, del cual, en tanto que concepto «clasificador» y «categorial», pero también «teleológico», queda totalmente excluida por razones materiales la criminalidad económica insignificante de los no poderosos(51).

IV

Luis Gracia Martín también ha trabajado de manera muy pormenorizada y con gran precisión las consecuencias jurídicas del delito. El interés de Luis Gracia Martín en esta materia se despertó cuando era profesor ayudante y la explicaba en las primeras clases de prácticas de la asignatura de Derecho penal, Parte Especial ubicada en tercer curso con arreglo al plan de estudios de licenciado/a en Derecho de 1953. En aquel entonces elaboró unos esquemas que después fue perfilando y estructurando hasta publicar las obras de las que ha sido el coordinador, y en las que investiga de manera exhaustiva el sistema de las consecuencias jurídicas del delito establecido en el Código penal de 1995, junto con Miguel Ángel Boldova Pasamar y Carmen Alastuey Dobón. Por una parte, destaca el libro titulado originalmente *Las consecuencias jurídicas del delito*, y después *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, con un total de cinco ediciones. Esta obra se destinó, inicialmente, «a cubrir las necesidades de la docencia de este sector de la Parte General del Derecho penal», aunque también sirvió para presentar «un instrumento de aproximación al conocimiento del nuevo sistema de consecuencias jurídicas del delito útil para todos los que, de uno u otro modo, tienen relación con el Derecho penal en sus actividades profesionales». Pero como las dimensiones y la profundidad adquiridas en estas publicaciones se manifestaron inadecuadas para la actividad docente, los autores decidieron reelaborar y actualizar todo el estudio que culminó(52) en la obra más

(51) Véase GRACIA MARTÍN, L., «Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos», *passim*.

(52) Véase GRACIA MARTÍN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBÓN, C., Nota de los autores a la presente edición del *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Gracia Martín, L. coord., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 15.

importante en la bibliografía española en este ámbito, con el título *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, de 862 páginas, con la pretensión de abordar en ediciones posteriores temas no atendidos –o no de un modo suficiente– y ampliar algunos de los ya trabajados(53). En este *Tratado* Luis Gracia Martín elaboró el Capítulo I. Introducción al sistema de las consecuencias jurídicas del delito; el Capítulo II. El sistema de penas en el Código Penal español; el Capítulo V. La pena de multa; el Capítulo XI. Las medidas de seguridad y reinserción social; el Capítulo XIII. Las consecuencias accesorias; y en coautoría con Carmen Alastuey Dobón abordó el Capítulo VII. Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad (I); el Capítulo VIII. Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad (II) y el Capítulo IX. La ejecución de las penas privativas de libertad. (Derecho penitenciario).

Entre las tesis sostenidas por Luis Gracia Martín quiero subrayar, entre otras, la siguiente por su llamada de atención al legislador penal con plena validez actualmente: la cuestión de las penas privativas de libertad de larga duración debe enjuiciarse desde el punto de vista del principio de humanidad y no del de proporcionalidad, y debería atenderse seriamente a las estimaciones de la moderna ciencia del Derecho penal en el sentido de que una pena privativa de libertad de duración real superior a quince años puede producir una destrucción espiritual, un deterioro irreversible de la personalidad del recluso. Una pena privativa de libertad que produzca estos efectos podría considerarse contraria a nuestra Constitución, en cuyo artículo 15 se prohíben las penas inhumanas. Luis Gracia Martín concluye que no puede decirse que nuestro Código penal tienda a reducir el rigor punitivo desde el punto de vista del principio de humanidad, puesto que se establece un límite máximo general de veinte años (artículo 36). El rigor se manifiesta en las excepciones que se establecen para determinados supuestos como el del concurso real de delitos o en diversos delitos de la Parte Especial del Código penal como los delitos de terrorismo o de rebelión, entre otros, donde es posible el cumplimiento efectivo de una pena de treinta o incluso de cuarenta años. Estas penas tan elevadas son rechazables por ser contrarias al principio de humanidad en el sentido expuesto(54).

(53) Véase GRACIA MARTÍN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A./ALASTUEY DOBÓN, C., Nota de los autores a la presente edición de la *op. cit.*, p. 15.

(54) Véase GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, pp. 292 y 293.

V

La obra científica de Luis Gracia Martín también ha tenido una continuidad en el grupo de discípulas que nos hemos formado en el marco de su actividad docente e investigadora, sumándonos a la escuela que fundó José Cerezo Mir en la Cátedra de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza. Las tesis doctorales dirigidas por nuestro Maestro se indican a continuación por orden cronológico. En primer lugar, María Ángeles Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, J. M.^a Bosch, Barcelona, 2001. En segundo lugar, Estrella Escuchuri Aisa, *Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004. En tercer lugar, Belén Mayo Calderón, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta: estudio del art. 295 del Código penal español y propuesta de «lege ferenda»*, Comares, Granada, 2005. En cuarto lugar, Eva Fernández Ibáñez, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Comares, Granada, 2006. En quinto lugar, Érika Mendes de Carvalho, *Punibilidad y delito*, Editorial Reus, Madrid, 2007(55). Y en sexto lugar, Gisele Mendes De Carvalho, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal. Estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*, Comares, Granada, 2009, esta última tesis doctoral codirigida por Carlos María Romeo Casabona y Luis Gracia Martín. Las investigaciones de Érika y de Gisele Mendes de Carvalho obtuvieron el Premio Extraordinario de Doctorado de la Universidad de Zaragoza en los años 2004 y 2007, respectivamente. De todas sus discípulas han permanecido en la Universidad de Zaragoza M.^a Ángeles Rueda Martín como Catedrática de Derecho penal y Estrella Escuchuri Aisa y Belén Mayo Calderón como Profesoras Contratadas Doctoras. En la Universidad Estatal de Maringá (UEM) en Brasil, Érika y Gisele Mendes de Carvalho son Profesoras Titulares de Derecho penal. También debo hacer una mención en este apartado al trabajo fin de grado en Derecho dirigido por Luis Gracia Martín y realizado por Gonzalo

(55) Este trabajo fue calificado por Luis Gracia Martín como el cierre del sistema finalista, porque con el concepto de punibilidad planteado convincentemente por la autora, como el teatro de operaciones de la política criminal se puso de manifiesto que los contenidos político-criminales no son ajenos a un sistema penal finalista, de modo que este no puede ser visto como un sistema ontológico, sino como uno ontológico-normativo y también orientado a la realización de fines político-criminales. Véase el Prólogo de Luis Gracia Martín a esta obra de MENDES DE CARVALHO, ÉRIKA, , *Punibilidad y delito*, Editorial Reus, Madrid, 2007, p. 15.

Castro Marquina, publicado con el título *La necesidad del Derecho Penal Económico y su legitimidad en el Estado social y democrático del derecho*, Editorial BdF, Montevideo, Buenos Aires, 2016, por su sobresaliente calidad y por el afecto y la amistad que le brindó nuestro Maestro a su autor.

VI

La formación de sus alumnas y alumnos en las asignaturas relacionadas con el Derecho penal fue otra constante en la vida de Luis Gracia Martín, tanto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza durante algo más de cuarenta años, como en los diversos foros académicos en los que participaba en España, en Alemania o en “nuestros países hermanos del otro lado del Océano Atlántico”, como le gustaba resaltar. Muchas generaciones de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza hemos ensalzado el carácter magistral de sus clases y su esfuerzo para que comprendiéramos las bases de la Parte General del Derecho penal y los delitos de la Parte Especial. Asimismo han sido testigos del excelente magisterio de Luis Gracia Martín los siguientes programas de Posgrado, Doctorado y Máster en los que ha impartido multitud de cursos en la Universidad de Sevilla (España), Castilla-La Mancha, sede Toledo (España), Estadual de Maringá (Brasil), del Litoral de Santa Fe (Argentina), Nacional de Colombia sede Bogotá (Colombia), Santo Tomás de Bogotá (Colombia), Pontificia Católica de Lima (Perú), Central del Ecuador de Quito (Ecuador), Católica de Guayaquil (Ecuador), Especialidades Espíritu Santo de Guayaquil (Ecuador), Estatal de Guayaquil (Ecuador), Mayor de San Andrés de La Paz (Bolivia), Universidad Autónoma Gabriel René Moreno de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), y Universidad Nacional de El Salvador (El Salvador).

VII

Pero Luis Gracia Martín no solo destacó en la Ciencia del Derecho penal. En sus tiempos juveniles –entre sus 13 y 18 años–, desarrolló una carrera deportiva como atleta que también fue fructífera. Logró ser campeón juvenil de Exathlon de Aragón en dos ocasiones y en 1974 en los Juegos Escolares nacionales que se celebraron en Reus (Sector Noreste: Cataluña, Aragón, La Rioja, Navarra y Valencia). La prueba en la que se sentía más a gusto fue la de salto con pértiga y en 1978 batió el récord «juvenil» de Aragón en 3,80 metros, cuando

estaba hasta entonces en 3,20 metros, consiguiendo una de las mejores marcas nacionales juveniles de España en aquel año. Sin embargo, tuvo que abandonar esta práctica deportiva porque sufrió una lesión grave en unos campeonatos de España en Tolosa (Guipúzcoa).

VIII

Por desgracia, y ahora definitivamente, la brillante actividad investigadora y docente de Luis Gracia Martín se ha visto interrumpida tempranamente, dejando inconclusos varios proyectos de investigación cuando, por su vitalidad y entusiasmo por el trabajo, parecía que le quedaban todavía muchos años de plenitud intelectual y personal. Todos los que compartimos experiencias académicas con Luis Gracia Martín tenemos un recuerdo bonito e imperecedero del camino que realizamos con su elevado magisterio y grata compañía. Ello supone algo parecido a un consuelo ante la partida del Maestro, compañero y ante todo amigo, querido Luis. Descansa en paz.

En el cincuenta aniversario de la muerte de Luis Jiménez de Asúa

ENRIQUE GIMBERNAT

Catedrático emérito de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

Luis Jiménez de Asúa, que había nacido en Madrid el 19 de junio de 1889, falleció en Buenos Aires, hace ahora medio siglo, el 16 de noviembre de 1970.

Con motivo de su fallecimiento, el número de diciembre de 1970 de *Cuadernos para el Diálogo* –posteriormente secuestrado por orden gubernativa– se dedicó a la memoria de Jiménez de Asúa con tres contribuciones: del catedrático José Antón Oneca –discípulo de Jiménez de Asúa–, de Raúl Morodo –quien, como secretario general del PSP de Tierno Galván, había tenido frecuentes contactos personales y epistolares con el homenajeado–, y, finalmente, del autor de este artículo.

Al conmemorarse el 25 aniversario de su muerte, el 25 de noviembre de 1995 volví a publicar un artículo en el diario *El Mundo* de Madrid –*En memoria de Luis Jiménez de Asúa*–. Y ahora, que se cumplen 50 años de su fallecimiento, quiero volver a rendirle homenaje con esta contribución, en la que, además de referirme a testimonios personales propios, directos o indirectos, cuyas fuentes en algunos casos tienen que permanecer en el anonimato, he consultado también el magnífico artículo de mi discípulo Antonio Cuerda, publicado en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 2020, y el soberbio –y me quedo corto con ese adjetivo– libro de Roldán Cañizares: *Luis Jiménez de Asúa. Derecho Penal, República y Exilio* (Dykison 2019, 406 pp.).

Jiménez de Asúa, que había ganado la cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Madrid antes de cumplir los 30 años, prosiguió su magisterio en el exilio argentino a partir de 1939 y es considerado

—con razón— el más grande penalista de habla española de todos los tiempos: aunque prescindieramos de las miles de conferencias pronunciadas y de las miles de obras —libros y artículos— publicados, bastarían para justificar ese lugar privilegiado en la historia del Derecho los siete tomos de su *Tratado de Derecho Penal*, publicado en Argentina, que contienen más de 8.000 páginas.

Jiménez de Asúa fue también un eminente político socialista, vicepresidente del Congreso de los Diputados en la última legislatura de la II República y presidente de la República Española en el exilio (1962-1970).

Pero los que conocemos su obra, sabemos que la vocación de Jiménez de Asúa era estrictamente universitaria —investigación y docencia— y que entró en política solo a regañadientes por razones exclusivamente éticas y de coherencia personal («afán de decencia más que de política»), razones que estuvieron a punto de costarle la vida, cuando se programó su asesinato, siendo ametrallado por cuatro estudiantes falangistas, el 12 de marzo de 1936, al salir de su domicilio en el número 24 de la Calle Goya de Madrid, salvando milagrosamente su vida, lo que no consiguió su escolta, Jesús Gisbert, quien, dirigiéndose a Jiménez de Asúa, no paraba de repetir la frase: «Don Luis, me han matado». Sobre su paso a la política, escribe su discípulo Antón: «Se comprende que Jiménez de Asúa, consciente de su misión científica, se preocupara poco de las glorias políticas. Si durante la Dictadura de Primo de Rivera, por su calidad de universitario, se creyó obligado a la protesta, se comprende que, proclamada la República, hiciera propósito de apartarse de la política, como dijo verbalmente a sus alumnos y les aconsejó a lo mismo en un discurso universitario. Más he aquí que al poco tiempo nos sorprendió la noticia de su ingreso en el partido socialista y de su presentación a diputado por la provincia de Granada. ¿A qué fue debido este cambio? No es difícil de imaginar. El partido socialista, único respetado por la Dictadura, había podido conservar su organización y, respaldado por las masas de la UGT, estaba en las mejores condiciones para tener en el nuevo régimen un papel preponderante. Pero era inferior en los cuadros directivos; era probablemente el partido socialista del mundo que tenía en sus filas menos intelectuales... En proporción a la necesidad de los refuerzos, debieron persuadirle presentándole la miseria de los obreros andaluces campesinos, a remediar mediante la reforma agraria; de la futura creación de escuelas, de Institutos de Segunda Enseñanza y de las famosas Misiones pedagógicas, que todo esto estaba en el programa. Pero la aceptación de don Luis, a los requerimientos de don Fernando de los Ríos, debió ser mediante condiciones: serviría al

partido, más reservándose el tiempo necesario [tal como efectivamente hizo] para proseguir su tarea científica».

Durante la II República, y antes de la Guerra Civil, con los conocimientos y con el prestigio de Jiménez de Asúa, el PSOE tuvo sobrados argumentos para que fuera designado presidente de la Comisión encargada de redactar el proyecto de la Constitución de 1931, así como de la Comisión Jurídica asesora, que reformó el Código Penal, derogando el de Primo de Rivera, asumiendo también Jiménez de Asúa la defensa letrada de Largo Caballero en el juicio que se le siguió por su supuesta participación en la Revolución de Octubre de 1934.

Durante la Guerra Civil, Jiménez de Asúa fue nombrado embajador en Praga, con las misiones «encargadas directamente por Julio Álvarez del Vayo, ... de la obtención de armamento para el ejército republicano y el apoyo a los servicios de información» (Roldán Cañizares). Como informa también este último autor, tuvo Jiménez de Asúa más éxito con la segunda que con la primera misión, creando el Servicio de Información e Inteligencia, que llegó a tener agentes, además de en la propia Checoslovaquia, en Austria, Alemania, Hungría, Bulgaria, Yugoslavia, Polonia, Rumania e Italia. De esas dos misiones se encargó Jiménez de Asúa también, posteriormente, sirviéndole de «tapadera» para ello su designación, en 1938, como presidente de la delegación española en la Sociedad de Naciones, con sede en Ginebra.

En octubre de 1971, con ocasión de un Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Buenos Aires (organizado fundamentalmente por los discípulos argentinos de Jiménez de Asúa: Bacigalupo, Baigún, Bergalli, Maier, Righi, Romero, Spolansky y Zaffaroni, entre otros), fui invitado a su casa por Mercedes de Briel, nacida en Cuba y, desde 1950, segunda esposa de Jiménez de Asúa; el piso se encontraba en la bonaerense calle Pueyrredón, precisamente en el mismo edificio en el que, cuando se exiliaron en Argentina, habían vivido los amigos y, durante un tiempo también, vecinos de Jiménez de Asúa, Rafael Alberti y María Teresa León. Entré en el piso donde había vivido Jiménez de Asúa como en un santuario, mostrándome su viuda no solo la biblioteca y la mesa donde aquel había escrito su irrepetible *Tratado*, sino también los muebles en los que, en las numerosas bandejas acristaladas que se encontraban en su interior, me mostró la impresionante colección entomológica que el maestro había ido reuniendo a lo largo de su vida. Jiménez de Asúa, muy a la Institución Libre de Enseñanza, se entretenía en su tiempo libre atrapando mariposas con su red, primero en la sierra de Guadarrama y, posteriormente, en su exilio, en la mayoría de los países latinoamericanos que había visitado para impartir cursos o conferencias. Su colección com-

prendía muchos insectos raros y exóticos y se había ido enriqueciendo con los ejemplares que, colegas y amigos, conocedores de su afición, le fueron regalando; he de confesar que, así como en su colección pude contemplar bellas mariposas, también me encontré con enormes cucarachas y escarabajos que me produjeron un cierto repelús.

Jiménez de Asúa se había casado, en primeras nupcias, en 1924, con la española Guadalupe Ramírez, una mujer con quien, en palabras de Francisco Ayala, citadas por Roldán, tuvo «una relación tormentosa, cargada de discusiones y gritos». El amigo de mis padres, Luis Álvarez del Vayo, hermano del ministro republicano de Estado, Julio, había formado parte de la delegación española en Checoslovaquia durante el tiempo en el que Jiménez de Asúa desempeñó allí el cargo de embajador y nos contaba que la presencia de Guadalupe, con sus constantes desplantes, salidas de tono y broncas públicas, había convertido en irrespirable la vida en la embajada. También por mis propias fuentes tengo noticia de que Guadalupe le había montado una descomunal bronca, hasta muy entrada la madrugada, precisamente el día en el que Jiménez de Asúa tenía que pronunciar su alegato en defensa de Largo Caballero, solicitando su absolución, ante el Pleno del TS, y en el que el maestro español, en sus propias palabras, se jugaba su prestigio como catedrático, como abogado y como socialista; no obstante la tensión matrimonial soportada apenas pocas horas antes, Jiménez de Asúa realizó un brillantísimo informe, logrando la absolución de Largo al no haberse podido acreditar durante el juicio su intervención en la Revolución de Octubre.

Guadalupe, que había acompañado a Jiménez de Asúa al exilio argentino, continuó viviendo en Buenos Aires después de su divorcio y, el día del entierro del catedrático en el cementerio bonaerense de la Chacarita, reapareció impensadamente en el cementerio, provocando un escándalo mayúsculo ante Mercedes y todos los allí presentes: Guadalupe se propuso, y lo consiguió, amargar la vida de Jiménez de Asúa, incluso más allá de su último suspiro.

Volví a establecer contacto con Mercedes de Briel cuando se instaló definitivamente en Madrid, a mediados de los años 70 del siglo pasado. Siendo ministro de Educación González Seara y secretario de Estado de Universidades Cobo del Rosal le abonaron a Mercedes la totalidad de los emolumentos que tendría que haber percibido como catedrático español, primero en activo y luego jubilado, si no hubiese sido depurado y dado de baja en el escalafón en febrero de 1939 («por su desafección al nuevo régimen... no solo en las zonas que han sufrido y sufren la dominación marxista, sino también por su pertinaz política antinacional y antiespañola en los tiempos precedentes al

Glorioso Movimiento Nacional»), reconociéndole también a Mercedes su pensión de viudedad. La biblioteca que Jiménez de Asúa había formado en Argentina, junto con aquella mesa de trabajo que yo había admirado años antes en su casa de Buenos Aires, fueron adquiridas por el Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, y su colección de insectos, por la Facultad de Ciencias de la misma Universidad (la biblioteca madrileña de Jiménez de Asúa, que le había sido expoliada por el franquismo, fue trasladada al extinto Instituto Nacional de Estudios Jurídicos del CSIC; era una biblioteca excepcional, fundamentalmente de libros y revistas españoles, alemanes e italianos de Derecho penal, en la que, al menos, muchos penalistas pudimos tener acceso a obras imposibles de encontrar en España. Ignoro cuál ha sido el ulterior destino de esa maravillosa biblioteca).

La última vez que vi a Mercedes de Briel fue el 6 de junio de 1991, cuando los restos mortales de Jiménez de Asúa –enterrado provisionalmente y en precario en la Chacarita– fueron trasladados desde Buenos Aires a Madrid gracias a las múltiples gestiones del entonces ministro de Justicia, Enrique Múgica, para que Jiménez de Asúa pudiera descansar, por fin, en una muy digna tumba del cementerio civil de su adorado Madrid. A pesar de la emoción que se apoderó de mí aquel día, no pude evitar una cierta sorpresa y alguna indignación: Jiménez de Asúa había sido enterrado en Buenos Aires dentro de un ataúd cubierto por la bandera de la República; pero cuando llegó el féretro desde el aeropuerto de Barajas al tanatorio de la M-30, para ser poco después trasladado al cementerio, alguien había cubierto el ataúd con la actual bandera constitucional española. Entre las concesiones que hubo que hacer durante la Transición –tan llena de luces y de sombras–, una de ellas fue la de mantener la franquista bandera roja y gualda, con la única modificación de sustituir el escudo franquista por el de la monarquía parlamentaria. Aunque con toda clase de reservas, yo me siento identificado con la actual bandera nacional, porque para mí simboliza el paso de la Dictadura a la Democracia. Pero me pareció un contradiós que todo un presidente de la República española –fallecido unos cuantos años antes de la aprobación de la Constitución de 1978– no fuera enterrado cubierto por la tricolor o, si no, por la enseña del PSOE o, en último caso, con el ataúd desnudo, pero nunca bajo una bandera roja y amarilla contra la que– si bien con otro escudo impreso en la tela– Jiménez de Asúa había combatido hasta su último aliento.

El despegue de la ciencia penal española, que se había iniciado con Jiménez de Asúa, se ve interrumpido por la Guerra Civil y, a partir de 1939, las cátedras vacantes son ocupadas entonces, con alguna

excepción, por personas cuyo único mérito consistía en su fidelidad a la Dictadura, y a quienes Jiménez de Asúa no cesa de criticar en sus escritos, a veces furibundamente, desde su exilio argentino, también a los catedráticos veteranos que se habían inclinado por el bando franquista. De ese escalafón de catedráticos de Derecho Penal se podría decir lo que, parafraseando a Santiago Ramón y Cajal, este afirmó respecto de otra institución: «Si se hubiera inundado aquel escalafón de catedráticos de Derecho penal, no habría pasado nada, porque todos estaban bastante peces».

De los catedráticos de Derecho Penal de entonces quiero referirme, en concreto, a tres de ellos: Quintano Ripollés, Juan del Rosal y José Antón. Mi maestro, el genial Quintano, de ideología liberal-anarquista, catedrático de la Universidad de Madrid y que, como dice su hijo Juan Antonio, se le había «colado» al régimen franquista como magistrado de la Sala de lo Penal del TS, donde, además de dictar sentencias jurídicamente magistrales, se dedicaba con su sabiduría jurídica, buscando toda clase de resquicios, a absolver o a rebajar las penas de los opositores políticos que venían condenados por el Tribunal de Orden Público. Jiménez de Asúa, que había coincidido con Quintano en diversos congresos celebrados en Europa y en América, dice de este que «destaca como uno de los mejores penalistas de nuestra lengua» y que «su *Tratado de la Parte Especial* supera cuantas esperanzas pudieran prenderse de la obra». En realidad, y como Jiménez de Asúa tuvo conciencia de que no le quedaban años de vida suficientes para poder acometer –como estaba haciendo con la Parte General, obra que, por lo demás, quedó incompleta– un Tratado de la Parte Especial, acordó con Quintano que este sería quien, por así decirlo, continuaría la obra de aquel, estudiando, también a nivel de Tratado, los delitos en particular. Cuando Mercedes de Briel visitó Madrid, a mediados de los años 50 del siglo pasado, se alojó la mitad del tiempo en la casa de Quintano y la otra mitad en la del eminente geofísico republicano Arturo Duperier, quien, vencido por la nostalgia y gracias a las gestiones del entonces ministro de Educación Ruiz-Giménez, abandonó su cátedra del Imperial College de Londres, para incorporarse a la de Madrid de la que había sido depurado por el franquismo.

Por Juan del Rosal, que había sido su discípulo en su cátedra de Madrid, es obvio que Jiménez de Asúa sentía una especial debilidad, porque, a pesar de que Del Rosal escribió en la inmediata postguerra española una serie de obras inspiradas por la escuela nacionalsocialista de Derecho Penal de Kiel –ignoro si por convicción o por oportunismo, para progresar en su carrera académica, ya que alcanzó la cátedra de Derecho Penal en 1941–, a pesar de todo ello fue Del Rosal

la persona a la que Jiménez de Asúa eligió, otorgándole poderes, para que le representara en España, me imagino que para posibles pleitos contra el régimen franquista. En cualquier caso tengo que decir que el Del Rosal que yo conocí y traté desde 1963 hasta su muerte, 10 años más tarde, era entonces una persona de convicciones democráticas que, como decano de la Facultad de Derecho de la Complutense, y sin importarle las consecuencias que de ahí pudieran derivar, en aquellos años de tremenda agitación universitaria, siempre estuvo de parte de los estudiantes y profesores antifranquistas, defendiéndoles, en lo posible, de los «grises», que, un día sí y otro también, invadían la Facultad repartiendo palos a diestro y siniestro.

De la relación de Jiménez de Asúa con su primer discípulo español, José Antón (1897-1981), tengo una versión distinta de la que expone en su libro mi admirado Roldán Cañizares, según el cual fue de Jiménez de Asúa de quien partió la crisis en aquella relación. Antón, en cambio, me contó otra cosa. Jiménez de Asúa, en alguno de sus escritos de los años 50 o 60 del pasado siglo, después de dirigir toda clase de improperios contra los catedráticos de Derecho Penal que ejercían en España, salvaba precisamente a Antón, de quien decía, más o menos, que seguía siendo fiel a sus ideas republicanas. A José Antón, que había ganado la cátedra de Derecho Penal de Salamanca con 24 años, accediendo a la Sala 2.^a del TS, durante la República, con treinta y pocos años, el 18 de julio de 1936 le sorprendió en Segovia –ciudad en la que triunfó el golpe faccioso–, a donde había ido a visitar a su novia. Antón fue arrestado inmediatamente, permaneciendo en esa situación durante varios años, expulsado de su cátedra y dado de baja como magistrado del TS; se sabe con certeza que Antón tuvo que picar piedra en una cantera, aunque se desconoce –yo, por lo menos, a él nunca se lo oí decir– si, como algunos aseguran, tuvo que contribuir también a la construcción del Valle de los Caídos. El equívoco que había surgido entre ambos penalistas era que, mientras que Jiménez de Asúa quería homenajear a Antón, alabando que su ideología siguiera siendo (como, en efecto, lo fue hasta su muerte) republicana, en contraste con otros profesores que habían «cambiado de chaqueta» para promocionarse durante el franquismo, Antón, por el contrario, entendió ese elogio casi como una denuncia, partiendo de él su distanciamiento de Jiménez de Asúa: “Gimbernat”, me decía Antón, «los exiliados piensan que son ellos los únicos que han sufrido, olvidándose de cómo fuimos humillados y ofendidos los republicanos a los que nos fue imposible exiliarnos». Y continuaba Antón: «Prefiero el destierro de Jiménez de Asúa, que pudo exiliarse, escapando de la represión franquista y pudiendo seguir ejerciendo su profesión

en las universidades argentinas, a las penalidades que tuve que padecer yo durante tantos años en España» (Antón no fue reintegrado en su cátedra hasta años después, gracias a la intervención de algunos amigos y colegas universitarios falangistas, pero siguió traumatizado hasta su muerte por la tremenda injusticia que la Guerra Civil descargó sobre sus hombros). No sé qué hubiera preferido yo, entre esos dos males, si me hubieran dado a elegir. La cena más triste a la que he asistido en mi vida fue una multitudinaria a la que, en 1971, fui invitado por el Centro Republicano de Buenos Aires. Bajo una descolorida bandera republicana se congregaron, con sus trajes raídos, centenares de exiliados españoles: los más jóvenes eran unos viejos, los más mayores, unos ancianos. Todos ellos con más de 30 años de exilio a sus espaldas y perdidas ya las esperanzas de regresar a la añorada España en la que pensaban... solo continuamente; nunca había visto a tanta gente con tanta melancolía y tanta resignación dibujada en sus rostros. El final dramático de aquella cena fue que, a los postres, mientras se entonaban canciones de la Guerra Civil («Si me quieres escribir...»), uno de los comensales somatizó tanta desdicha y murió en el acto, de un infarto masivo, en los brazos de sus vecinos de mesa: era uno de los hermanos del capitán Fermín Galán, cabecilla, el 12 de diciembre de 1930, de la fracasada sublevación republicana de Jaca contra la monarquía, y fusilado, después de un Consejo de Guerra sumarísimo, el 14 de diciembre del mismo año. También Jiménez de Asúa, muerto hacía casi un año, y que había prometido no volver a España mientras la gobernara «el sangriento tirano», pertenecía a esa legión de exiliados, derrotados, nostálgicos de su patria y sin esperanzas. En sus depresiones, Jiménez de Asúa había sido tratado por su amigo, el también exiliado republicano Ángel Garma, amigo, a su vez, de Lorca y de Buñuel en la Residencia de Estudiantes de Madrid, formado en el Instituto Psicoanalítico de Berlín fundado por el discípulo de Freud, Karl Abraham, y nada más y nada menos que el introductor del psicoanálisis en Argentina. Afortunadamente, y en gran parte por la mediación del discípulo de Antón, Marino Barbero, ambos maestros españoles se reconciliaron antes de la muerte de Jiménez de Asúa en 1970.

Jiménez de Asúa fue una persona insobornable, que siempre antepuso sus principios a cualquier otra consideración, también aunque ello supusiera poner en peligro su situación económica, que nunca fue demasiado boyante («es público que carezco de fortuna y vivo de mi trabajo»). En 1926, Jiménez de Asúa, miembro de la Junta directiva del Ateneo de Madrid, es encarcelado durante 10 días, al negarse a dar posesión a la nueva Junta, después de la intervención de esa institu-

ción por la Dictadura de Primo de Rivera. En el mismo año, al mostrar su solidaridad con Unamuno, que había sido privado de su cátedra y desterrado a Fuerteventura, Jiménez de Asúa es detenido y confinado en las Islas Chafarinas. En 1928, después de haber pronunciado su conferencia sobre *Libertad de amar y derecho a morir* en la Universidad de Murcia, en la que mantuvo posiciones discrepantes de la ortodoxia católica sobre las relaciones sexuales y sobre el homicidio en situaciones eutanásicas, a Jiménez de Asúa se le abrió un expediente sancionador y fue suspendido de empleo y sueldo. Finalmente, en 1928, al constatar que no podía ejercer libremente sus funciones docentes bajo la Dictadura, renuncia a su cátedra a la que no regresa hasta la proclamación de la República.

La misma coherencia y fidelidad a sus principios las siguió ejerciendo Jiménez de Asúa durante su exilio argentino. En junio de 1943, renuncia a su cátedra de la Universidad de La Plata en solidaridad con dos colegas que la habían abandonado ante la consumación de un golpe de Estado. Vuelve a renunciar a su cátedra en la misma Universidad, tres años más tarde, al instaurarse la Dictadura del amigo de Franco, Juan Domingo Perón, «alegando que nunca trabajaría en la universidad argentina mientras Perón se mantuviera en el poder» (Roldán). Después de la caída de Perón, en 1955, Jiménez de Asúa regresaría a la universidad argentina, en concreto, a la de Buenos Aires, a la que renuncia definitivamente, y para siempre, después de las «noche de los bastones largos» y del golpe de Estado del general Onganía.

Los jóvenes necesitan modelos en los que mirarse. A pesar de que nos separaban 10.000 kilómetros, cuando teníamos 20 años, Jiménez de Asúa fue maestro de toda mi generación –Barbero, Cerezo, Cobo, Córdoba, Rodríguez Mourullo, Suárez Montes y yo mismo–. Leíamos sus obras y nosotros teníamos la osadía de enviarle las nuestras. Creo que todos nos carteamos con él y alguno, incluso, tuvo la fortuna de conocerle personalmente. No encuentro mejor manera de manifestar mi devoción por Jiménez de Asúa que pronunciando mentalmente ante su tumba del cementerio civil de Madrid, tomándolas prestadas, las mismas palabras que, en la escena final de Julio César, de Shakespeare, declama Marco Antonio ante el cadáver de Bruto: “*His life was gentle; and the elements/So mix'd in him that the Nature might stand up/And say to all the World: This was a man!*”.

El movimiento internacional contra la trata de seres humanos: algunas consideraciones críticas (1)

TATJANA HÖRNLE

Directora del Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität,
Sicherheit und Recht (Freiburg i.B.)

RESUMEN (2)

Las campañas contra la trata de seres humanos auspiciadas por las organizaciones internacionales y no gubernamentales se encuentran detrás del amplio ámbito de aplicación del delito de trata. Estas campañas ponen el foco en las denominadas «víctimas ideales» y acentúan el reproche moral que nos merece el aprovechamiento de la situación de necesidad de otro. Sin embargo, no todas las conductas tipificadas merecen la misma calificación. La teoría de la criminalización que toma como unidad de medida el menoscabo de los derechos de otro y su autonomía de la voluntad exige diferenciar entre los auténticos supuestos de trata y otras situaciones de explotación.

Palabras clave: *trata de seres humanos, campañas, criminalización, código penal alemán.*

(1) Traducción del artículo “Die internationale Bewegung gegen Menschenhandel – einige kritische Überlegungen”, en BÖSE, M., SCHUMANN, K. H., TOEPEL, F. (Eds.), *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 673-686, realizada por FRANCISCO SALVADOR DE LA FUENTE CARDONA (investigador predoctoral, Universidad Complutense de Madrid). Esta traducción se enmarca en el proyecto de investigación «Exclusión social y sistema penal y penitenciario: análisis y propuestas acerca de tres realidades (inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión)» (PID2019-105778RB-I00), cuya IP es la profesora MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA. El traductor expresa su agradecimiento a MARÍA MARTÍN LORENZO por la confianza depositada y por el interés que ha puesto para que la traducción de este trabajo se lleve a cabo y a MARGARITA VALLE MARISCAL DE GANTE por sus valiosos comentarios.

(2) El RESUMEN y las PALABRAS CLAVE han sido elaborados por el traductor a petición del Anuario.

ABSTRACT

Anti-trafficking campaigns promoted by international and non-governmental organizations are behind the broad scope of the crime of human trafficking. These campaigns focus on the so-called “ideal victims” and stress the moral disapproval of taking advantage of another’s necessity. However, not all of these conducts deserve the same qualification. The theory of criminalization that takes as its unit of assessment the undermining of another’s rights and his autonomy of will requires a differentiation between genuine cases of trafficking and other situations of exploitation.

Key words: *human trafficking, campaigns, criminalization, german criminal code.*

I. INTRODUCCIÓN

En mi contribución al libro homenaje para el distinguido profesor Urs Kindhäuser propongo una mirada crítica a las campañas contra la trata de seres humanos. La idea de que esto pudiera ser necesario puede parecer, a primera vista, extraño. El concepto de trata de seres humanos tiene una connotación moral tan negativa, que la pregunta sobre el merecimiento de pena parece superflua. Los activistas en favor de los derechos humanos, las organizaciones internacionales y, presumiblemente, también la mayoría de los ciudadanos dan por sentado que nos encontramos ante un crimen detestable que exige prohibiciones amplias y penas graves. La trata sugiere esta identificación en particular, en tanto término que conceptualmente se relaciona con la esclavitud⁽³⁾. Incluso los juristas tienden a la simplificación moralista, por ejemplo, con la afirmación de que la violencia o el engaño son elementos característicos de la misma⁽⁴⁾. Con ello se pierde de vista que las definiciones legales de la trata de seres humanos (epígrafe II) comprenden fenómenos distintos⁽⁵⁾ que necesitan una consideración diferenciada. Se reflexiona poco sobre el hecho de que las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales

(3) Véase la equiparación con la esclavitud, por ejemplo, en la información básica de la página de inicio del Instituto Alemán de Derechos Humanos (*Deutsches Institut für Menschenrechte*) en el apartado «Temas/Trata de seres humanos».

(4) En este sentido, LINDNER, C., *Die Effektivität transnationaler Maßnahmen gegen Menschenhandel in Europa: eine Untersuchung des rechtlichen Vorgehens gegen die moderne Sklaverei in der Europäischen Union und im Europarat*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2014, p. 10.

(5) Sobre los distintos fenómenos sociales *vid.* RENZIKOWSKI, J., “§ 232 Menschenhandel”, en JOECKS, W., MIEBACH, K. (Eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 3.ª edición, Beck, Múnich, 2017, núm. marg. 10 y ss.

mentales necesitan temas llamativos (epígrafe III) y que, por tanto, no tienden a comprobar cuidadosamente la necesidad de criminalizar móviles buenos, esto es, aquellos que atraen emocionalmente a la opinión pública(6). Estas organizaciones dan por sentado que el Derecho penal se debe emplear como «arma inteligente»(7) contra la trata de la manera más amplia posible. El legislador alemán ha seguido la tendencia internacional, de modo que bien merece la pena para la ciencia del Derecho penal examinar las normas al respecto y su trasfondo.

II. LAS DEFINICIONES DE LA TRATA DE SERES HUMANOS

Los convenios internacionales y el Derecho de la Unión Europea exigen que la trata de seres humanos sea penalizada(8). El «Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional» (Protocolo de Palermo), adoptado en el año 2000, resultó fundamental(9). También la Directiva europea relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos se refiere a un hecho delictivo grave y a una infracción severa de los derechos fundamentales recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea(10). El Protocolo de Palermo y el Derecho de la Unión Europea describen la trata de personas como «la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o

(6) *Vid.* HÖRNLE, T., “Human Trafficking: Human Rights Activism and Its Consequences for Criminal Law”, en HAVERKAMP, R., HERLIN-KARNELL, E., LERNSTEDT, C. (Eds.), *What is Wrong with Human Trafficking? Critical Perspectives on the Law*, Hart, Oxford, 2019, pp. 117 y ss.

(7) GALLAGHER, A. T., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 5.

(8) Sobre el Derecho internacional *vid. ibidem*; RENZIKOWSKI, J., “MK/§ 232 *Menschenhandel*”, *op. cit.*, núm. marg. 25-34.

(9) United Nations Treaty Series (UNTS), Vol. 2237, pp. 319 y ss. Su incorporación al ordenamiento alemán se publicó el 29 de diciembre de 2005 en el número 220 del *Bundesgesetzblatt (Teil III)*.

(10) Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (Diario Oficial de la Unión Europea, 2011/L101).

recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla»(11). Una estructura tripartita subyace a esta enumeración. En primer lugar, se pueden distinguir las acciones (captar, transportar a otra persona, etc.); en segundo lugar, los medios comisivos (abuso de una situación de vulnerabilidad, violencia, raptó, etc.); y, en tercer lugar, la finalidad perseguida (la explotación). Consideradas en sí mismas, las acciones son actividades socialmente adecuadas que solo pueden constituir un injusto cuando se conectan con tales medios comisivos y finalidad. En este sentido, la nueva redacción del delito de trata de seres humanos en el Derecho alemán (§ 232 StGB), que data de 2016(12), recoge los elementos esenciales de las normas internacionales. La «explotación» se desglosó en el § 232.1 StGB en concretas finalidades (explotación a través de la prostitución, de la mendicidad, de la comisión de actividades criminales y la explotación laboral). Además, el Derecho alemán amplió el ámbito de protección en comparación con la normativa internacional, porque también incorporó una modalidad típica en atención a las «víctimas menores de 21 años» (segundo inciso del § 232.1 StGB)(13).

(11) Artículo 2.1 de la Directiva 2011/36/UE [versión publicada en español]. Una definición en términos casi idénticos se puede encontrar en el art. 3 a) del Protocolo de Palermo.

(12) Ley para la mejora de la lucha contra la trata de seres humanos [*Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels*], publicada el 14 de octubre de 2016 en el *Bundesgesetzblatt (Teil I)*, p. 2226.

(13) [N. del T.] La configuración del delito de trata de seres humanos en el § 232 StGB difiere parcialmente de la prevista en el art. 177 bis CP. La principal diferencia reside en el tratamiento de los medios comisivos (violencia, engaño, etc.). El art. 177 bis CP recoge en su modalidad básica todos los medios comisivos que prevé el art. 2 de la Directiva 2011/36/EU, mientras el tipo básico regulado en el § 232.1 StGB solo se refiere al abuso de la situación de necesidad económica o personal o de la situación de indefensión de la víctima, asociada a la estancia en un país extranjero (expresión más restrictiva que la «situación de vulnerabilidad» señalada en la Directiva 2011/36/EU: PETZSCHE, A., “Die Neuregelung des Menschenhandels im Strafgesetzbuch –zwischen europarechtlichen Pflichten und politischen Kompromissen”, *Kritische Justiz*, Vol. 50 (2), 2017, p. 241). El resto de medios comisivos constituyen una modalidad cualificada. Aclarado este extremo, cabe señalar que el § 232.1 no solo contiene el tipo básico, sino que introduce a su vez una segunda modalidad en atención a la edad del sujeto pasivo, ofreciendo una protección reforzada a los menores de 21 años. Con carácter general, se sancionan los siguientes comportamientos: captar (*anwerben*), transportar (*befördern*), trasladar (*weitergeben*), acoger (*beherbergen*) o recibir (*aufnehmen*) a personas adultas (a partir de 21 años) abusando de su situación de necesidad económica o personal o de su situación de indefensión, asociada a su estancia en un país extranjero –por ejemplo, precario nivel de alemán–, con la finalidad de explotárlas a través de (a) la prostitución, (b) los trabajos forzados, (c) la mendicidad o (d) la comisión de actividades criminales

Tanto en el ordenamiento internacional como en el Derecho alemán, las descripciones típicas de la trata de seres humanos comprenden bajo el mismo rótulo una pluralidad de situaciones vitales. Sin embargo, no todas se pueden clasificar como hechos delictivos graves o como violaciones severas de derechos fundamentales. El núcleo de conductas cuyo merecimiento de pena es indiscutible está formado por casos en los que la situación de la víctima explotada se origina a través de raptó, violencia, amenazas o engaño, o en los que se ven amenazadas con el sometimiento a la esclavitud en sentido estricto o con la extracción de órganos corporales (números 2 y 3 del § 232.1 y § 232.2 StGB). Para este conjunto de supuestos es dudoso, no obstante, en qué medida fue necesario exigir modificaciones a la legislación nacional ya existente.

En el otro extremo de la escala de injusto se encuentran casos en los que las personas, de acuerdo con su propia decisión, esto es, no influidas por medio de coacción o prácticas análogas, abandonan su entorno social (la mayoría de las veces a través de la emigración) y en el nuevo entorno, a causa de sus precarias condiciones de vida, son susceptibles de avenirse a relaciones de explotación ante la falta de mejores alternativas. Quien capta, transporta (etc.) a estas personas y, con ello, asume que serán explotadas a través de acciones subsumibles en el núm. 1 del § 232.1 StGB, por regla general, merece reproche moral. Sin embargo, de lo anterior no se deduce que esta evaluación moral desemboque –directamente– en el merecimiento de pena de tales conductas (epígrafe IV).

Las víctimas de trata registradas estadísticamente en Alemania son en su mayoría extranjeras (14). La migración dentro de la Unión Europea y la inmigración procedente de terceros Estados trae consigo

(núm. 1). También cuando se somete a alguien a esclavitud, servidumbre o prácticas análogas (núm. 2). Y, tercero, si se somete a una persona a la extracción ilegal de órganos (núm. 3). En segundo lugar, y como señala la autora, el inciso segundo de este § 232.1 StGB va más allá de las obligaciones internacionales asumidas por Alemania y protege a los jóvenes menores de 21 años frente a aquellos comportamientos (captar, transportar, etc.), aunque no quede acreditado el medio comisivo. Bastaría conjugar cualquiera de los verbos típicos señalados con una finalidad de explotación, concretada en alguna de las actividades también citadas en los núm. 1-3 del § 232.1 StGB. En conclusión, la pauta del art. 2.5 de la Directiva 2011/36/EU, esto es, la protección reforzada de los menores mediante un subtipo que prescinde de los posibles medios comisivos, ha sido extendida por el legislador alemán a los jóvenes menores de 21 años. Su introducción y ubicación junto al tipo básico, de por sí ya modificado en atención a los medios comisivos previstos en la Directiva, difiere parcialmente de la redacción dada en el CP español a su homólogo.

(14) ZIETLOW, B., BAIER, D., *Menschenhandel zum Zweck sexueller Ausbeutung in Deutschland: Ergebnisse einer Aktenanalyse zu polizeilich registrierten Fällen der*

que, en los países prósperos, se incrementa el número de migrantes en una situación económica inicial muy precaria. En particular, los inmigrantes en situación irregular, sin contacto con las administraciones públicas, dependen de que les ayuden otras personas (a menudo de su propio círculo cultural y lingüístico) como mediadores y patrocinadores de la entrada y de la permanencia. El origen de la residencia irregular puede resultar, por ejemplo, de un cruce fronterizo no registrado, del paso a la clandestinidad tras una petición sin éxito del estatus de refugiado o del asilo o por la continuación de la estancia tras una entrada con un visado temporal que ha expirado. Cuando los Estados no quieren o no pueden organizar un control fronterizo efectivo y solo pueden establecer una repatriación rudimentaria de personas sin permiso de residencia surgen, inevitablemente, redes informales de migrantes. Además, también se encuentran en esta situación de penuria personas que no chocan con los obstáculos de la normativa de residencia, pero que carecen de un nivel mínimo de formación escolar, de habilidades lingüísticas o de competencias sociales, lo que sería necesario para su incorporación al mercado laboral regular. Así, se originan constelaciones de supuestos que son tildadas de trata de seres humanos porque las redes de mediación y de apoyo para migrantes, y para personas ya residentes con dificultades, no siempre proceden de modo altruista y justo. Con frecuencia, en estos casos no es posible una clara división sociológica entre «autores» y «víctimas»: aquellos que con ánimo de lucro explotan o aceptan la explotación de personas dispuestas a migrar, de migrantes recién llegados y de otros clientes débiles, a menudo presentan un origen nacional, étnico y social similar⁽¹⁵⁾. A *ambos lados* las precarias condiciones de vida determinan las acciones y motivaciones previstas en el núm. 1 del § 232.1 StGB.

Tales interacciones se distinguen considerablemente de los casos que realmente merecen la calificación de trata de seres humanos. Es de suponer que los afectados preferirían ganarse la vida, por lo general, sin acudir a la prostitución, a ocupaciones extremadamente mal pagadas, a la mendicidad o a la criminalidad. Ahora bien, la situación de necesidad, que se origina por la utilización de redes de explotación, no se

Jahre 2009 bis 2013, Kriminologisches Forschungsinstitut Niedersachsen - Forschungsbericht Nr. 136, 2018, pp. 8, 44.

(15) La investigación citada en la nota a pie de página inmediatamente anterior muestra que la distribución de los países de origen de los sospechosos se asemeja a la de las víctimas, *ibidem*, pp. 24, 44. Sobre los antecedentes comunes de las partes involucradas, *vid.* también UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, Nueva York, 2016, p. 7.

produce contra su propia voluntad. Lo que desde una perspectiva externa se puede describir como explotación, se puede considerar como tolerable por los migrantes cuando evalúan de modo realista sus opciones. La situación de la «víctima» descrita en los apartados a-d) del núm. 1 del § 232.1 StGB puede ser, pese a toda su severidad, una mejora en comparación con la necesidad extrema y la falta de perspectivas en su país natal. Esto no es equiparable con el rapto o con el ejercicio de violencia, medios comisivos que quiebran la voluntad de las personas.

El legislador alemán ha efectuado, al menos, una delimitación a través de la ubicación separada en el § 232. 2 StGB de los verdaderos supuestos de trata y en el núm. 1 del § 232.1 StGB de otros casos de explotación (en contraste con las definiciones internacionales, completamente desestructuradas). Sin embargo, los marcos penales en ambos párrafos no reflejan las diferencias (dado que el límite mínimo de la pena es idéntico y solo hay un aumento del límite máximo, lo que en la práctica es menos relevante). La expansión y la distorsión del concepto de trata de seres humanos tuvieron lugar, primero, en el Derecho internacional. Inicialmente, antes de la aprobación del Protocolo de Palermo, las reflexiones sobre la trata se centraban en el núcleo de conductas que implican el ejercicio de violencia, coacción o engaño(16); sin embargo, al poco tiempo llegaron los desarrollos.

III. LA TRATA DE SERES HUMANOS COMO TEMA IDEAL DE CAMPAÑA

Anualmente se desembolsan millones de dólares en campañas contra la trata de seres humanos(17), las cuales dan empleo a muchas personas en organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales(18). Es una pregunta abierta cuán exitosas y eficientes son estas actividades. Si se observan las cifras de enjuiciamiento en vía penal, llama la atención que estas son muy bajas, no solo en Alemania(19), sino en todo el mundo. Un informe de Naciones Uni-

(16) Sobre las definiciones originarias más estrictas *vid.* GALLAGHER, A. T., *The International Law of Human Trafficking*, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

(17) DAVY, D., “Anti-Human Trafficking Interventions: How do we know if they are working?”, *American Journal of Evaluation*, Vol. 37, 2016, pp. 486 y ss., anualmente 65 millones de dólares, sin contar donaciones de particulares.

(18) DAVY, D., “Anti-Human Trafficking Interventions”, *op. cit.*, pp. 486, 489 y ss.

(19) En 2016 fueron condenadas en Alemania sesenta personas ex § 232 StGB y doce personas ex § 233 StGB [explotación laboral] en su anterior redacción:

das ha reportado que de media tienen lugar 29 condenas por país y año(20). Sin embargo, los motivos detrás de estas costosas campañas no solo ponen la mirada en el éxito de la prevención a través de una ponderación racional de medios y fines (*zweckrational*)(21). También las preocupaciones simbólicas ocupan un espacio importante. Las organizaciones internacionales y las ONGs necesitan temas llamativos. Los fines clásicos de las actividades transnacionales han perdido popularidad, como la «guerra contra las drogas». Cada vez más generaciones están familiarizadas con el consumo de drogas y ha crecido la conciencia de que las penas elevadas contra este tipo de delitos tienen consecuencias negativas(22). Por el contrario, la lucha contra la trata de seres humanos cuenta con la gran ventaja de que puede presuponer una aceptación (casi) unánime. En este sentido, tienen lugar prometedores efectos publicitarios y de movilización, por ejemplo, porque estrellas de cine encuentran útil presentarse como «embajadores de buena voluntad»(23). Las imágenes de «víctimas ideales»(24) en campañas contra la trata de seres humanos son más eficaces que las imágenes de drogodependientes en campañas de lucha contra las drogas. No es ninguna casualidad que el título del Protocolo de Palermo

STATISTISCHES BUNDESAMT (Ed.), *Fachserie 10 Reihe 3*, Rechtspflege – Strafverfolgung, Wiesbaden, 2017, p. 35.

(20) UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, op. cit., p. 52.

(21) [N. del T.] Con el adjetivo “zweckrational” se suele pensar en uno de los tipos de acción que Max Weber identificó en su clasificación de acciones sociales. La traducción habitual sería acción «racional con arreglo a fines» (WEBER, M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002, p. 20). Tomado el contexto en el que la autora introduce este término y la explicación del propio Weber, nos hemos inclinado por la expresión «ponderación racional de medios y fines»: en este sentido, PRECHTL, P., BURKARD, F-P. (Eds.), *Metzler Lexikon Philosophie: Begriffe und Definitionen*, 3.^a Edición, J. B. Metzler, Stuttgart, 2008, pp. 231, 704.

(22) Para una crítica influyente sobre la «guerra contra las drogas» vid. ALEXANDER, M., *The New Jim Crow: mass incarceration in the age of colorblindness*, New Press, Nueva York, 2010.

(23) UNODC, *Comunicado de prensa del 10 de febrero de 2009*: Mira Sorvino será nombrada *Goodwill Ambassador* de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para combatir la trata de personas.

(24) Vid. WILSON, M., O'BRIEN, E., “Constructing the Ideal Victim in the United States of America’s Annual Trafficking in Persons Reports”, *Crime, Law and Social Change*, Vol. 65, 2016, pp. 29 y ss.; O'BRIEN, E., “Human Trafficking Heroes and Villains: Representing the Problem in Anti-Trafficking Awareness Campaigns”, *Social and Legal Studies*, Vol. 25, 2016, pp. 205 y ss.; HAVERKAMP, R., “Victims of Human Trafficking: Considerations from a Crime Prevention Perspective”, en HAVERKAMP, R., HERLIN-KARNELL, E., LERNSTEDT, C. (Eds.), *What is Wrong with Human Trafficking? Critical Perspectives on the Law*, Hart, Oxford, 2019, pp. 53 y ss.

se refiera a la trata «especialmente de mujeres y niños»(25). Con ello se pueden superar las diferencias culturales entre los países de Naciones Unidas. Por un lado, la protección de las mujeres y de los niños despierta actitudes protectoras en las sociedades patriarcales y tradicionales y, por otro lado, funciona bien en las sociedades caracterizadas por el individualismo normativo(26), cuya moderna religión civil es la protección de los derechos humanos. Los medios de comunicación ponen el foco sobre la «víctima ideal»: las mujeres y las chicas raptadas son temas populares (así como la heroica lucha para su liberación)(27). Los escenarios descritos en los apartados b-d) del núm. 1 del § 232.1 StGB (por ejemplo, migrantes que a cambio de un trabajo duro son retribuidos miserablemente, jóvenes utilizados para ejercer la mendicidad o para el hurto de carteras) afligen menos a un público que consume productos comerciales que la versión aterradora de mujeres o niñas que podrían ser amenazadas sexualmente y raptadas por miembros del hampa.

Los exitosos esfuerzos para implantar la trata de seres humanos como delito a nivel mundial son un ejemplo paradigmático en favor de una política moral(28). Históricamente, el rechazo de la prostitución y el proteccionismo sexual sobre las mujeres jugaron el papel central. El actual movimiento contra la trata de seres humanos tiene sus raíces en las campañas del siglo XIX que se dirigían contra la «deshonra de chicas inocentes» en tanto «esclavitud blanca»(29). En el siglo XX, el éxito se debió a que la corriente puritana contraria a la prostitución pudo crecer, a través de una segunda fuente de indignación moral, hasta convertirse en un movimiento amplio.

(25) Las propuestas iniciales, presentadas por EEUU y Argentina, se referían aun más claramente a las «víctimas ideales», DOEZEMA, J., *Sex Slaves and Discourse Masters: The Construction of Trafficking*, Zed Books, Londres, 2010, p. 119.

(26) VON DER PFORDTEN, D., “Normativer Individualismus versus normativer Kollektivismus in der Politischen Philosophie der Neuzeit”, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, Vol. 54, 2000, pp. 491 y ss.

(27) Véase por ejemplo la caracterización de la trata de seres humanos en la serie “*Human Trafficking*”: «Cientos de miles de mujeres jóvenes han desaparecido de su vida cotidiana, obligadas por la violencia a una existencia infernal de brutalidad y prostitución. Son una mercancía rentable en la multimillonaria industria de la esclavitud moderna», accesible a través de Internet Movie Database (IMDb), <https://www.imdb.com/title/tt0461872/>

(28) Vid. HAVERKAMP, R., “Victims of Human Trafficking”, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

(29) Sobre el movimiento contra la esclavitud blanca y contra la prostitución vid. DOEZEMA, J., *Sex Slaves*, *op. cit.*, pp. 77 y ss.; FARMER, L., “Trafficking, the Anti-Slavery Project and the Making of the Modern Criminal Law”, en HAVERKAMP, R., HERLIN-KARNELL, E., LERNESTEDT, C. (Eds.), *What is Wrong with Human Trafficking? Critical Perspectives on the Law*, Hart, Oxford, 2019, pp. 13 y ss.

Actualmente, las valoraciones negativas permanecen firmemente ancladas en nuestro sistema moral y se dirigen contra cualquier forma de aprovechamiento de situaciones de vulnerabilidad y contra la explotación. Dentro de la filosofía moral se discute cómo puede ser definida y delimitada una conducta de explotación(30). Esta discusión exigiría una mayor concreción. Baste ahora señalar que pertenece al núcleo de las convicciones morales ampliamente consensuadas la asunción de que es muy reprochable obtener beneficio de la situación de necesidad de otra persona.

IV. LAS PERSPECTIVAS DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

1. **Requisitos para la criminalización más allá de las convicciones morales**

Las consideraciones anteriores sobre por qué han sido exitosas las campañas de las organizaciones internacionales y de las ONGs ofrecen *explicaciones*, pero no sustituyen a la perspectiva normativa. Para esta es decisivo si las prohibiciones penales vigentes pueden fundamentarse con argumentos de modo convincente.

Las evaluaciones de las normas de prohibición presuponen una teoría *general* de la criminalización que desarrolle directrices sobre el alcance y los cometidos del Derecho penal. Esta teoría general de la criminalización aquí solo puede ser esbozada. El punto de partida es, por una parte, que el Derecho penal se debe aplicar de modo restrictivo a causa de los limitados recursos de las autoridades encargadas de perseguir la delincuencia y de las restricciones de libertad que conlleva el enjuiciamiento penal, esto es, el principio de *ultima ratio* debe permanecer vigente(31). Por otra parte, para la movilización de

(30) *Vid.*, por ejemplo, FEINBERG, J., *The Moral Limits of the Criminal Law, Volume 4: Harmless Wrongdoing*, Oxford University Press, Oxford, 1990, caps. 31, 32; WERTHEIMER, A., *Exploitation*, Princeton University Press, Princeton, 1999.

(31) Desde un punto de vista constitucional es dudoso que se puedan derivar consecuencias claras del principio de *ultima ratio* (la norma penal es contraria o conforme a la Constitución), GÄRDITZ, K. F., “Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz”, *JZ*, núm. 13, 2016, pp. 641 y ss. Sin embargo, como componente esencial de una teoría general de la criminalización, las consideraciones sobre el uso restrictivo de las normas penales siguen siendo pertinentes, sobre ello *vid.* KINDHÄUSER, U., “Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip”, *ZStW*, Vol. 129 (2), 2017, pp. 383, 386.

recursos estatales es necesario un objetivo que pondere racionalmente medios y fines, a modo de un asunto definido con claridad orientado a la protección de derechos individuales o intereses colectivos. Precisamente, el Tribunal Constitucional alemán se remite a la protección de otros individuos o de la generalidad en su descripción de las condiciones bajo las que puede tener lugar una injerencia penal en los derechos fundamentales(32). El reproche moral de una conducta, en el mejor de los casos, puede dar pie al examen de su criminalización, pero no supone por sí mismo un *motivo suficiente* para esta(33). La pregunta decisiva es, por tanto, si la conducta descrita en el ordenamiento internacional y en el § 232 StGB como trata de seres humanos colisiona con derechos individuales o con intereses colectivos importantes.

2. La lesión de derechos individuales

En la literatura sobre el § 232 StGB se describe el propósito de protección de la siguiente forma: se protege la autonomía de la voluntad de la víctima, esto es, su autodeterminación(34), a través del establecimiento de un delito de peligro abstracto(35). Esto resulta convincente cuando se emplean los medios comisivos previstos en el § 232.2 StGB: la violencia, las amenazas con un daño intenso y el engaño (párrafo 2, núm. 1), así como los supuestos de raptó y similares (párrafo 2, núm. 2), menoscaban la capacidad de hacer valer la propia voluntad, es decir, su formación. Sin embargo, en los escenarios descritos en el núm. 1 del § 232.1 StGB es discutible que se vulnere el derecho de autodeterminación de los interesados cuando son adultos y consienten todo. ¿Actúa contra su propia voluntad la prostituta que ante un apuro económico se decide por esta solución de emergencia? ¿Está ausente el derecho de autodeter-

(32) BVerfGE 90, 145, 172; 120, 224, 239.

(33) Vid. HÖRNLE, T., *Grob anstößiges Verhalten: strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Klostermann, Frankfurt, 2005, pp. 52 y ss.

(34) KINDHÄUSER, U., *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 7.^a edición, Nomos, Baden-Baden, 2017, § 232, núm. marg. 2; BÜRGER, S., “Die Neuregelung des Menschenhandels. Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und Schaffung eines stimmigen Gesamtkonzepts?”, ZIS, núm. 3, 2017, p. 169; SCHROEDER, F. C., “Das Rechtsgut der neuen Vorschriften gegen den Menschenhandel (§§ 232-233 b StGB)”, NSTZ, núm. 6, 2017, p. 320; FISCHER, T., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 65.^a edición, Beck, Múnich, 2018, § 232, núm. marg. 2a; RENZIKOWSKI, J., “MK/§ 232 Menschenhandel”, *op. cit.*, núm. marg. 1.

(35) RENZIKOWSKI, J., “MK/§ 232 Menschenhandel”, *op. cit.*, núm. marg. 3.

minación entre los migrantes cuyo trabajo se paga muy por debajo del salario mínimo?

En la literatura filosófica se da por sentado que el reproche moral es pertinente cuando un actor explota a otros seres humanos. Fundamentalmente, se tiene en cuenta el desequilibrio extremo entre el valor de las prestaciones intercambiadas («falta de justicia sustantiva»)(36). Sin embargo, esto por sí solo no es suficiente. Las consideraciones sobre la producción de la situación también tienen que desempeñar un papel importante («justicia procedimental»). Por ejemplo, si alguien trabaja sin recibir contraprestación para fines benéficos, la descripción como «explotación» o, en todo caso, como «explotación por otros» es inapropiada(37). En este sentido, en la literatura de la filosofía moral se sostiene que la aquiescencia fáctica de todos los participantes debería jugar un papel en el acuerdo, incluso si la actuación de la parte más fuerte es moralmente incorrecta. Es decir, en interés de aquellos que aceptan el trato explotador para mejorar marginalmente su propia situación de partida, es conveniente la prudencia para con las intervenciones morales de terceros(38).

Esta solución diferenciadora, que toma en consideración la voluntad real de la persona que se encuentra en una situación vital difícil, puede ser recomendable para la evaluación penal(39). En el contexto de una teoría de la criminalización que se pregunta si la conducta a juzgar lesiona los derechos de otra persona, la aceptación de esa persona debe tener un peso mayor que las apreciaciones morales. Por tanto, no es convincente una justificación homogénea de todo el § 232 StGB a través de la «protección de la autodeterminación». Las referencias a la autodeterminación son un arma de doble filo. La posibilidad de conducir la vida autónomamente se restringe si, de modo paternalista, se considera que la necesidad convierte al

(36) ZWOLINSKI, M., WERTHEIMER, A., “Exploitation”, en ZALTA, E. N. (Ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, The Metaphysics Research Lab, 2016, apartado 2.3.2 (disponible en línea a través del enlace <https://plato.stanford.edu/entries/exploitation/>); MAYER, R., “What’s Wrong with Exploitation?”, *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 24 (2), 2007, pp. 137, 139 y ss.; STEINER, H., “Liberalism, neutrality and exploitation”, *Politics, Philosophy and Economy*, Vol. 12 (4), 2013, p. 335.

(37) VAN KEMPEN, P. H., LESTRADE, S., “Limiting the Criminalisation of Human Trafficking: Protection Against Exploitative Labour versus Individual Liberty and Economic Development”, en HAVERKAMP, R., HERLIN-KARNELL, E., LERNSTEDT, C. (Eds.), *What is Wrong with Human Trafficking? Critical Perspectives on the Law*, Hart, Oxford, 2019, pp. 217 y ss.

(38) WERTHEIMER, A., *Exploitation*, *op. cit.*, p. 271; WALDRON, J., “A Right to Do Wrong”, *Ethics*, Vol. 92, 1981, pp. 21 y ss.

(39) Vid. WERTHEIMER, A., *Exploitation*, *op. cit.*, p. 296; MAYER, R., “What’s Wrong with Exploitation?”, *op. cit.*, pp. 137, 148.

afectado en un incapaz. Es comprensible que se niegue una decisión autónoma a los menores de edad y a las personas con déficits cognitivos y mentales(40). Por el contrario, resulta conveniente una mayor prudencia con las personas adultas. Entre los elementos característicos de los Estados constitucionales modernos se encuentra la atribución de autonomía y autodeterminación a las personas. Desde un punto de vista psicológico, en muchos casos esto resulta dudoso. En la vida real las capacidades de conocimiento y juicio de las personas son a menudo deficientes a causa de sus características personales, de la presión que ejercen determinadas situaciones o de la influencia de emociones intensas. La ficción del hombre que se puede determinar a sí mismo es, sin embargo, una apariencia construida por el ordenamiento jurídico, que en la práctica oculta los inconvenientes psicológicos existentes. Es cuestionable que se deba abandonar esta ficción jurídica cuando personas con una frágil situación social y/o de residencia se embarcan en redes de apoyo que les explotan. Esto significaría dividir a las personas adultas en dos clases: aquellas a las que se les atribuye responsabilidad personal y aquellas a las que, por el contrario, de manera generalizada se diagnostica que no pueden actuar de forma autónoma bajo condiciones adversas. La atribución de incompetencia social (desde el punto de vista psicológico) supone una declaración negativa sobre las personas afectadas, a diferencia de una atribución de competencia social demasiado optimista. En este punto se muestra la ironía de las campañas contra la trata motivadas por la compasión: estas promueven una mirada a los afectados que puede ser arrogante y poco empática. Para aquellos a los que les gustaría mejorar su desastrosa situación económica y social, a través de la única opción de ingresos de que disponen (aun conscientes de que otros se van a beneficiar de ello desproporcionadamente), puede ser denigrante si esto se prohíbe por la mayoría de la población, que vive cómodamente, con la fundamentación de que aquellas personas carecen de autonomía de la voluntad.

Por tanto, habría que diferenciar cuando se determina la finalidad de protección del § 232 StGB. Este prevé supuestos en los que puede estar muy justificada una prohibición dirigida a la protección de la autodeterminación individual: si está presente una de las modalidades del § 232.2 o de los núm. 2 y 3 del § 232.1 StGB o si los afectados son

(40) Sobre el denominado paternalismo «blando» frente a personas con déficits en la toma de decisiones condicionadas por la edad o la salud, *vid.* FEINBERG, J., *The Moral Limits of the Criminal Law, Volume 3: Harm to Self*, Oxford University Press, Oxford, 1989, pp. 12 y ss.

menores de edad. Además, en el segundo inciso del § 232.1 StGB se atribuye a los adolescentes de entre 18 y 21 años una capacidad de autodeterminación muy limitada en situaciones vitales difíciles. Una fundamentación objetiva de esta decisión no se encuentra en los trabajos preparatorios de la ley(41). La regulación alemana aquí no resulta convincente y no es coherente si se atiende a otras reglas previstas en el código penal(42), aunque en última instancia se puede admitir, porque no hay un criterio uniforme para la atribución de responsabilidad personal. Sin embargo, más allá de esto, la referencia a la «ausencia de autonomía de la voluntad» no es adecuada para justificar las prohibiciones de una gama más amplia de conductas que también se describen como «trata de personas» en el ordenamiento internacional y en el núm. 1 del § 232.1 StGB (43).

3. Los intereses colectivos

En la literatura científico-penal se desatiende otra posible fundamentación que podría justificar la penalización de las actividades comprendidas en el mencionado núm. 1 del § 232.1 StGB. La migración a gran escala por motivos económicos y las relaciones de explotación que origina colisionan con los intereses colectivos de la población local. Una preocupación manifiesta es que se infrinja la regulación laboral, especialmente la relativa al salario mínimo, si se consolida un mercado laboral demandado con asiduidad para relaciones de trabajo irregulares. Teniendo en cuenta esto, la siguiente cuestión a debatir sería si con este razonamiento se podrían justificar prohibiciones en el código penal, porque ya hay en este sentido normas y prohibiciones en el Derecho penal accesorio amenazadas con multa(44) y, ante todo, si se podrían mejorar los controles administrativos(45). Incluso si se cae en la cuenta de que supervisar a las pequeñas empresas y a los hogares es una tarea complicada (y

(41) Vid. Recomendación e Informe de la Comisión de Justicia y Protección de los Consumidores (6.^a Comisión) del *Bundestag* sobre el proyecto de ley del Gobierno Federal para la trasposición de la Directiva 2011/36/UE (*BT-Drs. 18/9095*, p. 26).

(42) Crítica de RENZIKOWSKI, J., “MK/§ 232 *Menschenhandel*”, *op. cit.*, núm. marg. 2.

(43) En este sentido, BERGELSON, V., “Vulnerability, Exploitation and Choice”, en HAVERKAMP, R., HERLIN-KARNELL, E., LERNESTEDT, C. (Eds.), *What is Wrong with Human Trafficking? Critical Perspectives on the Law*, Hart, Oxford, 2019, pp. 193 y ss.

(44) Sobre las disposiciones relevantes de la legislación laboral, *vid. BT-Drs. 18/9095*, p. 19.

(45) VAN KEMPEN, P. H., LESTRADE, S., “Limiting the Criminalisation of Human Trafficking”, *op. cit.*, pp. 217 y ss.

altamente invasiva)(46), es discutible que las normas del Derecho penal nuclear con una pena inferior elevada sean un medio proporcional(47).

Desde un punto de vista colectivo puede despertar preocupación, sobre todo, un subgrupo de migrantes ilegales y de redes de apoyo: aquellos que no se pueden integrar ni en el mercado laboral regular ni en mercados de trabajo «grises» (con la expresión mercados de trabajo «grises» me refiero a aquellos en los que la normativa laboral se ignora, pero en los que las prestaciones de servicios y los productos, por lo demás, no son ilegales o, a todas luces, dañosos para la sociedad). Las circunstancias que provocan situaciones de necesidad personal o económica o indefensión en la estancia (§ 232.1 StGB) son a menudo también las circunstancias que conducen a la falta de capacidad laboral [*Erwerbsunfähigkeit*] y a problemas sociales, como, por ejemplo, un nivel de formación muy bajo, problemas personales graves y trastornos de adaptación. Este subgrupo de migrantes no depende solo de modo transitorio de beneficios sociales o de ingresos ilegales. Por tanto, no sería descabellado justificar las prohibiciones previstas en el § 232.1 StGB, afirmando que los (sub)segmentos problemáticos del complejo hecho migratorio deben reducirse combatiendo las redes de apoyo para los recién llegados que no son capaces de integrarse. Sin embargo, es sencillo de comprender que los juristas se mantengan alejados de tales argumentos y, en su lugar, se refieran de modo general a la «protección de la autodeterminación». La remisión a intereses colectivos para evitar los costes sociales consiguientes puede chocar con la desaprobación moral y, a menudo, las disparidades entre los heterogéneos grupos de migrantes se desdibujan en los debates políticos.

Una parte de la literatura sobre las campañas internacionales contra la trata de seres humanos admite que la lucha contra la trata no puede estar separada del control de la inmigración irregular(48). Otros autores, en cambio, insisten en delimitar cuidadosamente la trata de

(46) EFRAT, A., “Global Efforts against Human Trafficking: The Misguided Conflation of Sex, Labor, and Organ Trafficking”, *International Studies Perspectives*, Vol. 17, 2016, pp. 34, 48.

(47) En el procedimiento legislativo para la nueva redacción del § 232 StGB se señaló que, en el elemento del tipo «ánimo de lucro despiadado» (*rücksichtsloses Gewinnstreben*), se debería evitar la subsunción de conductas como la contratación de cuidadores de Europa del Este a cambio de un salario muy bajo para la asistencia domiciliar de familiares (*BT-Drs. 18/9095*, p. 18).

(48) WILSON, M., O'BRIEN, E., “Constructing the Ideal Victim in the United States of America's Annual Trafficking in Persons Reports”, *op. cit.*, pp. 29, 42; FITZGERALD, S. A., “Vulnerable Bodies, Vulnerable Borders: Extraterritoriality and Human Trafficking”, *Feminist Legal Studies*, Vol. 20, 2012, pp. 227 y ss.

seres humanos del control de la migración, como en la siguiente opinión: «hacer de los derechos humanos el centro de la reflexión sobre la trata evita que nos desvíen los argumentos resbaladizos de aquellos que preferirían que se abordara como una sencilla cuestión de migración, de orden público o de crimen organizado»(49).

Si se compara el marco penal del § 232 StGB con los marcos penales de los §§ 232a, 232b, 233 y 180a StGB(50), la tesis de la protección de los intereses colectivos se manifiesta indiscutiblemente en la lucha contra las redes de apoyo a los migrantes. Llama la atención que los marcos penales sean más suaves cuando los autores efectivamente explotan a las víctimas. En cambio, son más severos cuando los autores actúan en el estadio previo a la auténtica explotación. Por ejemplo, quien pone un alojamiento a disposición de una persona que trabaja en el ámbito de la mendicidad organizada o de la prostitución debe contar con penas más elevadas que aquel que ha instruido en el ejercicio de la mendicidad o de la prostitución (§§ 232a párr. 1, 232b párr.1 en relación con el § 232a párr. 5 StGB)(51), o que aquel que cobra los ingresos (§§ 233, 180a StGB). Las penas previstas en la regulación vigente para los auténticos explotadores son extrañamente benignas en comparación con las previstas para los patrocinadores y para las personas que solo apoyan. Estos marcos penales resultarán absurdos en la medida en que dichas prohibiciones se justifiquen por el hecho de que la libertad de los individuos debe ser protegida. La graduación de las penas se debería realizar a la inversa: más severas cuando el autor esté involucrado efectivamente en la explotación y más leves cuando se trate de acciones de preparación y de promoción. Por el contrario, la configuración vigente del marco penal gana cierta lógica si se sitúan en un primer plano los costes derivados para la generalidad. De acuerdo con esta última premisa se tendrían que combatir, en primer lugar, las redes de promoción, pues en tanto multiplicadores posibilitan formas irregulares y socialmente indeseadas de migración.

(49) GALLAGHER, A. T., *The International Law of Human Trafficking*, *op. cit.*, p. 3.

(50) [N. del T.] El § 232a StGB sanciona la prostitución coactiva, el § 232b StGB los trabajos forzosos, el § 233 StGB la explotación laboral y el § 180a StGB la explotación de la prostitución ajena.

(51) A diferencia del § 232 StGB, los §§ 232a y 232b permiten una rebaja de la pena para los casos menos graves.

V. CONCLUSIÓN

Una mirada crítica al movimiento contra la trata de seres humanos debería hacernos tomar conciencia de que los intereses propios de las organizaciones internacionales y de las ONGs juegan un papel muy importante en los propósitos de las populares campañas. Sus aspiraciones, a saber, la introducción de prohibiciones amplias castigadas con penas elevadas, no se deberían aceptar acríticamente. Está extendida la opinión de que las víctimas deben ser protegidas frente a «las más graves lesiones de derechos humanos»(52), lo que representa un punto de vista simplista. La enérgica condena de la trata de seres humanos eclipsa la heterogeneidad de los comportamientos comprendidos en la definición legal. Ciertamente, entre estos comportamientos se encuentran violaciones graves de derechos humanos (núm. 2 y 3 del § 232.1 y 232.2 StGB), pero esta descripción no encaja con una parte de las acciones típicas que se prevén en el núm. 1 del § 232.1 StGB. Ello se debe a que, desde el punto de vista de los afectados, a menudo las prestaciones de apoyo que se criminalizan son deseadas e indispensables. Los activistas en favor de los derechos humanos y los juristas, que por lo común pertenecen a la nueva clase media(53), tienden a negar con demasiada facilidad la capacidad de autodeterminación a personas en situaciones vitales mucho menos confortables. Puede ser más honesto admitir que los fenómenos migratorios heterogéneos y los problemas sociales complejos requieren una regulación legal. Esto incluye el hecho de que puede ser de interés colectivo para la población local combatir las redes, incluso, mediante prohibiciones penales, a fin de reducir las entradas irregulares y la residencia ilegal de personas que no son capaces de integrarse. Se necesitaría examinar con urgencia, siguiendo un análisis diferenciado de los propósitos de protección, las descripciones típicas de los §§ 232 y siguientes StGB y su marco penal. La elevada penalidad de los hechos comprendidos en el núm. 1 del § 232.1 StGB responde a la lógica de «las lesiones más graves de derechos humanos». Si, como apuntamos, en esta última constelación de supuestos solo se tienen en cuenta los intereses colectivos en la ordenación de la inmigración, entonces habría que reducir el marco penal vigente.

(52) Vid. LINDNER, C., *Die Effektivität transnationaler Maßnahmen gegen Menschenhandel in Europa*, op. cit., p. 123.

(53) Vid. RECKWITZ, A., *Die Gesellschaft der Singularitäten: zum Strukturwandel der Moderne*, Suhrkamp, Berlín, 2017, pp. 273 y ss.

El concepto de resocialización en la jurisprudencia española. Especial atención a la delincuencia de motivación política (1)

ALICIA GIL GIL
Catedrática de Derecho Penal
UNED

*A la memoria del Prof. Luis Gracia Martín,
maestro y amigo.*

RESUMEN

Se analiza el concepto de resocialización manejado por la jurisprudencia en el marco del mandato constitucional del artículo 25.2, descubriendo un doble discurso, que se conforma con la previsión de mecanismos destinados a evitar la desocialización cuando se trata de examinar la legitimidad de una ley o de una decisión administrativa, pero exige una asunción de la ilicitud y la dañosidad del hecho, e incluso a veces el arrepentimiento u otros cambios de actitud para afirmar la resocialización cuando se trata de examinar el progreso de un recluso para decidir su evolución penitenciaria o la conveniencia de algún beneficio. Se confronta esta jurisprudencia con la teoría de la pena de la que se parte para hacer algunas críticas, observaciones y recomendaciones. Por último, se rebate el tópico de que los delincuentes por motivación ideológica no sean resocializables, distinguiendo este concepto del más estricto de «delincuente por convicción». Y se defiende la legitimidad del tratamiento penitenciario dirigido a desmontar distorsiones cognitivas y a la remoción de otros factores individuales que confluyan en la etiología delictiva. Para terminar, se recogen algunas ideas fundamentales a aplicar en el tratamiento penitenciario de delincuentes por motivación ideológica.

(1) El presente artículo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación RTI2018-095375-B-I00 «La ejecución de las penas por delitos de terrorismo», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Palabras clave: artículo 25.2 CE, fines de la pena, ejecución penitenciaria, prevención especial positiva, resocialización, no desocialización, reeducación, delincente de motivación ideológica, delincente por convicción, radicalización, desradicalización, tratamiento.

ABSTRACT

The article analyses the concept of rehabilitation as it is interpreted in the jurisprudence under the mandate established by article 25.2 of the Spanish Constitution. It reveals a double narrative: on one hand, it considers it sufficient to provide for mechanisms that aim to prevent de-socialisation, when checking the legitimacy of a law or of an administrative decision; but on the other, when it comes to examining the progress of an inmate to decide about his/her penitentiary situation or about the opportunity to grant them some beneficial mechanism, it requires an acceptance of the illegal and damaging nature of the fact, or even repentance or other changes of attitude to determine their rehabilitation. This jurisprudence is analysed in light of the theories about punishment, which are a starting point to make some comments, critics and recommendations.

Additionally, the article refutes the catchphrase according to which offenders with an ideological motivation cannot be rehabilitated, by means of distinguishing this concept from the more limited one of "offenders due to conviction". It maintains the legitimacy of the penitentiary treatment aimed to eliminate cognitive failures and to repel other individual factors that contribute to the causes to a crime. Lastly, the article offers some basic ideas to be applied in the penitentiary treatment of offenders for ideological reasons.

Keywords: article 25.2 of Spanish Constitution, rationale of punishment, serving of sentencing, positive special prevention, rehabilitation, non de-socialization, reeducation, offender for ideological reasons, offender due to conviction, radicalisation, de-radicalisation, treatment.

SUMARIO: I. Introducción: objetivos y marco teórico. A. Objetivos. B. Marco Teórico.—II. La interpretación jurisprudencial del artículo 25.2 CE. 1. No es un derecho fundamental del recluso. 2. Es un mero mandato del constituyente al legislador (y a la administración) para la orientación de la política penal y penitenciaria. 3. No es el único fin de la pena. 4. No es un fin obligatorio de la pena. 5. Lo que sí prohíbe la Constitución es una regulación que impidiera de modo radical la resocialización.—III. El concepto de resocialización en la jurisprudencia. A. ¿Resocialización o mera no desocialización? 1. El debate doctrinal. 2. Su traslado a la jurisprudencia. 2.1 La paulatina relajación de las exigencias atribuidas al artículo 25.2 CE. 2.2 La afirmación de que la resocialización es posible sin tratamiento. 3. La verdadera relación entre resocialización y no desocialización. 4. La progresiva degradación de la no desocialización. 5. El doble juego de la jurisprudencia. 6. Conclusiones parciales. B. El concepto de resocialización en sentido auténtico en la jurisprudencia. 1. La finalidad

de reeducar y reinsertar forma parte del fin de la pena que conocemos como prevención especial. 2. Es aplicable a todos los delitos y a todo tipo de delincuentes. 3. ¿Qué implica la resocialización así entendida? 3.1 La progresión personal. 3.2 La discusión sobre la legitimidad de la resocialización así concebida. 3.3 La discusión sobre la factibilidad de esta concepción. 4. ¿Necesidad de resocialización sin riesgo de reiteración? 5. Consecuencias importantes de la separación entre no desocialización y resocialización.–IV. Especial atención a la delincuencia de motivación ideológica. A. Planteamiento del problema. B. Lo que no funciona. C. Lo que puede funcionar.–V. Conclusiones.–VI. Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN: OBJETIVOS Y MARCO TEÓRICO

A. **Objetivos**

El presente estudio se enmarca en uno más amplio cuyos objetivos son identificar el concepto de resocialización manejado por la jurisprudencia, si es que puede hallarse uno que se mantenga de forma coherente y para todo tipo de delitos, para cotejarlo con la teoría de la pena más aceptada y estudiar su aplicabilidad a la delincuencia de motivación política y, en futuras investigaciones, confrontarlo con la legislación vigente, todo ello con la finalidad de analizar la corrección, utilidad y coherencia de nuestra legislación, jurisprudencia y prácticas penitenciarias.

En este artículo, por tanto, se identificará el concepto jurisprudencial de resocialización, se analizarán sus posibles contradicciones, los problemas de legitimidad y de factibilidad que presente y los riesgos que ofrezca.

A continuación, se analizará la viabilidad de aplicar este concepto a la delincuencia de motivación ideológica, intentado dar unas pautas para su aplicabilidad.

Para todo ello se hará un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, pero también de la Audiencia Nacional, las Audiencias provinciales y los Juzgados de Vigilancia penitenciaria, además de un repaso de la doctrina especializada, tanto la relativa a los fines de la pena, el mandato constitucional contenido en el art. 25.2 o el tratamiento penitenciario en general, como la referida a los procesos de radicalización y salida de organizaciones terroristas y abandono de actividades violentas.

No se aborda en este estudio el análisis sistemático de la legislación, que por lo tanto aparece citada tan solo como base de las decisiones jurisprudenciales y las opiniones doctrinales.

B. Marco teórico

Se parte, como marco teórico para este análisis, de la concepción más extendida en nuestra doctrina sobre los fines de la pena: la unitaria o mixta(2), que aúna el fundamento retributivo de la sanción con sus finalidades preventivas.

Además, dentro de las muy diversas variantes que se subsumen en las llamadas teorías mixtas, se rechaza, por los motivos ya explicados en otros trabajos anteriores(3), un concepto kantiano de retribución, optando, en cambio, por la retribución jurídica, ideal, como reafirmación del ordenamiento jurídico, pero extendiendo esta no solo a la reafirmación de la vigencia de la norma(4), sino también a la reafirmación de las valoraciones jurídicas que subyacen a las mismas(5), como única forma de garantizar y explicar satisfactoriamente la nece-

(2) Si distinguimos, como hace RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Pena (Teoría de la), en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N.º 16, abril- septiembre 2019, pp. 219-232, entre teorías unitarias, que simplemente suman distintos fundamentos o fines que van teniendo protagonismo en cada uno de los momentos de la vida de la pena, como es la teoría de Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, C. H. Beck, München, 2006, pp. 85-95, y teorías verdaderamente mixtas, en las que se establecen relaciones entre cada uno de los fundamentos y fines de la pena, la postura aquí defendida se incluye claramente en este segundo grupo y, más en concreto, dentro de él, en el subgrupo en el que la retribución en sentido jurídico juega un papel fundamental, pues no solo limita la prevención, sino que se argumenta que solo la pena retributiva puede alcanzar los fines preventivo positivos propuestos. También en este grupo se incluyen autores como ROBINSON, P., «El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena, en MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M., *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, 2012, para quien hacer justicia, en el sentido de castigar con una pena que refleje las valoraciones sociales del hecho, es la mejor manera de evitar el delito, pues mejora la capacidad para respetar, cooperar y obtener aquiescencia con el Derecho (pp. 54 y 64), o MOLINA FERNÁNDEZ, F., «¿Prevención positiva mediante la pena?», Conferencia pronunciada en el Seminario Internacional Permanente de Derecho Penal y Criminología de la UNED, 17/12/2020, accesible en <https://canal.uned.es/video/5fcd8c06b609236f046794aa> (última consulta 22/12/2020).

(3) GIL GIL, A., «Prevención general positiva y función ético-social del derecho penal», en Díez Ripollés *et al.* *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir* Madrid, Dykinson, 2002, pp. 9 y ss. (en adelante *LH-Cerezo*), GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 4, 2016.

(4) Como defiende JAKOBS, G., *Sobre la teoría de la pena*, UEC, 1998, pp. 32 y ss.

(5) Postura que en mi opinión entronca con la concepción de Welzel, tal y como expliqué en *L-Homenaje Cerezo*, pp. 9 y ss. y que comparten, en su versión de «refuerzo de los valores jurídicos» o de las «convicciones jurídicas», muchos autores. Por poner algunos ejemplos: LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal Parte General 3.*ª Edición 2016, p. 16, MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, 10.ª ed. Barcelona, Reppertor, 2016, p. 22.

saría proporcionalidad entre la pena y la magnitud de lo injusto y la culpabilidad(6).

Esta postura nos servirá para mantener la finalidad de la prevención positiva (tanto general como especial), rechazando que la misma se limite a la mera intimidación. En consecuencia, como se viene anunciando, se opta por un concepto de prevención que distingue, tanto en la prevención general como en la prevención especial, una vertiente negativa, la intimidación, y otra positiva, referida al efecto psicológico que se desea producir con la pena en las consciencias de los individuos y que se extiende no solo a la reafirmación en el juicio del condenado y del resto de los ciudadanos de la vigencia de la norma, sino también de la valoración jurídica del bien lesionado y de la desvaloración jurídica del hecho que lo ha lesionado o puesto en peligro, con la pretensión de que esas informaciones tengan a futuro una influencia en su comportamiento: eviten la reiteración delictiva.

A este efecto psicológico, relacionado con la vigencia de la norma y con las valoraciones jurídicas que subyacen a las mismas, se añade todavía, como contenido de la prevención especial positiva, en nuestro ordenamiento, la finalidad resocializadora en su vertiente de tratamiento o intervención, voluntaria y, en caso de ser necesaria, dirigida a dotar al penado de las herramientas para evitar la recaída en el delito y a remover los obstáculos que pudieran impedir tal logro(7).

Se rechaza aquí, en cambio, que forme parte de los fines de la pena el propósito de dar satisfacción a la víctima(8), en cualquiera de las

(6) Las teorías comunicativas de la pena han intentado justificar de otras maneras, que en mi opinión no llegan a resultar convincentes, tanto la necesidad de que la pena sea un dolor –véase sobre esta discusión GÓMEZ JARA DÍEZ, C., «La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?», en *InDret* 2/2008, pp. 16 y ss.–, como –con todavía más dificultades– la magnitud de la misma. La explicación de esto último termina acercando las posturas a la prevención positiva, como reconoce expresamente Pawlik, quien defiende que la medida de la pena debe establecerse en función de la extensión de la lesión a la libertad que el delito ha supuesto, lo que a su vez se conecta con lo que tradicionalmente se denomina la lesión del bien jurídico y su significado social –«Informe sobre la discusión» en PAWLIK, M., *Ciudadanía y derecho penal, Fundamento de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 59–.

(7) GRACIA MARTÍN, L., *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Barcelona, Atelier, 2006, pp. 198-199.

(8) Posturas con esta orientación han sido defendidas desde muy distintos fundamentos tanto en la doctrina continental como en la anglosajona. Véase por ejemplo HAQUE, A., “Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law”, *Buffalo Criminal Law Review*, (9), 2005, pp. 273 y ss.; REEMTSMA, J. P., *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters –als Problem*, 1999; Reemtsma, J. P. *Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen*

versiones surgidas en los últimos años en las llamadas teorías de la pena orientadas a la víctima, por resultar incompatibles tanto con la concepción del Derecho penal, como un instrumento del Estado para el mantenimiento del orden social, como, en consecuencia, con la afirmación de un cuerpo de derechos y garantías del acusado, que actúan como límite a dicha potestad estatal, como también he tenido oportunidad de explicar en publicaciones anteriores(9).

II. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 25.2 CE

Como es sabido, el artículo 25.2, inserto en la Sección 1.^a «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas» del Capítulo Segundo, «Derechos y libertades», del Título I, «De los derechos y deberes fundamentales», de nuestro texto fundamental, dispone: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a

Strafrecht, 1999; Hörnle, T., “Die Rolle des Opfers in der Strafrechtstheorie und im materiellen Strafrecht”, *JZ*, 2006; Holz, W., *Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers*, 2007;. KAUFMAN, W. R. P. *Honor and Revenge*, 2013; FLETCHER, G. P., “The Place of Victims in the Theory of Retribution” en *Buff. Crim. L. R.*, (3), 1999. Frente a las posiciones más extremas que afirman un derecho de la víctima al castigo, es preciso recordar que nuestro TC ha afirmado reiteradamente que el particular no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona (SSTC 157/1990, de 18 de octubre, 31/1996, de 27 de febrero, 177/1996, de 11 de noviembre; 199/1996, de 3 de diciembre, 41/1997, de 10 de marzo, 74/1997, de 21 de abril, 116/1997, de 23 de junio, 218/1997, de 4 de diciembre, 67/1998, de 18 de marzo, 138/1999, de 22 de julio).

(9) GIL GIL, A., *Indret*, N.º 4, 2016, *passim*. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, «Una crítica a las doctrinas penales de la «lucha contra la impunidad» y del «derecho de la víctima al castigo del autor», *REJ*, (11), 2009, pp. 35 y ss., PASTOR, D., «La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?», en AMBOS, K., *et al.* (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. II, 2011, pp. 491 y ss.

los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

Es ampliamente conocida la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado durante estos años de lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución española, de manera que aquí solo vamos a resumir, en cinco frases, esa doctrina, como punto de partida para llegar al objeto de nuestra investigación: un concepto jurisprudencial de resocialización.

Según el TC, el mandato de orientar las penas privativas de libertad(10) a la reeducación y reinserción social del penado:

1. No es un derecho fundamental del recluso

Esta afirmación constante del Tribunal Constitucional(11) ha sido ampliamente cuestionada por la doctrina(12), tanto por la ubicación sistemática del precepto, como por las ventajas que la consideración como derecho subjetivo comportaría para los penados(13). Sin embargo, el TC ha contestado que «lo importante para determinar la

(10) También resulta de aplicación a las medidas impuestas en la justicia penal de menores (STC 160/2012, 20 sept.).

(11) Entre otras muchas resoluciones: ATC 15/1984, de 11 de enero, ATC 739/1986, de 24 de septiembre, ATC 360/1990, de 5 de octubre, 72/1994, SSTC 2/1987, de 21 de enero, 19/1988, de 16 de febrero, 28/1988, de 23 de febrero, de 3 de marzo; 55/1996, de 28 de marzo; 112/1996, de 24 de junio, 75/1998, de 31 de marzo; SSTC 91/2000, de 30 de marzo, 120/2000, de 10 de mayo; 167/2003, de 29 de septiembre, 2/2006, de 16 de enero, 196/2006, de 3 de julio.

(12) Ampliamente sobre la polémica, con ulteriores citas de doctrina y jurisprudencia, véase URÍAS MARTÍNEZ, J., «El valor constitucional del mandato de resocialización» en *Revista española de derecho constitucional*, Año 21, N.º 63, 2001, pp. 56 y ss., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «El fin constitucional de la reeducación y la reinserción social: ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?», *ADPCP*, t. 67, 2014, pp. 384 y ss. GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1982, p. 195.

(13) SOLAR CALVO, P., «Análisis de dos resoluciones revolucionarias. Las SSTC de 27 de enero y 10 de febrero de 2020», en *La Ley Penal*, N.º 144, mayo-junio 2020, pp. 4 y ss., TÉLLEZ AGUILERA, A., «Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español», *ADPCP*, t. 52, 1999, p. 334. Igualmente, en *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Edisofer, Madrid, 1998, pp.36-37; GARCÍA DEL BLANCO, V., «Acumulación de condenas a pena privativa de libertad sustituidas por expulsión», en *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, N.º 18, 2019, p. 108. Sí reconocen un derecho fundamental de los penados a la resocialización, en cambio, la jurisprudencia italiana (como derecho de acceder a los tratamientos y las instituciones penitenciarias previstos para favorecer la reinserción social por la legislación vigente –URÍAS MARTÍNEZ, *op. cit.* p. 50–), o la alemana, como se explicará con detenimiento más adelante.

naturaleza de un enunciado constitucional no es solo su ubicación dentro de la Norma fundamental, sino otros datos, entre los que destaca la propia estructura normativa que en cada caso posea el enunciado. Por otro lado, el mandato garantista del art. 53.2 CE no desvirtúa lo dicho, dado que, como él mismo reza, lo que ha de protegerse a través de procedimiento preferente y sumario, y del amparo, en su caso, son las «libertades y derechos», no cualquier enunciado encuadrado en los arts. 14 a 30 de la Constitución»(14) .

2. Es un mero mandato del constituyente al legislador (y a la administración(15)) para la orientación de la política penal y penitenciaria

Se trataría, por tanto, de una «norma de programación final», cuyo cumplimiento deja un amplísimo margen de arbitrio a los llamados a cumplirla(16). Lo que no obsta, por supuesto, en opinión del TC, a que, aunque el recluso no pueda acudir en amparo, el mandato de la orientación reeducativa de la pena sí pueda «servir de parámetro para resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las Leyes penales»(17), pero limita notablemente su capacidad de control, que no podría versar sobre la mayor o menor aptitud de la norma para conseguir dicha finalidad, pudiendo censurar el TC exclusivamente una norma que resultara manifiesta y claramente contraria al fin prescrito(18).

(14) ATC 360/1990, de 5 de octubre, FJ 4.

(15) En palabras del TC: «...el art. 25.2 C.E. contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad» (SSTC 19/1988, de 16 de febrero, 28/1988, de 23 de febrero, 150/1991 de 4 de julio, 55/1996, de 28 de marzo, 229/2005, de 12 de septiembre, 56/2012, de 29 de marzo, 160/2012 de 20 de septiembre, entre otras muchas).

(16) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, 2001, p. 30, asumiendo la clasificación de DE OTTO, I., *Derecho constitucional, Sistema de fuentes*, 2.ª ed. Madrid, 1995, p. 93, y en el mismo sentido GONZÁLEZ COLLANTES, T., *El mandato resocializador del artículo 25.3 de la Constitución: doctrina y jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch 2017, pp. 57 y ss.

(17) ATC 15/1984, 11 de enero de 1984, SSTC 75/1998, de 31 de marzo, 81/1997, de 22 de abril, 204/1999 de 8 de noviembre, 160/2012 de 20 de septiembre, entre otras muchas.

(18) Sobre la diferente concepción del TEDH de la obligación positiva del Estado en materia de reinserción véase NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Prisión permanente revisable y el TEDH: algunas reflexiones críticas e implicaciones para el modelo español» *ADPCP*, LXXIII, 2020, p. 299 y ss.

3. No es el único fin de la pena

Así, en una postura que coincide con la mantenida mayoritariamente por la doctrina(19), el TC, en numerosas ocasiones, ha recordado que el mandato constitucional no significa que la resocialización sea el único fin legítimo de las penas, incluso ha llegado a decir que las finalidades del art. 25.2 CE no tienen siquiera un carácter prioritario sobre otras finalidades de prevención general o especial(20).

Al contrario, esta finalidad, que se proyecta esencialmente (pero no solo(21)) en la fase de ejecución, habría de armonizarse con otros fines de la pena, que cobrarían, según el TC, mayor protagonismo en otros momentos, en especial la prevención general (en sus contenidos de disuasión de potenciales delincuentes y reafirmación de la confianza de los ciudadanos en el respeto de las normas penales). Y además compete en exclusiva al legislador articular las relaciones entre esos diversos fines en el diseño de la política criminal, no siendo ilegítimo que otorgue preferencia en ocasiones a las necesidades preventivo-generales(22).

(19) Véase por ejemplo CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, vol. I, 6.º ed. Madrid, Tecnos, 2005, pp. 32 y ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, p. 47, ÁLVAREZ GARCÍA, Consideraciones, 2001, p. 39 y ss., GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 22, 23, 46,

(20) SSTC 19/1988, de 01 de marzo; 150/1991 de 4 de julio, 55/1996, de 27 de abril, entre otras muchas. En el mismo sentido el Tribunal Supremo: STS 874/2016, de 21 de noviembre, ATS 4737/2020, de 3 de julio, entre otras.

(21) Para el TS, «Tales finalidades, que a las penas privativas de libertad impone el artículo 25.2 de la Constitución española, aquí citado como infringido, tienen un alcance genérico que ha de tener en cuenta el legislador al fijar las penas aplicables a cada delito y los límites de su efectivo cumplimiento y también los Juzgados y Tribunales para la aplicación de las normas penales y penitenciarias, así como los órganos de la Administración correspondiente para la relativa a esta últimas (las penitenciarias)», STS 557/1996, de 18 de julio. Véase en el mismo sentido, entre otras: SSTS 497/1995, de 6 de abril, 669/1995, de 18 de mayo, 557/1996, de 18 de julio, STS 5027/2002 de 6 de julio. También en la doctrina se ha discutido si la orientación a la resocialización se predica únicamente de la fase de ejecución –así, entre otros, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983, p. 134, lo que tiene mucho que ver con el contenido que otorga al mandato del art. 25.2– o debe extenderse a otros momentos y obligados. En el sentido amplio, que se ha impuesto en las decisiones del TS, lo entiende por ejemplo ÁLVAREZ GARCÍA, J., *Consideraciones...* 2001, pp. 31 y ss.

(22) SSTC 160/2012, de 20 de septiembre; 203/2009, de 27 de octubre, y 60/2010, de 7 de octubre.

«Al respecto, el TS ha encontrado en la legislación penitenciaria los límites establecidos por el legislador para la ponderación y respeto de los distintos fines de la pena en fase de ejecución. Así, por ejemplo, de la regulación establecida en los artículos 102.2, 102.4 y 104.3 del Reglamento Penitenciario, que regulan el acceso al tercer grado, en línea con el art. 63.2 de la LOGP, resultaría que el cumplimiento de la cuarta parte de la condena es el límite general que refleja el necesario respeto a los fines de prevención general y prevención especial negativa, no sacrificables, en circunstancias normales, por el fin resocializador. Aunque incluso esta ponderación podría variar en favor de la resocialización en circunstancias excepcionales, tal y como prevé el art. 104.3 RP. El carácter excepcional de esta posibilidad exige una justificación reforzada(23)».

4. No es un fin obligatorio de la pena

Es decir, para el TC, una pena que por sus características pueda parecer «meramente» inadecuada para cumplir los fines de la resocialización no resulta, por ello, inconstitucional(24). Y tampoco sería ilegítima una pena que no sea necesaria para la resocialización por no existir riesgo de reiteración delictiva(25).

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, aunque confundiendo, en mi opinión, en algunos de los ejemplos que ha puesto, el concepto de resocialización: «El carácter orientador del ar-

(23) ATS de 4 de diciembre de 2020 (Causa Especial/20907/2017, Caso Forcadell).

(24) «...las penas cortas privativas de libertad... se prestan con dificultad mayor a la consecución de los fines designados por la Constitución, pero... habría de apreciarse atendiendo tanto a la duración de cada medida concreta como a su modo de cumplimiento, esta sola posibilidad no puede llevar a la invalidación del enunciado legal. La reeducación y la resocialización –que no descartan, como hemos dicho, otros fines válidos de la norma punitiva– han de orientar el modo de cumplimiento de las privaciones penales de libertad en la medida en que éstas se presten, principalmente por su duración, a la consecución de aquellos objetivos, pues el mandato presente en el enunciado inicial de este art. 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla.... No cabe, ...descartar, sin más, como inconstitucionales todas cuantas medidas privativas de libertad –tengan o no el carácter de “pena”– puedan parecer inadecuadas, por su relativamente corta duración, para cumplir los fines allí impuestos a la Ley y a la Administración penitenciarias» (STC 19/1988, de 16 de febrero).

(25) No puede sostenerse «la ilegitimidad de toda pena frente a hechos que por su naturaleza o por sus circunstancias no admitan reiteración» STC 150/1991, de 4 de jul. STC 55/1996, de 28 de marzo. Se muestra de acuerdo con esta conclusión ÁLVAREZ GARCÍA, *Consideraciones*, 2001, pp. 48-49.

título 25.2 CE ha de ser entendido como postulado a seguir por la administración penitenciaria señalando el tratamiento que ha de dispensarse al interno cuando ello sea posible, pues existen supuestos en los que tal criterio orientador es imposible o de difícil consecución, piénsese en supuestos como las penas privativas de libertad de corta duración, o las impuestas a personas que no necesitan de reeducación o reinserción, como los delincuentes ocasionales, pasionales o, incluso, económicos, o a los delincuentes denominados de convicción, que no quieren la reeducación. En estos supuestos la constitucionalidad de la pena no es dudosa, pues cumple unas finalidades distintas del criterio de reeducación y reinserción»(26). Como veremos más adelante, en la actualidad se ha superado ya este error sobre qué delincuentes necesitan o no resocialización, o son susceptibles de ser resocializados.

5. Lo que sí prohíbe la Constitución es una regulación que impidiera de modo radical la resocialización

Pero es preciso observar que, en línea con todo lo anteriormente dicho, el impedimento que convierte a la norma en inconstitucional tendría que tener un carácter casi absoluto, o, al menos, no justificado en una ponderación con los otros fines de la pena. De esta manera, se permite, incluso, que el legislador en esa ponderación dé prioridad a otros fines y, en consecuencia, se consideraría legítimo un mero entorpecimiento de la resocialización(27).

El TC tiene en cuenta, por tanto, la gravedad del delito y las necesidades preventivo-generales para aceptar una limitación o desplazamiento (no exclusión absoluta) de los fines resocializadores. Y, además, con frecuencia la temporalidad de esa limitación, o la mera existencia de otros mecanismos dirigidos a la no desocialización le sirven para excluir el carácter «radical» del impedimento.

(26) SSTS de 9 de noviembre y 28 de diciembre de 1998.

(27) En opinión del TC, el análisis de constitucionalidad debe atender a la «armonización con otros fines legítimos de las medidas privativas de libertad, analizando... el grado en que se reducen las posibilidades de articulación de la reinserción social –pues, sin lugar a dudas, una norma que impidiera de modo radical tal posibilidad sí resultaría contraria al art. 25.2 CE– (STC 160/2012, de 20 de septiembre). Como señala el voto particular en contra de Adela Asúa el *quid* de la cuestión radica en distinguir cuándo es un mero desplazamiento fruto de una aceptable ponderación o cuando la ponderación no es aceptable o hay una completa exclusión del fin resocializador: debe verse la legislación en su conjunto, las posibilidades de atender de otra manera a la prevención general, etc. También el TS afirmó que sería contraria a la CE una pena que impidiera el fin resocializador (STS de 20 de octubre de 1994).

III. EL CONCEPTO DE RESOCIALIZACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

A. ¿Resocialización o mera no desocialización?

I. EL DEBATE DOCTRINAL

Recordadas las premisas anteriores, nos adentraremos a continuación en la averiguación del significado que para la jurisprudencia tiene el mandato de orientar las penas privativas de libertad hacia la reeducación y la reinserción, centrándonos en la interpretación que se da a ambos términos. Y lo primero que vamos a preguntarnos al respecto es si la jurisprudencia entiende el mandato del art 25.2 como un deber de «resocializar» o como una mera obligación de velar por la «no desocialización del recluso».

Esta pregunta parece obligada porque en la doctrina las consideraciones sobre el contenido del mandato constitucional y las definiciones de los términos que lo integran son muy diversas(28), pero podemos sistematizarlas en la actualidad en dos grandes grupos:

1.º Los autores que creen en el tratamiento resocializador, y lo definen, con variantes(29), como la eliminación de aquellas condiciones que están en la etiología delictiva, la remoción de los obstáculos que dificultan llevar una vida respetuosa con las normas, o la facilitación al penado de los medios que le posibiliten una vida futura sin delito(30). Otros autores hablan, incluso, de una función de socializa-

(28) De «elenco casi inagotable de interpretaciones» las califica Mapelli Caffarena, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, 1983, p. 3. Y se señala que su ambigüedad permite defenderlo desde posiciones doctrinales divergentes y hasta antitéticas. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria», en *Papers d'estudis y formació*n, n. 12, 1993, p. 11. Un repaso crítico sobre los diferentes usos o fundamentos del término resocialización pueden verse en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La supuesta función resocializadora del Derecho penal, utopía, mito y eufemismo», en *ADPCP*, Tomo 32, Fasc/Mes 3, 1979, pp. 645 y ss.

(29) Estas explicaciones coinciden, además, con la visión que recoge la LOGP, que en su art. 59.1 define el tratamiento como el «conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados»; y en el art. 59.2 LOGP declara que «el tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como de subvenir a sus necesidades».

(30) BUENO ARÚS, F., «¿Tratamiento?», en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, ISSN 0210-9700, N.º Extra 2, 1989 pp. 89 y ss., MIR PUIG, S., «¿Qué queda en pie de la resocialización?», en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N.º Extra 2, 1989 pp. 35 y ss.; GARRIDO GENOVÉS, V., «El

ción del reemplazo(31) que puede cumplir la ejecución de la pena, subsanando los déficits de socialización del sujeto que están en la causa de su comportamiento delictivo(32). Pero, por lo general, la doctrina ha abandonado en la actualidad (veremos que no tanto la jurisprudencia) concepciones maximalistas, moralizantes, de la resocialización(33), y aun quienes hemos defendido siempre que la pena retributiva confirma no solo la vigencia de la norma, sino también la de las valoraciones jurídicas que subyacen a la misma, y que, por tanto, la prevención positiva tiene la misión de confirmar en el juicio de los ciudadanos (general) o del condenado (especial) esa conciencia tanto sobre la norma, como sobre el valor del bien jurídico y el desvalor del hecho, como mejor método de protección de los bienes

fracaso de la rehabilitación: un diagnóstico prematuro», en *Revista de psicología general y aplicada: Revista de la Federación Española de Asociaciones de Psicología*, Vol. 37, N.º 5, 1982, pp. 905 y ss.; SOLAR CALVO, P., «Hacia un nuevo concepto de reinserción» en *ADPCP*, Vol. LXXIII, 2020, p. 691 habla de una doble vía de la resocialización; por un lado, «se trabajan aquellos condicionantes criminógenos que pudieran concurrir en el interno e influyentes en la propia etiología del fenómeno delictivo», lo que integra el aspecto positivo de la prevención especial; y, por otro, se adoptan mecanismos para minimizar los efectos desocializadores de la prisión. Algunos autores, llevan el contenido que aquí identificamos como resocialización en un sentido estricto al término constitucional «reeducación», defendiendo la utilidad y necesidad del mismo, mientras que la parte referida a la «no desocialización» la trasladan al término «reinserción social» –véase CID MOLINÉ, J., «Derecho a la reinserción social (consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos)», en *Jueces para la Democracia*, N.º 23, Madrid, 1998, pp. 39 y ss.– Comparto la idea de este autor sobre el contenido autónomo de la resocialización y la no desocialización, pero en absoluto que la segunda encuentre acomodo en el término reinserción del art. 25.2 CE. Esta es también la visión de Instituciones Penitenciarias: véase Secretaria General Técnica «La estancia en prisión: Consecuencias y Reincidencia», *Documentos penitenciarios*, 16, 2017, p. 10-11.

(31) El término fue acuñado por SCHÜLER-SPRINGORUM, H., *Strafvollzug im Übergang*, Göttingen, 1969, pp. 160 y ss., y es ampliamente utilizado por la doctrina alemana, aunque se prefiera el término «resocialización», utilizado en un sentido amplio, que comprendería tanto los supuestos de ausencia de socialización inicial como los de restablecimiento de la socialización. Véase LEONHARDT, M., *Mehr Bühne für Resozialisierung*, Lit Berlin, 2017, p. 47. En sentido similar SEGOVIA BERNABÉ, J. L., «En torno a la reinserción social y a otras cuestiones penales y penitenciarias», en *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica*, N.º 1, 2006, p. 1, señala que, en lugar de reinserción, «en muchos casos, sería mejor hablar de inserción, pues no ha llegado a haber nunca plenamente aquella».

(32) KAISER, G., *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle* 1972 pp. 6 y ss.

(33) Como las que preconizaran los autores positivistas, como DORADO MONTERO, *Derecho protector de los criminales*, 1915, p. 201.

jurídicos a futuro, hemos señalado(34) que la asunción de las valoraciones jurídicas por parte de los ciudadanos es un deseo del Derecho penal, porque garantiza el éxito de su tarea, pero no se puede imponer (como señalaba Welzel, no sería una adhesión sino una sumisión(35)). La resocialización se conforma, por tanto, con la consecución de un comportamiento externo conforme al Derecho, pero intenta conseguir ese comportamiento no por mero temor, sino persuadiendo del contenido valioso de las normas(36).

2.º. Los autores que, por el contrario, no creen en el tratamiento resocializador, vierten duras críticas contra la terminología y las pretensiones plasmadas en el artículo 25. 2 CE (sería una utopía, cuando no una hipocresía, dado el efecto de prisionización, o incluso supondría una injerencia intolerable que vulneraría los derechos fundamentales de los reclusos) y, en consecuencia, afirman que la interpretación de este mandato debe limitarse a una obligación de no desocializar(37).

Contra estas críticas se ha contestado, con gran acierto por parte de los defensores de la primera postura(38). Pero, sobre todo, contra esta visión pesimista que reduce la pena de prisión a la mera inocuiza-

(34) GIL GIL, A., *H- Cerezo*, pp. 15 y ss. También CEREZO MIR, J., *Derecho penal, Parte general*, t. I, p. 16 y nota 12.

(35) Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª, p. 6.

(36) ESSER, A., “Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzugs”, en JÜRGEN BAUMANN, J., (Hrsg.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts: Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr, 1974, pp. 505-518, KAISER, G., SCHÖCH, H., *Strafvollzug*, 5.ª ed., Heidelberg, Müller, 2002, pp. 235 y ss.

(37) Entre otros MUÑOZ CONDE, F. «La prisión como problema: resocialización versus desocialización», en *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 117, RÍOS MARTÍN, J. C., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, Madrid, 2009, pp. 85 y 86; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español* Barcelona 1993, el mismo, «La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario», en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N.º Extra 2, 1989 p. 112, LÓPEZ PEREGRÍN, C., «¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?», en *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, N.º 1, 2003, p. 2. También contra la definición legal de tratamiento, por entender que supone una intromisión en la ética personal, COBO DEL ROSAL, M. Y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 48, nota 14. Sobre esta polémica con mayor detalle GONZÁLEZ COLLANTES, T., «El programa de intervención en radicalización violenta con internos islamistas: ¿implica un adoctrinamiento ideológico? Una reflexión sobre el concepto de resocialización en un estado democrático de derecho», en ALONSO RIMO, A., Y GIL GIL, A (eds.) *Prevención de la radicalización violenta en prisión*, Dykinson, 2021, en prensa.

(38) BUENO ARÚS, F., «¿Tratamiento?», en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N.º Extra 2, 1989 pp. 89-98, quien achaca, en cambio a la falta de medios, los fracasos del sistema; MIR PUIG, S., «¿Qué queda en pie de la

ción, solo atemperada por la obligación de no desocialización, se oponen los excelentes resultados que en múltiples ámbitos han demostrado diversas intervenciones de orientación tratamental(39).

2. SU TRASLADO A LA JURISPRUDENCIA

2.1 *La paulatina relajación de las exigencias atribuidas al artículo 25.2 CE*

Examinando si este debate se ha trasladado a la jurisprudencia, lo cierto es que en algunas resoluciones observamos una paulatina relajación de las exigencias atribuidas al artículo 25.2, lo que nos

resocialización?», *op. cit.* pp. 35-41, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *La resocialización: objetivo...*, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

(39) Existen numerosos estudios a nivel mundial que demuestran que la liberación anticipada acompañada de programas de tratamiento reduce la reincidencia en comparación con el cumplimiento completo y la liberación sin tratamiento resocializador, véase los recogidos por CID MOLINÉ, J., y TEBAR VILCHES, B., «Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo» en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 8, 2010. Sin embargo, es preciso señalar también que hay posturas que cuestionan estos estudios, denunciando que no se realizan de manera correcta, por lo que no hay, en realidad, una prueba del éxito del tratamiento –MEDINA GARCÍA, M., *Evaluación experimental de la eficacia de los programas psicológicos de tratamiento penitenciario*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, 2013, pp. 79 y ss. El problema radicaría en que las personas seleccionadas ya muestran una predisposición a la resocialización, por lo que en opinión de este autor debería buscarse un grupo de control más fiable. Sin embargo, no es cierto que este efecto «selección» no se tenga en cuenta en los estudios que se critican –es decir, que sean las personas de mejor pronóstico inicial las que acaben su condena en los regímenes más abiertos, siendo el pronóstico inicial y no el proceso de reeducación y reinserción el que influya en la reincidencia–. Véase, sobre estudios que tiene en cuenta esta posibilidad y aun con todo afirman que los programas de reeducación y reinserción tiene una influencia en los procesos de desistimiento de la delincuencia, IBÁÑEZ I ROIG, A. y CID MOLINÉ, J., «La reinserción de las personas que finalizan condena en régimen ordinario», *Invesbreu Criminología*, N.º 74, 2017, p. 17. Sobre los programas específicos de educación en valores véase, por ejemplo, la interesante experiencia desarrollada en el Centro Penitenciario de Albolote. GARCÍA JIMÉNEZ, E. y SÁNCHEZ LÓPEZ, B., «La educación en contextos de encierro desde una perspectiva multidisciplinar: la importancia de educar en valores como impulso a la reinserción social», en *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, Año: VII, N. 2 enero-abril 2020. Estudios realizados con grupos de control más específicos que los usados por Medina han demostrado, por ejemplo, el éxito de programas de tratamiento contra la violencia de género –véase PÉREZ RAMÍREZ, M., GIMÉNEZ-SALINAS FRAMÍS, A., DE JUAN ESPINOSA, M., «Evaluación de la eficacia del programa de tratamiento con agresores de pareja (PRIA) en la comunidad», en *Psychosocial Intervention*, 22, 2013, pp. 105y ss.; RODRÍGUEZ-ESPARTAL, N., LOPEZ-ZAFRA, E., «Programa emocional para presos por violencia de género (PREMOVIGE): Efectividad en variables cognitivas y conductuales», en *Psychosocial Intervention*, 22, 2013, pp. 115 y ss.

lleva a cuestionarnos si estamos ante una disolución de la resocialización o ante el abandono de la «reeducación» y su sustitución por la no desocialización.

Ello es así porque, en ocasiones, a raíz del cuestionamiento de la potencialidad resocializadora ante determinado tipo de sanciones o de delitos (penas cortas, delitos no reiterables...) nuestro Tribunal Constitucional se conforma, para cumplir el mandato resocializador, con afirmar la existencia de mecanismos que pretendan la «no desocialización», realizando así un desplazamiento desde su inicial vocación de educar para vivir en libertad, hacia el intento de procurar que la estancia en la prisión no empeore las perspectivas resocializadoras del sujeto, evitando los efectos nocivos, lo que marcaría una especie de contenido mínimo del artículo 25.2 CE(40).

2.2 *La afirmación de que la resocialización es posible sin tratamiento*

Otra idea interesante que observamos en numerosas resoluciones es la de que la resocialización puede lograrse sin tratamiento. Para el TC la reeducación y reinserción social puede lograrse mediante la mera declaración de culpabilidad e imposición de una pena(41). En efecto, la pena impuesta puede informar o recordar al sujeto el valor del bien lesionado y el desvalor de su conducta y, bien por esta aceptación de los valores jurídicos o bien por la mera intimidación, evitar la reiteración delictiva, sin necesidad de ulteriores tratamientos destinados a la preparación para una vida sin reincidencia. Pero el problema es que en estas resoluciones el TC no se plantea el tema para cuando el sujeto no necesita ulterior tratamiento, sino en supuestos en los que la pena, por sus características, no permite ofrecerlo. En tal caso, el TC relaja de nuevo el mandato resocializador a la mera no desocialización y, evidentemente, son dos cosas distintas.

Lo que debería plantearse el TC es, de necesitarse el tratamiento, si se cumple con el mandato constitucional si no se ofrece o, por el contrario, debería optarse en tales casos por otro tipo de pena o por otro tipo de «tratamiento».

(40) SSTC 112/1996 y 109/2000, «el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria precisamente dirigidos a garantizar dicha orientación resocializadora, o al menos, no desocializadora precisamente facilitando la preparación de la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena».

(41) SSTC 234/1997, de 18 de diciembre, 120/2000, de 10 de mayo, 55/1996, 161/1997, de 2 de octubre; 120/2000, de 10 de mayo.

3. LA VERDADERA RELACIÓN ENTRE RESOCIALIZACIÓN Y NO DESOCIALIZACIÓN

La relación entre resocialización y no desocialización planteada de esta manera no resulta, a mi modo de ver, correcta. La obligación de no empeorar las condiciones del sujeto para adaptarse a una vida en sociedad no es el contenido mínimo del mandato resocializador, ni, como ya anuncié, se encuentra recogida, en mi opinión, en el artículo 25.2, sino en el 10 de la Constitución española.

El Tribunal Constitucional alemán entiende la búsqueda de la rehabilitación como una obligación del Estado y un derecho fundamental del recluso y, a falta de un precepto como nuestro 25.2, lo deriva directamente del derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Además, distingue, dentro del derecho a la reinserción social, un derecho al tratamiento resocializador y a la consiguiente rehabilitación social si el tratamiento tiene resultado positivo y un derecho a la no desocialización por el paso del tiempo durante el cumplimiento de la condena: el mantenimiento, durante la condena, «de la aptitud para una vida en libertad» (*Lebenstüchtigkeit*). «Los presos deben poder vivir de tal manera que puedan volver a la normalidad si salen de la cárcel». Este derecho a la no desocialización asiste a cualquier penado, aunque rechace el tratamiento, y no reconozca su delito. Pero en ningún caso sustituye a la obligación de ofrecer un tratamiento(42).

De esta postura merece la pena rescatar la idea de que la obligación de procurar la resocialización es independiente de la de no desocialización, no siendo esta última su contenido mínimo, ni bastando, por tanto, el cumplimiento de la segunda para satisfacer las exigencias de la primera. Además, contando nosotros con el artículo 25.2 CE no nos vemos obligados a una fundamentación, cuando menos difícil, de la obligación de procurar la resocialización a partir del derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. La posibilidad, en cambio, de ubicar cada uno de estos mandatos en un precepto constitucional diferente debería favorecer su independencia(43), de manera que se preservaran ambos, sin que uno se diluya o se conforme con el otro.

(42) BvG Beschlüsse vom 17. und 18. September 2019 - 2 BvR 1165/19, 2 BvR 681/19, 2 BvR 650/19.

(43) Soy consciente de la enorme interdependencia que, desde la perspectiva del desarrollo del interno, tienen la no desocialización y la resocialización. Sobre este tema volveremos *infra*. Pero aquí me refiero a la perspectiva del Estado y de sus obligaciones.

El mandato de evitar la desocialización, u obligación de «no desocialización», comprendería dos contenidos fundamentales: por un lado, una prohibición de las penas excesivamente largas, que hicieran de la reintegración en el mundo social una perspectiva absolutamente ilusoria; y de otro, una obligación de prever mecanismos para que durante la ejecución de la pena el condenado mantenga la relación con el mundo exterior (lo que incluye permisos de salida(44), la posibilidad de pasar a un régimen de semilibertad –tercer grado–, y de acceder a la libertad condicional)(45), e incluso el proporcionar que el interno realice alguna actividad ocupacional durante su estancia en el medio carcelario.

4. LA PROGRESIVA DEGRADACIÓN DE LA NO DESOCIALIZACIÓN

Los peligros de concebir la no desocialización como el contenido mínimo y suficiente del mandato resocializador aumentan si comprobamos que, además, la jurisprudencia ha ido rebajando paulatinamente las exigencias para dar por cumplido el primero.

«Así, por ejemplo, resulta curioso que, durante años, a raíz del problema de la imposibilidad de acumulación de penas fuera del concurso real, surgiera una jurisprudencia(46) que, favorable a la interpretación laxa del requisito de conexidad, consideraba expresamente contrarias al mandato resocializador penas excesivamente amplias (superiores a los límites de cumplimiento entonces vigentes)(47). Pues bien, esta idea se

(44) BVG Beschlüsse vom 17. und 18. September 2019 - 2 BvR 1165/19, 2 BvR 681/19, 2 BvR 650/19.

(45) CID MOLINÉ, J., «Derecho a la reinserción social», *op. cit.*, 1998, p. 45.

(46) SSTS 553/1998 de 30/01/1998, 1996/2002 de 25 /11/2002, entre otras muchas. En esta jurisprudencia encontramos afirmaciones del tipo: «la resocialización... como argumento esencial y prioritario se impone en virtud del art. 15 de la Constitución Española que proscrib[e] las penas o los tratos inhumanos y degradantes... la legalidad constitucional debe prevalecer sobre la ordinaria en todos los casos en los que la gama de las penas impuestas y pendiente de cumplimiento rebasen el límite de los 30 años. Por ello, todo cuanto contradiga o se enfrente a la resocialización del individuo empañando o adulterando el fin último de la pena, comportará una tacha desde el punto de vista constitucional que exigirá la rectificación del acuerdo judicial correspondiente» (STS 553/1998, de 30/01/1998).

(47) Esta idea nunca se mantuvo con absoluta coherencia, pues aún con aquella interpretación laxa quedaban fuera supuestos que podían dar lugar a larguísimos tiempos de condena, cuya subsistencia se mantenía apelando a la existencia de otros fines de la pena, la evitación de la impunidad, etc., a la par que los tribunales recomendaban la utilización de otros mecanismos para paliar los efectos desocializadores en tales casos, como el indulto parcial, la libertad condicional anticipada, etc. (STS 1805/2001, de 07/03/2001, STS 302/2000, de 23/01/2000). Con las sucesivas reformas estas posibilidades que recomendaba la jurisprudencia se han visto también cercenadas expresamente por el legislador. Muy crítico FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Individualización científica y tratamiento en*

ha abandonado ante la paulatina ampliación de los límites de cumplimiento del concurso real y la introducción de la prisión permanente revisable(48). En el fondo se reconoce con resignación que el interés resocializador (reducido a la no desocialización), que justificaba los límites de cumplimiento del art. 76, ha sido sacrificado, pero el TS se adapta a los deseos del legislador, en lugar de cuestionar la constitucionalidad de las reformas. Especialmente llamativa resulta la postura del Tribunal Supremo respecto de la pena de prisión permanente revisable, pues a pesar de haberla criticado y haber insinuado no estar convencido de su constitucionalidad, tampoco la ha cuestionado(49). Como estos podemos encontrar otros ejemplos de acomodación del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional a la constante involución desocializadora del legislador, a pesar de que las sucesivas reformas vulneraban expresamente sus jurisprudencias anteriores. Ya la asunción de la doctrina Parot(50) por parte del TS supuso una acomodación anticipada de este tipo(51). Y recordemos que entonces el Tribunal Constitucional mantuvo(52):

prisión, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior, Madrid, 2014, p. 529. Véase en el mismo sentido CERVELLÓ DONDERIS, V., «El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social» en VVAA, *Presente y futuro de la Constitución española* de 1978, 2005, pp. 217 y ss., punto 3. Respecto del indulto parcial, que parece ser la única solución que subsiste, es preciso apuntar que, según la jurisprudencia del TEDH, dicha posibilidad no es suficiente para garantizar el llamado «derecho a la esperanza» que haga compatible la condena con el art. 3 CEDH, cuando se trata de condenas que por su extensión temporal y condiciones de cumplimiento son materialmente equiparables a la cadena perpetua según los estándares del CPT. Véase NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Prisión permanente revisable y el TEDH: algunas reflexiones críticas e implicaciones para el modelo español», *ADPCP*, t. LXXIII, 2020, p. 292.

(48) El TS hace referencia ahora a que los límites relativos pueden alcanzar en algunos casos los 40 años y que además se ha incluido la prisión permanente revisable, de manera que matiza su argumentación anterior situando la problemática en la acumulación de penas por delios menores. Véase, por ejemplo, STS 3018/2019, de 02/10/2019; STS 229/2019 de 30/01/2019.

(49) STS 82/2019 16/01/2019: «si bien, ahora denominada prisión permanente, con el adjetivo añadido de revisable, que no evita la posibilidad de que integre prisión por vida, aunque paradójicamente se afirma su constitucionalidad, porque existe posibilidad de que no sea perpetua o si se prefiere, porque su “permanencia” no es inexorable».

(50) Sobre la misma en detalle NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «La “Doctrina Parot” y el fallo del TEDH en el asunto “Del Río Prada contra España”: el principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, N.º 9, 2013, pp. 377 y ss.

(51) Sobre la contradicción de la doctrina Parot con su propia jurisprudencia anterior sobre acumulación de penas y con el art. 25.2 CE véase HAVA GARCÍA, E., «Antes y después de la doctrina Parot: la refundición de condenas y sus consecuencias», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* N.º 6, marzo – agosto 2014, pp. 153 y ss., CÁMARA ARROYO, S., «La doctrina Parot», en BUSTOS RUBIO, M., ABADÍAS SELMA, M., A., (Dirs.), *Una década de reformas penales: análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, 2020, pp. 141 y s.

(52) STC 40/2012, de 29 de marzo.

“[...] es evidente que el nuevo criterio de cómputo de las redenciones dificulta objetivamente la posibilidad de reducir automáticamente el cumplimiento efectivo de la pena en determinados supuestos, singularmente de aquellos en los que la duración de las penas acumuladas supera en mucho, aritméticamente, los límites máximos de cumplimiento legalmente establecidos. Pero tal criterio no impide que los penados puedan cumplir su condena con arreglo a las previsiones de la legislación penitenciaria vigente que, a través del sistema de individualización científica, la previsión de clasificación en diversos grados, los permisos ordinarios y extraordinarios de salida, las comunicaciones personales, los regímenes de cumplimiento en semilibertad y la posibilidad de obtener la libertad condicional, incluso de forma anticipada, constituyen un elenco de medidas que favorecen y posibilitan la reeducación y reinserción social, si su conducta penitenciaria y su evolución muestra que se hallan en condiciones de rehacer su vida en libertad”.

Como vemos, el Tribunal Constitucional se conformó con la previsión abstracta de mecanismos orientados a la no desocialización para considerar cumplidas las exigencias del art. 25.2 CE, a pesar de que, en el caso concreto la doctrina Parot, y el art. 78 CP en el que la misma se inspiraba, hacían inaplicables todos esos mecanismos(53).

Y una vez más, ante el paso atrás de los tribunales, el legislador avanza dos pasos e introduce una pena de prisión permanente respecto de la que viene a limitar todos esos mecanismos, dirigidos a la no desocialización a los que aludía el TC para salvar la constitucionalidad de penas excesivamente largas. Así, se exigen en algunos supuestos, ya solo para acceder a la libertad condicional (o incluso al tercer grado en casos de concursos de delitos) plazos de cumplimiento superiores a aquellos que el Tribunal Supremo consideraba, en su antigua jurisprudencia sobre acumulación de penas, contrarios al mandato resocializador(54).

O, por poner otro ejemplo, respecto de los permisos de salida, el TC había exigido, en una famosa sentencia de 1996, la necesidad de motivación para su denegación y que esta no se base en informes estereotipados o meramente en el tiempo que resta para la excarcela-

(53) Como señaló la doctrina, la nueva interpretación jurisprudencial hacía desaparecer cualquier estímulo por conseguir beneficios penitenciarios y por lo tanto para reinsertarse socialmente (CUERDA RIEZU, A., «El concurso real y la acumulación de penas en la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot: observaciones legales y constitucionales», en *Cuadernos de derecho judicial*, N.º 7, 2006, p. 291).

(54) Sobre la incompatibilidad de esta regulación con el fin resocializador NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Análisis crítico de la libertad condicional en el proyecto de reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013 (especial referencia a la prisión permanente revisable)», en *La Ley Penal*, N.º 110, septiembre-octubre 2014, pp. 65-66.

ción, por entender que ello limita las posibilidades de resocialización, pues la finalidad de los permisos es la preparación para la libertad(55). Pero de nuevo se ve superado por el legislador, que ha introducido en la ley limitaciones temporales absolutamente estereotipadas, basadas exclusivamente en el tipo de pena impuesta y de delito cometido(56)».

5. EL DOBLE JUEGO DE LA JURISPRUDENCIA

Pero, a pesar de todo lo dicho, sería un error concluir que la jurisprudencia ha acabado por identificar el mandato resocializador con las meras exigencias de no desocialización y que han sucumbido, por tanto, a la ideología de la crisis del ideal resocializador.

Lo cierto es que del análisis de otro tipo de resoluciones judiciales se desprende que nuestra jurisprudencia está muy lejos de equiparar resocialización con no desocialización. Los tribunales limitan el contenido del 25.2 CE a la obligación de no desocialización solo cuando juzgan la legitimidad de las leyes o de las decisiones de la administración penitenciaria. En cambio, cuando examinan los requisitos de evolución del tratamiento para, en consecuencia, otorgar una progresión o un beneficio, el concepto cambia radicalmente, ya no se conforman con una no desocialización, exigen mucho más.

Como veremos con detalle en los epígrafes siguientes, nuestros tribunales, a la hora de evaluar y permitir la evolución en el tratamiento penitenciario, exigen la resocialización en un sentido mucho más exigente, exigen la progresión en la adquisición de la actitud y las condiciones para una vida en libertad exenta de delito. Y, además, se exige(57), para afirmar ese avance en la resocialización, la asunción de la ilicitud y la dañosidad del hecho, el compromiso con la legali-

(55) Véase STC 112/96 de 24 de junio.

(56) La involución jurisprudencial empezó sin embargo antes, ya en la STC 81/1997, de 22 de abril, se establece que el tiempo de condena que queda por cumplir es un argumento para denegar los permisos. Sobre ello con detalle, y críticamente, CID MOLINÉ, J., «Derecho a la reinserción social *op. cit.*, 1998, p. 45. Sobre los límites legales véase el art. 36 CP, según el cual el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de doce años de la condena a prisión permanente revisable en caso de haber sido condenado por delitos de terrorismo, y ocho años de prisión para el resto de delitos. También los periodos de seguridad son muestra de esta involución y paulatino abandono del fin resocializador, VÉASE FUENTES OSORIO, J. L., «Sistema de clasificación penitenciaria y el «periodo de seguridad» del art. 36.2 CP», en *InDret* 1/2011, pp. 7 y ss.

(57) STC 161/1997, de 2 de octubre, y 234/1997, de 18 de diciembre, 137/2000, de 29 de mayo, AT5, 22 de Julio de 2020, entre otras.

dad, e incluso el arrepentimiento, la petición de perdón(58), etc. Con frecuencia, como veremos, este aspecto eclipsa el análisis del riesgo de reincidencia, pareciendo convertirse en un fin en sí mismo, o entrando en el pantanoso terreno de la moralización, o incluso intuyéndose una excusa para aumentar los aspectos meramente retributivos de la pena.

6. CONCLUSIONES PARCIALES

Observamos, por tanto, una paulatina adaptación de la jurisprudencia a la involución legislativa que sacrifica una y otra vez los fines preventivo-especiales para privilegiar los retributivos y preventivo-generales. Las conclusiones de esta observación son decepcionantes:

– Se percibe en muchas resoluciones una trasmutación del mandato resocializador en uno meramente no desocializador.

– Esta trasmutación se ha ido extendiendo en la jurisprudencia más allá de aquellas penas y situaciones en las que se argumentaba que no era posible un tratamiento resocializador, a las que se reducía este fenómeno en la jurisprudencia de finales de los 90, hasta 2003(59).

– Para colmo esa conversión se ve contaminada, además, por una paulatina devaluación de las exigencias de la no desocialización.

– Pero junto con esta tendencia pervive un concepto de resocialización en sentido estricto, que, como veremos en el siguiente epígrafe, tiene como eje central el tratamiento, y como finalidad la verdadera preparación del sujeto para una vida en libertad exenta de delito. Este segundo concepto se maneja para negar permisos, cambios en la clasificación, etc.

(58) La Audiencia Nacional ha introducido incluso por vía interpretativa el requisito de la solicitud de perdón a las víctimas, como prueba del avance en la resocialización para la concesión de la redención extraordinaria a condenados en aplicación del anterior Código Penal. Véase por ejemplo el Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 15/04/16y los AAN 321/2018 de 12/04/18; 943/2020 de 30 de diciembre y 943/2020 de 30 de diciembre.

(59) Año en el que se aprueba la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que introdujo importantes modificaciones en la regulación de la pena de prisión referidas, en especial, al límite máximo de cumplimiento en casos de acumulación de penas y a las condiciones para acceder al tercer grado y a la libertad condicional. Sobre la incompatibilidad de esta ley con el art. 25.2 CE, aún entendido en un sentido mínimo que aquí no se comparte, véase LÓPEZ PEREGRÍN, C., *REIC*, N.º 1, 2003, p. 17.

B. El concepto de resocialización en sentido auténtico en la jurisprudencia

A continuación, vamos a explorar, por tanto, el contenido que atribuyen nuestros tribunales a la resocialización cuando no la limitan a un mero mandato de no empeorar, durante su paso por la prisión, las condiciones del sujeto para su vuelta a la vida en sociedad (no desocialización). Es decir, indagaremos sobre qué contenido real da la jurisprudencia a los términos «reeducar» y «reinsertar».

Aunque la jurisprudencia rara vez nos ofrece una definición de la reeducación y reinserción, con frecuencia el TC y el TS lanzan algunas ideas o pinceladas que van perfilando su contenido, en sus decisiones referidas al control de la regulación o la aplicación de los mecanismos aperturistas del contacto del penado con la libertad, asociados a la resocialización en nuestro sistema de individualización científica: permisos ordinarios de salida, salidas programadas, progresión en grado, antigua redención de penas por el trabajo, suspensión de la ejecución, libertad condicional, indulto... Las resoluciones judiciales sobre estos asuntos exigen un deber de motivación reforzado: «deben ponderar las circunstancias individuales de los penados, así como los valores y bienes jurídicos comprometidos en las decisiones a adoptar, teniendo presente tanto la finalidad principal de las penas privativas de libertad, la reeducación y la reinserción social, como las otras finalidades de prevención general que las legitiman»(60).

I. LA FINALIDAD DE REEDUCAR Y REINSERTAR FORMA PARTE DEL FIN DE LA PENA QUE CONOCEMOS COMO PREVENCIÓN ESPECIAL

Por lo general, y con escasas excepciones(61), la jurisprudencia interpreta la reeducación y la reinserción como un fin de la pena (uno de los contenidos de la prevención especial, junto con la intimidación), siendo los otros la prevención general (positiva y negativa) y la retribución(62).

(60) SSTC 79/1998, de 1 de abril, 163/2002, de 16 de septiembre, SSTC 57/2007, de 12 de marzo, 222/2007, de 8 de octubre, STC 43/2008, de 10 de marzo, 226/2015, de 2 de noviembre, 96/2017, de 17 de julio, entre otras.

(61) Alguna sentencia aislada ha considerado que el mandato constitucional no hace referencia a la prevención especial o ni siquiera contiene un fin u objetivo de la pena (AAP CE 81/2020, de 23 de julio).

(62) Por ejemplo, STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6, STC 160/2012, de 20 de septiembre, y numerosas sentencias de los JVP y de las AP, la AN: AAN de 12/04/18, AAP P 69/2020 de 23/07/2020. También gran parte de la doctrina relaciona reeduca-

En la doctrina, en cambio, hay discrepancias sobre este punto, ya que, aunque la mayoría también lo ve así(63), precisamente aquellos autores que reducen el art. 25.2 a un mandato de evitar en lo posible los efectos desocializadores de la prisión concluyen, en coherencia, que tal cometido no guarda relación con la prevención especial(64). Como con razón se ha contestado contra este argumento, en tal caso no sería necesario un artículo 25.2 CE(65). La obligación de no desocializar se deriva directamente del artículo 10 de la Constitución española. Por ello el art. 25.2 CE necesariamente debe referirse a algo más: el mandato constitucional contenido en este precepto hace referencia precisamente a la resocialización como parte de la prevención especial.

2. ES APLICABLE A TODOS LOS DELITOS Y A TODO TIPO DE DELINCUENTES

El Tribunal Constitucional ha rechazado en numerosas ocasiones que la necesidad de resocialización tenga que ver en exclusiva con delincuencia marginal, descartando, por tanto, que la resocialización se limite a la remoción de factores etiológicos de la criminalidad relacionados con la pobreza, las adicciones o similares o que se limite a determinado tipo de delitos, y se excluya en otros(66). En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha reconocido que también las personas que gozan de una buena posición económica, apoyos familiares, e incluso reconocimiento social y éxito profesional, pueden necesitar ser resocializados(67), superando con ello erróneas afirmaciones

ción y inserción social con resocialización y esta con prevención especial positiva. Véase por ejemplo BUENO ARÚS, F., «La resocialización del delincuente adulto normal desde la perspectiva del Derecho Penitenciario», en *Actualidad Penal*, núm. 5, p. 235, GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 12.

(63) SOLAR CALVO, P., «Hacia un nuevo concepto de reinserción» en *ADPCP*, T. LXXIII, 2020, p. 691, DEMETRIO CRESPO, E., «Constitución y sanción penal», en *Libertas—Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*. N.º 1, 2013, pp. 96 y ss.; DELGADO DEL RINCÓN, L. E., «El artículo 25.2 ce: Algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la inserción social como fin de las penas privativas de libertad» en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Número extraordinario, enero 2004, p. 343

(64) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, op. cit., pp. 140 y ss.

(65) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones*, p. 55.

(66) STC 161/1997, de 2 de octubre, y 234/1997, de 18 de diciembre.

(67) Auto TS 22 de julio de 2020 (Caso Forcadell).

pasadas(68). Y ello es así porque la resocialización, como veremos, tiene que ver con preparar al recluso para una vida en libertad exenta de delito y, por tanto, esa preparación será diferente dependiendo de las condiciones previas del sujeto y, sobre todo, de la modalidad delictiva, en particular, de sus motivaciones y la concreta etiología de su delito(69). Pero el que sea diferente no implica que no exista.

«Esta acertada visión no impide, sin embargo, que en ocasiones, se deslicen tanto en las resoluciones judiciales como en los escritos de los fiscales erróneas alusiones a la falta de necesidad de resocialización de personas que aun habiendo delinquido «se encuentran perfectamente insertadas en la sociedad» por su estatus, profesión, lazos familiares, etc.(70), llegando a distinguirse en ocasiones, en mi opinión también de forma errónea, entre reinserción y reeducación, para afirmar la necesidad de la segunda pero no de la primera(71).

(68) Como vimos, hubo un tiempo en que mantuvo equivocadamente que hay personas que no necesitan de reeducación o reinserción, como los delincuentes ocasionales, pasionales o, incluso, económicos, o los delincuentes denominados de convicción, SSTS de 9 de noviembre y 28 de diciembre de 1998.

(69) Por ello, con razón el TS exige que el tratamiento penitenciario se diseñe en función del delito cometido y guarde relación con el mismo, para que pueda cumplir su función conforme a los arts. 59.1 («El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal») y 65.2 («La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva») de la LOGP. ATS 22 de julio de 2020 (Caso Forcadell), ATS de 4 de diciembre de 2020 (Causa Especial/20907/2017, Caso Forcadell).

(70) Así, por ejemplo, el Escrito de la Fiscalía de Barcelona a Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N.º 1, sobre la progresión tercer grado, de 30 julio 2020 (Caso Bassa), cuando afirma que «En el presente caso los fines de la pena en su vertiente de reinserción social pueden darse por cumplidos, en el sentido de estar integrada en la sociedad, ya que la penada está y estaba antes de ingresar en prisión, plenamente integrada en la sociedad, por lo que factores como la familia normalizada, la tenencia de un trabajo o los contactos sociales siempre los ha tenido y los tendrá», y más adelante afirma: «Pero además los fines de reeducación y resocialización tampoco están cumplidos, pues más allá de la resocialización entendida como estar integrada en la sociedad, situación en la que ya estaba la interna antes de cometer el delito, deben enfocarse ambos fines conforme a lo establecido por el art. 59;2 de la LO.G.P., esto es, “hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal”, lo que difícilmente se puede predicar de la interna en la medida en que no hay auténtica asunción delictiva... siendo muy difícil, si no imposible, detectar la posibilidad de que se cumpla el fin de reeducación recogido en el art. 25 de la Constitución Española en quien no asume el carácter delictivo de los hechos por los que fueron objeto de condena».

(71) Escrito de la Fiscalía de Barcelona a Juzgado de Vigilancia Penitenciaria N.º 1, sobre la progresión tercer grado, de 30 julio 2020 (Caso Bassa): «reinsertar significa “proporcionar los medios necesarios a una persona para que se vuelva a adaptar a la vida social”, circunstancia que no concurre en la interna, puesto que es una persona plenamente insertada en la sociedad, siendo lo primordial cubrir la otra

Obviamente la reeducación carece de sentido si su finalidad no es la reinserción, por lo que esta debe entenderse como parte del concepto de resocialización, no bastando para afirmarla con el hecho de que el condenado goce de apoyos o prestigio familiar y social, sino con su capacidad para vivir en sociedad cumpliendo con las normas. Es en este sentido, en el de cumplir con las exigencias legales de la vida en sociedad, en el que debe entenderse la reintegración, como parte de la resocialización».

3. ¿QUÉ IMPLICA LA RESOCIALIZACIÓN ASÍ ENTENDIDA?

3.1 *La progresión personal*

Por lo general, el TC, siguiendo lo dispuesto en la legislación penitenciaria, afirma que la finalidad resocializadora, que se liga al tratamiento penitenciario, es la preparación del condenado para la vida en libertad exenta de delito⁽⁷²⁾ y en el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo y otros tribunales⁽⁷³⁾.

finalidad de la pena, si bien no la única, recogida en el art. 25 de la C.E., la reeducación a través de un adecuado programa de tratamiento cuyo objetivo sea la necesidad de interiorización de respeto a la ley».

Auto de 28 de abril de 2020JVP 3 Lleida: «La reeducación supone una interiorización de valores de la sociedad en la que se reintegra un penado y la reinserción que supone la reincorporación social del interno mediante la creación de condiciones sociales necesarias para producir un menor índice de delincuencia...»

La Administración penitenciaria ha de seguir un camino tratamental orientado al desistimiento delictivo... se pretende evitar nuevas conductas delictivas, desmotivando a los ciudadanos en continuar con comportamientos antinormativos, reafirmando el valor del ordenamiento jurídico, así como de forma más individualizada, reordenando la conducta futura de los autores condenados».

(72) STC 137/2000, de 29 de mayo.

(73) AAP P 69/2020 23/07/2020: «... el fin rehabilitador, de preparación para una vida en libertad respetuosa de las normas, que busca el tratamiento penitenciario y es la razón de ser de la finalidad de prevención especial de la pena...»; AAP Barcelona 15/03/18 «La resocialización exige un tratamiento durante la estancia en prisión individualizado en virtud del cual se persigue que el preso modifique su comportamiento y lo adecue para la vida en común sin apartarse de la norma»; AAP Almería 617/2016 de 30/11/16 «la pretensión del tratamiento penitenciario no es otra que la de hacer del interno una persona con la capacidad y la intención de vivir respetando la Ley Penal»; ATS, 22 de Julio de 2020 (Forcadell): «El tratamiento penitenciario, de conformidad con el artículo 59.1 de la LGP, no es otra cosa que el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. Conseguir... el fin último reinsertador, mediante la elaboración de un programa de tratamiento que haya de incidir en aquellos aspectos, personales o externos, que obstaculicen una adecuada reinserción social y se relacionen con el delito cometido».

La siguiente pregunta que debemos hacernos es si la resocialización así entendida tiene relación con el desarrollo o modificación de la personalidad del interno.

El TC ha relacionado de manera positiva ese desarrollo de la personalidad dirigido a lograr la resocialización con el ejercicio de derechos fundamentales(74). Pero no siempre la identificación de la resocialización con los cambios en la personalidad del sujeto tiene este matiz positivo. Todo lo contrario. Lo habitual es que la ausencia de «progreso personal» se esgrima como evidencia de la no evolución en la resocialización que impide el acceso a beneficios o la progresión en grado, etc.

Llama mucho la atención, por tanto, que nuestra jurisprudencia exija del condenado una progresión que, por otro lado, no le exige a la administración que facilite o al menos ponga los medios para hacerla posible.

Entre los requisitos de esa progresión personal que demostraría una evolución en el proceso de resocialización destaca especialmente la exigencia de reconocimiento de la ilicitud y del carácter lesivo del comportamiento(75). Se afirma que la asunción de la responsabilidad penal es uno de los presupuestos necesarios para la evolución del tratamiento penitenciario y el primer objetivo de este en toda clase de delitos, no solo en delitos de motivación política(76). La exigencia de

(74) STC de 27 de enero de 2020: «Tampoco ha de desdeñarse la incidencia sustancial que el ejercicio de estos derechos puede tener en el desarrollo de la personalidad de los internos, que viene también destacado en el art. 25.2 CE y que adquiere suma relevancia en orden al cumplimiento de la finalidad, no exclusiva, de la reinserción social de las penas privativas de libertad que establece el primer inciso de dicho artículo». Similar STC de 10 de febrero de 2020, relacionando el ejercicio de los derechos y libertades de los reclusos con el fin de la resocialización. Esta jurisprudencia supera, en opinión de algunos autores, la aplicación automática y errónea de la figura de la relación especial de sujeción (SOLAR CALVO, P., «Análisis de dos resoluciones revolucionarias. Las SSTC de 27 de enero y 10 de febrero de 2020», en *La Ley Penal*, N.º 144, mayo-junio 2020, p. 8).

(75) STC 161/1997, de 2 de octubre y 234/1997, de 18 de diciembre.

(76) El AAN de 22/07/2020 deniega el permiso porque a pesar de que el condenado presentó un escrito en el que manifestaba que se arrepentía del delito, el parecer del psicólogo es contrario, porque considera que existe en el interno una «ausencia de percepción de la ilicitud del acto y de la gravedad del delito [...] niega su implicación en la organización delictiva. En todo momento dice desconocer cualquier asunto relacionado con el tráfico de drogas. Se observa nula asunción delictiva [...] y en cuanto a su sistema de valores: laxitud del sistema». En el AAP P 69/2020 de 23/07/2020, se afirma que el condenado ni asume su responsabilidad ni tiene motivación para realizar el programa de intervención que se le ha ofertado, lo que evidencia indiferencia hacia los presupuestos que determinaron su conducta delictiva y contribuye a justifi-

este reconocimiento es una constante en la jurisprudencia y suele relacionarse con la prevención especial positiva(77).

En ocasiones, los juzgados y tribunales (especialmente los JVP) van demasiado lejos al exigir no solo una asunción de responsabilidad o el reconocimiento del daño causado o la ilicitud del mismo, sino el arrepentimiento, lo que parece entrar en el ámbito de la ética personal(78). También se identifica en ocasiones la reeducación con la asunción de los valores protegidos por el ordenamiento, como parte de la prevención especial positiva(79). Y se suele relacionar la falta de

car la denegación de permisos por falta de los presupuestos de los mismos, contribuir a su reinserción social desde la perspectiva del respeto a las normas penales.

(77) Así, el AAN 321/2018 de 12/04/18: se desestima redención extraordinaria por estudios universitarios a un interno de ETA por falta de arrepentimiento. Se reconoce el papel del estudio en el tratamiento rehabilitador y se afirma que «La resocialización cumple fines de prevención especial positiva asociados a la pena relativos a la mejora de la capacidad y actitud para vivir en comunidad y para ponerse en lugar del otro, valor esencial de una moral universal. En ese sentido la enseñanza y la educación se configuran como pieza imprescindible del tratamiento penitenciario...». Pero el tribunal considera que el penado no había asumido el delito realizado, ni rechazado la violencia, lo que ponía de manifiesto que no se había producido avance alguno en el proceso de reinserción... considerándolo incapaz de asumir sus propias responsabilidades y de analizar el daño causado, tanto a la sociedad en general como a las víctimas en particular, por lo que se concluye que sin atisbo de arrepentimiento o de reconsideración de su pasado, está impedido para llevar a cabo una labor de regeneración que le permita el reingreso en la sociedad con un mínimo de garantías. También el AAN 496/14 de 2/7/14, «que el penado fue condenado por su pertenencia a la organización terrorista ETA y no consta su rechazo a los delitos cometidos, requisito sin el que no es viable el proceso de reinserción que justifica la aplicación de las redenciones extraordinarias que se reclaman».

(78) Así el AJCV 15/04/16 rechaza redención extraordinaria a interno condenado por terrorismo: «...no consta que exista el arrepentimiento de los hechos cometidos, lo cual se considera imprescindible para la reinserción del penado, siendo precisamente la voluntad de resocialización la que ha de justificar un beneficio penitenciario como la redención extraordinaria, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 del vigente Reglamento Penitenciario». O, por ejemplo, el ya citado AAN 321/de 12/04/18, cuando establece «en ningún caso utiliza la dicción “perdón” para referirse a las víctimas o a sus familiares...».

(79) AJVP 3 Lleida de 28 de abril de 2020: «La reeducación supone una interiorización de valores de la sociedad en la que se reintegra un penado y la reinserción que supone la reincorporación social del interno mediante la creación de condiciones sociales necesarias para producir un menor índice de delincuencia... La Administración penitenciaria, ha de seguir un camino tratamental orientado al desistimiento delictivo... se pretende evitar nuevas conductas delictivas, desmotivando a los ciudadanos en continuar con comportamientos antinormativos, reafirmando el valor del ordenamiento jurídico, así como de forma más individualizada, reordenando la conducta futura de los autores condenados».

asunción de la ilicitud y la lesividad del acto con el impago de la responsabilidad civil pudiendo hacerlo(80).

3.2 *La discusión sobre la legitimidad de la resocialización así concebida*

Por lo tanto, vemos que la resocialización (o, dentro de ella, el aspecto de la reeducación) sí guarda relación con el desarrollo o modificación de la personalidad del interno, según la legislación(81), la jurisprudencia que acabamos de ver y la práctica penitenciaria(82).

(80) AAP Cuenca de 19/12/17, AAP Palma de Mallorca, 10/12/2014, recurso 716/2014: «El penado no ha reparado el daño (...) ni siquiera ha adquirido un mínimo compromiso personal para intentar rebajar significativamente la cuantía de la responsabilidad civil; circunstancia que para esta Sala viene a significar que en realidad él no ha asumido la comisión de los hechos que fueron objeto de su condena... que es muy difícil detectar una posibilidad de reeducación y reinserción en quien, como aquí ya hemos dicho que sucede, en realidad no ha asumido la comisión de los hechos que fueron objeto de su condena».

(81) Véase el art. 59.2 LOGP: «El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general»; el artículo 60 LOGP: «1. Los servicios encargados del tratamiento se esforzarán por conocer y tratar todas las peculiaridades de personalidad y ambiente del penado que puedan ser un obstáculo para las finalidades indicadas en el artículo anterior»; el art. 62 LOGP y 110 RP: «Para la consecución de la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad, la Administración Penitenciaria: ...b) Utilizará los programas y las técnicas de carácter psicosocial que vayan orientadas a mejorar las capacidades de los internos y a abordar aquellas problemáticas específicas que puedan haber influido en su comportamiento delictivo anterior»; el art. 65. 2: «La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva... 3. La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución desfavorable de su personalidad». Muy crítico con la terminología se muestra Mapelli, que cree sin embargo que ha cambiado en la nueva normativa europea al respecto, lo cual celebra, véase MAPELLI CAFFARENA, B., «Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N.º 8, 2006, p. 4 y ss. Sin embargo, a pesar de la lectura que este autor quiera hacer, las nuevas Reglas Penitenciarias Europeas de 2006 (Recomendación R(2006)2 del Comité de Ministros) siguen hablando de ayudar a los condenados mediante protocolos y programas a transitar hacia una vida respetuosa con el derecho dentro de la sociedad (art. 107.1).

(82) De la amplia variedad de programas existentes, muchos de ellos, especialmente los programas específicos, otorgan un protagonismo a la psicología cognitivo-conductual. En su ejecución participan educadores sociales, trabajadores sociales y juristas criminólogos, bajo la dirección de un psicólogo penitenciario. Y abarcan desde programas motivacionales, que pretenden estimular la predisposición al cambio en los internos, hasta los diferentes programas relacionados con modalidades delictivas específicas, en los que se trabajan los déficits, los sistemas de valores y creencias,

Pero el tema resulta peliagudo según una parte de la doctrina, porque debe relacionarse con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y algunos autores lo han llevado al antiguo debate sobre la legitimidad o no del Estado para influir coactivamente en la ética personal(83).

En mi opinión, la voluntariedad del tratamiento, junto con la idea ya apuntada *supra* de que el fin de la pena no es la modificación de la ética personal del sujeto, sino la adecuación de su comportamiento externo a lo dispuesto por las normas, excluiría cualquier peligro de este tipo. Como ya se señaló, dicha adecuación puede realizarse bien por la intimidación (coacción) o bien convenciendo de la conveniencia para uno mismo de comportarse conforme a las normas (incentivo) o bien intentando persuadir al sujeto del contenido valioso de las mismas (convergencia)(84). Este último escenario será sin duda el más exitoso. La mayoría de los ciudadanos no se abstienen de delinquir por miedo a la pena, sino porque comparten la valoración positiva de su contenido y del hecho mismo de regirse por normas en la convivencia social(85). Si alguien contradice la norma no se le castiga, sin embargo, por no compartir aquel valor, sino por su hecho externo contrario a la norma constitutivo de un desvalor jurídico (al que precede una desvaloración ético-social del hecho). Que se entienda que el mejor medio de proteger los bienes jurídicos es que los ciudadanos compartan los valores subyacentes a

las habilidades sociales y asertividad, el control y regulación emocional de los internos y otras áreas de competencia psicosocial. Sobre los programas de tratamiento en prisiones véase GARCÍA LÓPEZ, V., «Programas específicos de tratamiento en las prisiones españolas: control de la agresión sexual, atención integral a enfermos mentales y unidades terapéuticas y educativas», en *Revista de Estudios Socioeducativos*, N.º 7, 2019, pp. 184 y ss.; sobre los programas específicos en Cataluña véase MEDINA GARCÍA, M., «Evaluación experimental...», *op. cit.*, pp. 21 y ss.

(83) CERVELLÓ DONDERIS, V., «El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social», en *VVAA, Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universitat de València, Valencia, 2005, pp. 217 y ss., GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. «La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo», *ADPCP* 1979, pp. 645 y ss.

(84) Los paréntesis han sido añadidos siguiendo la explicación de los contextos de eficacia de las normas jurídicas expuestos por MOLINA FERNÁNDEZ, F., «¿Prevenición positiva mediante la pena?», *op. cit.*, minuto 21 y ss.

(85) Ya WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., De Gruyter; 1969, pp. 2 y ss. HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 121-122, Cerezo Mir, *Curso*, I, p. 16, GIL GIL, A., *L-H Cerezo*, *op. cit.*, p. 15 y ss., también MOLINA FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, quien señala que el contexto de convergencia, es decir, el escenario en el que los ciudadanos comparten el contenido de las normas, es el que garantiza en mayor medida el éxito de estas.

las normas no significa que cuando infringen esas normas se les castigue por su actitud interna(86). Y mucho menos, por imposible, que mediante el castigo se pretenda que el condenado interiorice a la fuerza en su ética personal esas valoraciones del ordenamiento. Pero es cierto que al castigar se comunica, no solo a la sociedad, sino también al condenado, el juicio negativo que el ordenamiento realiza de su hecho y, simultáneamente, el valor que otorga a los bienes lesionados. Es por ello por lo que el castigo tiene que guardar proporción con la gravedad de lo injusto. Y es así como la pena retributiva tiene efecto preventivo positivo.

3.3 LA DISCUSIÓN SOBRE LA FACTIBILIDAD DE ESTA CONCEPCIÓN

Más interesante que el de la legitimidad de la tarea, me parece, por tanto, el debate sobre si esa resocialización o incluso socialización de reemplazo es o no posible realizarla mediante la pena(87). No me refiero en este momento al problema específico de los delincuentes por convicción, sobre el que volveremos *infra*, sino a si, en general, el castigo tiene o puede tener la virtualidad de conseguir la obediencia por adhesión, o por convergencia.

Es preciso reiterar, de entrada, que en la concepción que aquí se defiende no se pretende imponer una actitud de fidelidad al Derecho o unos determinados valores(88). Que los ciudadanos asuman esos valores es un deseo del Derecho penal porque garantiza el éxito de su tarea, pero no se puede imponer y, de hecho, Welzel ya advertía que la función ético social solo era posible con las personas capaces de vinculación ético-social y en ellos la adhesión a los valores de acto no se buscaba mediante la amenaza de la pena (no sería una adhesión sino una sumisión) sino garantizando la seguridad y permanencia de su juicio ético-social y solo secundariamente mediante la aplicación de la pena(89). Frente a aquellos

(86) GIL GIL, A., *L-H Cerezo, op. cit.*, pp. 15 y ss.

(87) Así, por ejemplo, MOLINA FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, afirma que tal efecto positivo es solo posible respecto de los convergentes con la norma y, en tal caso, la pena actúa como un refuerzo positivo del valor social de cumplir las normas apoyado en una consecuencia negativa (un mal) impuesta a los no cooperantes o, dicho de otra manera, la pena impuesta al incumplidor refuerza la vigencia de la norma para el cumplidor. Sin embargo, entiende este autor que respecto del incumplidor la pena, el castigo no puede cumplir esa función positiva, sino solo la negativa o intimidadora.

(88) Sobre esta crítica en detalle GIL GIL, A., *L-H Cerezo, op. cit.*, nota 27 y texto correspondiente.

(89) WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a, p. 6. Como ya he explicado en otro lugar –GIL GIL, A., *L-H Cerezo, passim*– además solo la pena retributiva, en el sentido de proporcionada a la magnitud de lo injusto y la culpabilidad, puede infor-

delinquentes que por el contrario no participan de los valores ético-sociales, el Derecho penal no pretendía, según Welzel, la imposición de la adhesión a dichos valores por la fuerza –ello es imposible–, no es esta la forma de proteger los bienes jurídicos, sino que podrá ejercer únicamente su función preventiva negativa. Aquí el Derecho penal ya no tenía una función ético-social sino meramente preventiva y asegurativa, esa es la única manera de proteger en estos casos los bienes jurídicos.

Dicho esto, la pregunta es si, como opinan algunos autores, esa función de resocialización es solo predicable de los ciudadanos que cumplen con las normas o si puede realizarse también esa resocialización o incluso socialización de reemplazo a través de la pena respecto del delincuente que la ha infringido.

Una vez contestada esta pregunta, de ser afirmativa la respuesta, vendrá una segunda, más compleja, sobre si es posible este efecto además con los delinquentes de conciencia.

Como ya hemos visto, la reeducación, como parte de la resocialización, tendría el sentido de, en primer lugar, informar al delincuente de las valoraciones jurídicas sobre sus hechos y sobre los bienes atacados; ello supondrá, en ocasiones, desmontar creencias asumidas por el condenado⁽⁹⁰⁾. Se pretende, por tanto, en tales

mar sobre la medida del desvalor del hecho y, en consecuencia, del valor del bien atacado, reforzando en la conciencia de los ciudadanos no solo la vigencia de la norma, sino también esas valoraciones, cuya adhesión garantizará el éxito de la norma y tendrá por tanto futuros efectos preventivos.

(90) Por poner un ejemplo, los diversos programas de tratamiento que se han puesto en marcha en España para condenados por violencia de género (modalidad delictiva que no deja de ser, si se aplica en su sentido estricto y auténtico, una delincuencia de motivación ideológica) han tenido siempre módulos dirigidos a eliminar «distorsiones cognitivas» y «creencias irracionales que mantienen el comportamiento violento y la desigualdad de poder en las relaciones» y «la modificación de todo tipo de actitudes y creencias de tipo sexista». Por tanto, los programas buscan una modificación de las creencias que están en la base de la violencia y esta modificación pretende lograrse mediante terapias cognitivas que apelan a la racionalidad del sujeto. Véase RUIZ ARIAS, S., *et al. Violencia de género. Programa de intervención para agresores (PRIA), Documentos penitenciarios*, N.º 7, mayo 2010, pp. 129 y ss., accesible en <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201664/Violencia+de+g%C3%A9nero++Programa+de+Intervenci%C3%B3n+para+Agresores+%28PRIA%29%20%28NIPO+126-10-079-4%29.pdf/06f89324-19ae-4b3d-802a-d07c6899348f>. En mi opinión, no puede entenderse de ninguna manera que este tipo de terapias que pretende liberar al sujeto de distorsiones cognitivas y llevarle a un debate racional supongan un ataque a su dignidad, sino todo lo contrario. Recordemos además que la evaluación de la eficacia de estos programas ha sido muy positiva (aun con los sesgos y dificultades que la propia tarea de evaluación conlleva): «Los agresores que han pasado por el programa de tratamiento han sufrido un cambio terapéutico significativo... muestran diferencias significativas en prácticamente todas las escalas psicológicas utilizadas

casos, la sustitución por nuevas creencias, que incluyan, generalizando, el valor del respeto al otro y a las normas o, entrando en el ámbito de los delitos de motivación política, de nuevo en un sentido muy genérico, el valor de respetar los mecanismos democráticos de la toma de decisiones, el monopolio del Estado en el uso de la violencia, etc.

Además, esa tarea necesitará con frecuencia ir acompañada de terapias dirigidas a liberar al delincuente de hábitos y costumbres que son muestra o consecuencia de déficits de socialización.

Estas tareas se realizan a través del tratamiento penitenciario, que, como ya se ha señalado *supra*, ha ofrecido importantes éxitos en no pocos sectores de la criminalidad. Se argumenta, sin embargo, que el tratamiento penitenciario no forma parte del castigo y que las terapias cognitivo-conductuales que son esenciales para conseguir estos cambios de conducta se podrían llevar a cabo sin necesidad de la prisión, por lo que se insiste en la idea de que no es la pena –el castigo– la que produce la resocialización, concluyéndose que no cabe un efecto preventivo especial positivo(91).

No puedo estar de acuerdo con esta afirmación. La misma reduce la pena para el condenado a sus efectos aflictivos, eliminando todas las vicisitudes y potencialidades de su ejecución. La pena no es solo dolor o privación. La pena es castigo, pero también es tratamiento. Y ni el castigo resocializa sin el tratamiento, ni el tratamiento tendría los mismos efectos sin el *time-out* que supone la privación de libertad(92), sin la llamada de atención, el mensaje sobre el desvalor del hecho que supone el castigo, sin la motivación conseguida mediante el castigo y los incentivos de mejora en el cumplimiento del mismo. La pena no se puede desvincular por tanto de su ejecución y esta no se puede separar del tratamiento. Es cierto que el tratamiento es voluntario, pero el fracaso en motivar al interno en la participación en el mismo mutila al instrumento de la pena, limitando sus posibles efectos y privándole del más interesante de todos ellos.

para la evaluación... manifiestan menos actitudes sexistas, menos celos, menos abuso emocional sobre la pareja, menos conflictos de pareja, una mayor calidad en la relación de pareja, una mejor asunción de la responsabilidad de los hechos delictivos cometidos...», véase PÉREZ RAMÍREZ, M., GIMÉNEZ-SALINAS FRAMÍS, A., y DE JUAN ESPINOSA, M., «Evaluación de la eficacia del programa de tratamiento...» *op. cit.*

(91) Véase *supra* la nota 86.

(92) Se ha señalado cómo la prisión supone una disrupción grave en la vida del delincuente y se convierte en un estímulo para hacer balance. HORGAN, J., *Walking Away from Terrorism Accounts of Disengagement from Radical and Extremist Movements*, Routledge, 2009, pp. 45, 56 y ss.

De hecho, es un principio básico de psicología de la educación que el castigo, de aplicarse, debe ir siempre acompañado de la enseñanza y/o reforzamiento de conductas alternativas o incompatibles con las conductas castigadas. «Si la persona no dispone de medios alternativos para conseguir el reforzamiento, entonces el castigo será ineficaz o aparecerá una nueva conducta indeseada al desaparecer la castigada o los efectos supresores del castigo cesarán al discontinuarlo. Por otra parte, la falta de respuestas prosociales eficaces para conseguir objetivos altamente valorados es una de las razones por las que el castigo falla en eliminar las conductas antisociales de los delincuentes. Bajo estas condiciones, el castigo les lleva a alterar sus técnicas para evitar ser descubiertos y castigados en ocasiones posteriores»(93). Por lo tanto, una pena de prisión que busque eliminar las conductas delictivas en un futuro no puede ser concebida como un mero castigo, sino que tiene que ser diseñada como una combinación de castigo y educación.

En conclusión, sí es la pena privativa de libertad, con toda su complejidad en su ejecución, la que, de garantizarse la posibilidad de un tratamiento adecuado, puede cumplir con el fin preventivo especial positivo.

4. ¿NECESIDAD DE RESOCIALIZACIÓN SIN RIESGO DE REITERACIÓN?

En ocasiones la jurisprudencia ha sugerido que resocialización no es mera irrepitibilidad del delito(94). Ello nos lleva a preguntarnos si cabe exigir reconocimiento de la ilicitud o el arrepentimiento cuando no hay riesgo de reiteración delictiva. Y es que, en ocasiones, parece que los tribunales hayan independizado en realidad ambos conceptos e identifiquen el reconocimiento de la ilicitud o de la dañosidad de la conducta realizada o, incluso, el arrepentimiento, con un supuesto objetivo independiente, convirtiéndolos, así, en un fin en sí mismos.

Pero, en realidad, no debe olvidarse que la reeducación, entendida como el reconocimiento de las valoraciones jurídicas, no sería sino

(93) BADOS, A. y GARCÍA-GRAU, E., «*Técnicas Operantes*», Departamento de Personalidad, Evaluación y Tratamiento Psicológicos Facultad de Psicología, Universidad de Barcelona, 15 de junio de 2011, accesible en <http://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/18402>

(94) STC 55/1996, de 28 de marzo, relativa, precisamente a un delito de pura motivación ideológica, como era el antiguo delito de insumisión: «...tampoco, por otro lado, parece suficiente el solo argumento relativo a la irrepitibilidad del mismo tipo de comportamiento para negar la finalidad rehabilitadora de la pena».

un medio (y no el único posible) para conseguir la evitación futura de la reiteración delictiva. Por lo que no es exigible por sí mismo, ni cuando la conducta sea irreplicable (aunque la pena pueda cumplir aquí otros fines), ni cuando la falta de reiteración delictiva ya esté asegurada por otros medios (de nuevo, aunque la pena siga cumpliendo en estos casos otros fines). De lo contrario, corremos el riesgo de que el objetivo de la reeducación así entendido se convierta en mera excusa para un énfasis retributivo (impidiendo el acceso a condiciones de ejecución más favorables), donde no hay riesgo de reincidencia.

5. CONSECUENCIAS IMPORTANTES DE LA SEPARACIÓN ENTRE NO DESOCIALIZACIÓN Y RESOCIALIZACIÓN:

Tal y como venimos defendiendo, y es también la postura jurisprudencial, la intervención resocializadora en el ámbito de la ejecución penal está legitimada no solo para evitar los efectos desocializadores de la prisión, sino también para actuar positivamente buscando remover aquellos obstáculos y dotar al condenado de aquellas herramientas que le permitan reincorporarse a una vida en sociedad exenta de delito. Y en esta segunda faceta, además, la intervención no está legitimada únicamente respecto de aquellas medidas dirigidas a eliminar los déficits, las carencias materiales, de oportunidades, de formación o, incluso, las adicciones y otro tipo de cargas que pueden estar en la etiología de la conducta delictiva del sujeto, sino que, por el contrario, es legítimo buscar la subsanación de déficits de socialización, cuando ello se hace de una manera respetuosa con la dignidad humana, mediante intervenciones psicosociales dirigidas a la racionalidad del sujeto. Por ello, es legítimo que el tratamiento penitenciario, necesariamente voluntario, pretenda la transmisión al recluso de las valoraciones del ordenamiento (respeto a la ley, respeto al prójimo en un sentido amplio y en un sentido más estricto el valor concreto el bien jurídico lesionado y el desvalor del hecho).

Pero, dado que hemos defendido la separación de los conceptos de no desocialización y resocialización, defendiendo que deberían reconocérseles incluso distinto anclaje constitucional y que la primera no debe concebirse, como parece hacer la jurisprudencia, como un contenido mínimo de la segunda, parece que no resulta ni legítimo, ni útil, ni conveniente denegar o condicionar, como viene haciendo la jurisprudencia, medidas que sirven a la mera no desocialización basándonos en una supuesta falta de avances en la resocialización, especialmente cuando esta se identifica con lo que no debe ser entendido sino como

un medio para aquella, como es el reconocimiento de la ilicitud o dañosidad de la conducta, es decir, la asunción de las valoraciones jurídicas.

E incluso aquellas medidas que estén más relacionadas con el tratamiento resocializador tampoco deben ser denegadas por el hecho de que el tratamiento no consiga esa asunción de valoraciones jurídicas si, sin embargo, hubiese otros mecanismos para garantizar la no reiteración delictiva.

Además de no condicionar la no desocialización a la resocialización, ni esta última a la asunción de las valoraciones jurídicas, parece claro que ni el legislador ni la administración podrían renunciar de entrada a un diseño de la ejecución que permitiera el tratamiento penitenciario, y todo esto completamente al margen de la ponderación con las necesidades retributivas y preventivo generales, que han tenido que evaluarse antes.

IV. ESPECIAL ATENCIÓN A LA DELINCUENCIA DE MOTIVACIÓN IDEOLÓGICA

A. Planteamiento del problema

Es un tópico bastante extendido que los delincuentes por motivación ideológica no son resocializables⁽⁹⁵⁾, no se les puede tratar⁽⁹⁶⁾,

(95) Encontramos incluso alguna sorprendente resolución judicial poniendo en duda la posibilidad de resocialización de los terroristas. Así, Grande Marlaska, actual ministro de Interior, en su anterior función de magistrado, afirmaba en el AAN 199/2015 de 29/10/2015, del que fue ponente: «En el concreto ámbito de la delincuencia terrorista, se duda de que la finalidad resocializadora de la pena pueda cumplir su función. La severidad de las penas previstas para estos delitos está dirigida esencialmente a inocular a sus autores y evitar la comisión futuros delitos a través de una medida de aseguramiento dilatada en el tiempo. Así, a través de la reforma operada por Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, se consolidó un sistema penal y penitenciario que podría calificarse de excepcional, de mayor severidad en materia de terrorismo».

(96) En opinión de LACAL CUENCA, P., «¿Es posible la intervención terapéutica con todo tipo de internos?» en *LegalToday*, 01/10/2020, accesible en <https://www.legaltoday.com/opinion/la-cara-y-la-cruz/es-posible-la-intervencion-terapeutica-con-todo-tipo-de-internos-2020-10-01/>: «Desde un punto de vista psicológico todo se puede aprender y, por lo tanto, todo se puede desaprender. Ahora bien, como principio simple, para ello es necesario capacidad y voluntad. No figura entre los quehaceres del psicólogo la inmersión de cualquier individuo en un proceso terapéutico de cambio [...] Mención especial requieren aquellos penados «por convicción» ...estos internos no presentan una problemática visible para ellos mismos ni para quienes les rodean, al menos de manera más cercana. Esta falta de asunción les hace refractarios a cualquier tipo de intervención que pretenda modificar sus actitudes. En primer

o no necesitan resocialización(97). Esta última afirmación parte de un concepto equivocado de reinserción, mientras que la primera es matizable, pues la experiencia demuestra que entre los muy variados tipos de delincuentes de motivación ideológica muchos sí son susceptibles de resocialización.

Para ilustrar las diferentes categorías que integrarían el concepto de delincuente por motivación ideológica rescataremos la explicación que daba Radbruch sobre el delincuente por convicción, que, como intentaré demostrar, constituye solo un grupo dentro de los delincuentes por motivación ideológica.

Así, decía Radbruch(98) que «El ladrón quiere para sí la propiedad que lesiona en otro; el falsificador de documentos exige para el documento falso la misma fe pública que él perturba con su falsedad; ambos afirman por principio el merecimiento de tutela y la protección penal del bien jurídico atacado por ellos y, en consecuencia, no pueden quejarse si la tutela punitiva se dirige precisamente en su contra. El delincuente común está en contradicción consigo mismo; como representante de su propia individualidad, mejor y más avisada, le sale al paso el Estado que pune. En cambio, el delincuente por convicción no es rebatible a partir de sí mismo. Frente a la encarnada en el poder punitivo, se halla otra cerrada convicción. Por más que el Estado lo combata con toda severidad como su adversario, no puede pretender corregirlo como haría con un sujeto falto de consistencia moral».

El verdadero problema para la resocialización lo presentan los delincuentes por convicción en sentido estricto, entendiendo por tales aquellos casos en que el sistema de valores del delincuente es precisamente el contrario al del ordenamiento y su delito la manifestación de dicha opción, sin que se pueda afirmar que la misma se ha realizado de forma irracional. Nos referimos a los supuestos en los que el delito

lugar, la intervención iría dirigida a la aceptación de principios sociales mayoritarios que no comparten y están en su derecho, pues su libertad de pensamiento forma parte de su integridad y dignidad. [...] En todos estos casos no resulta plausible la imposición de proceso terapéutico alguno. Únicamente, se puede observar si los cambios se producen de manera que impliquen una superación total o parcial de las circunstancias que promovieron la conducta penada [...]. Nuestra labor, en muchas ocasiones, no consiste tanto en modificar, cuanto en valorar el peligro de repetición, aunque en muchas ocasiones estos conceptos van muy unidos. [...] La única manera de abordarlo, respetando la dignidad del sujeto tratado, es desde fuera, desde el grupo social de referencia, a través de individuos que hayan llevado a cabo el camino de pertenencia contrario».

(97) RIVERA BEIRAS, I., I (Coord.), *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales: Jornadas Penitenciarias*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 124 y ss.

(98) RADBRUCH, G., «El delincuente por convicción», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-4, 2005, accesible en <http://criminet.ugr.es/recpc/>

es precisamente la expresión de la negación del bien jurídico por parte del sujeto, como puede ser el antiguo delito de insumisión a la prestación del servicio militar y la prestación social sustitutoria. Aunque no es impensable que un sujeto cambie durante su vida su esquema de valores o llegue a ver otras aristas o consecuencias de sus hechos, en principio en estos casos parece que carece de sentido incluso pretender un cambio en la mentalidad del sujeto que, siendo perfectamente consciente de la ilicitud de su conducta, la elige precisamente como manifestación de su oposición a la norma. O, por ejemplo, en un país en el que se prohibiera como delito una conducta que el sujeto considerase un derecho (pongamos como ejemplo los países en los que se penaliza en todo caso el aborto consentido por la embarazada), sería igualmente absurdo pretender que la ejecución de la pena cambiara la valoración del sujeto sobre sus hechos, pues la comisión del delito, cuya ilicitud se conoce, es precisamente para el delincuente la expresión de sus convicciones contrarias a las de ordenamiento. Nos encontramos en los casos extremos de divergencia entre la ética del sujeto y el contenido de la norma. En estos supuestos la pena solo podría tener una función preventivo general, e intimidatoria o inculcadora, pero no preventivo especial positiva.

Sin embargo, lejos de lo que se pueda pensar, no es esta la situación más habitual en la delincuencia de motivación ideológica. Por el contrario, muchos de los delitos cometidos por motivación ideológica en lo que discrepan del ordenamiento es en los medios considerados legítimos por unos y por otros para alcanzar un determinado objetivo (que puede ser también incompatible con la legalidad vigente, pero no es la búsqueda de dicho fin lo que se castiga, sino los medios empleados para ello).

Así como el ladrón quiere para sí la propiedad que lesiona en otro, el sedicioso pretende para su autoridad el respeto que le niega a otra, el terrorista quiere para el orden que intenta instaurar la intangibilidad que le niega al sistema democrático que pretende lesionar con su chantaje de violencia indiscriminada, etc.

En particular, el delincuente por motivación ideológica de esta segunda categoría suele considerar justificada la utilización de medios ilícitos en su situación concreta, ante la imposibilidad de lograr sus objetivos por los cauces legales. Así, tanto en el terrorismo como en la rebelión, la sedición, etc., no es tanto el fin último, sino la forma de conseguirlo, lo que choca con las normas.

Y, evidentemente, toda esa justificación de unos medios cuya ilegalidad *a priori* se conoce necesita de unas narrativas sobre las que de

nuevo es posible trabajar desmontando las distorsiones cognitivas que las alimentan.

Desde luego, esta tarea no es fácil, a veces las distorsiones cognitivas o las creencias que están en la base de delito son tan arraigadas o son confirmadas con tal frecuencia por el entorno del sujeto, que es muy difícil desmontarlas; en ocasiones, además, están implicados aspectos emocionales muy complejos, la necesidad de justificación y los mecanismos de defensa dificultan la asunción de responsabilidad, especialmente para los delitos de motivación ideológica(99).

Pero, en otras ocasiones, el bagaje ideológico del delincuente es pobre. Se trata más bien de un ropaje justificador, de una narrativa que articula y ampara la opción por la violencia de determinados perfiles individuales(100). Sin ánimo de generalizar, porque los casos y los procesos de radicalización pueden ser muy diversos, en algunos supuestos la ideología puede ser tan fácilmente revertible como sorpresiva o inusitada fue la conversión del sujeto(101).

(99) RUIZ ARIAS, S., *et al. Violencia de género. Programa de intervención para agresores (PRIA)*, *op. cit.*, pp. 129 y ss.

(100) FERNÁNDEZ GÓMEZ, C., «Radicalismo violento en prisiones: perspectiva actual», en ALONSO RIMO, A., y GIL GIL, A., (eds.), *Prevención de la radicalización violenta en prisión*, Dykinson, 2021, en prensa, refiriéndose al terrorismo yihadista se pregunta: «¿es realmente la ideología, o solo la ideología, lo que origina, nutre y mantiene el comportamiento terrorista dentro de nuestras fronteras? ¿hay detrás de la radicalización un proceso de maduración religiosa y teológica?». Y apunta que «es frecuente encontrar jóvenes con un bagaje ideológico y religioso claramente pobre, lo cual es muy relevante», para concluir que «Los que perpetran atentados no están inmersos en conflictos reales en sus países de origen, sino en conflictos más bien imaginarios alimentados por determinadas narrativas. Los terroristas sufren por el sufrimiento de otros, que a su vez es imaginado en muchos casos. Por ese motivo, puede que tendamos a *sobre-ideologizar* a los violentos como forma de entender el atractivo que pueden sentir hacia determinadas causas»; «en muchos casos parece interesante comprender esta nueva forma de terrorismo como un verdadero movimiento extremadamente violento, de personas habitualmente jóvenes, que comparte muchos elementos con otras formas de violencia, incluyendo cierta fascinación por la *idea de muerte* y el propio suicidio. [...] Las referencias simbólicas de los terroristas, en la mayoría de los casos, se han construido al margen de la familia: el islam de sus padres es el islam de lo que a menudo consideran una generación fracasada y sumisa ante Occidente. La violencia se convierte en un fin en sí mismo» [...] «¿por qué eligen este terrorismo y no otras formas de violencia no tan distintas en sus componentes y procedimientos? Una posible respuesta reside en la potencia indudable de una forma muy especial de *narrativa*. Lo que el Estado Islámico facilita no es tanto una ideología atractiva o un plan de reforma sociopolítica, sino un discurso y una *narrativa* de suficiente potencia persuasiva para provocar fascinación sobre determinadas personas».

(101) Merece la pena llamar la atención sobre el alto número de condenados en el ámbito del terrorismo yihadista a los que se aplica la atenuante analógica de la confesión tardía y que presentan variables relacionadas con la vulnerabilidad (inmi-

Y aun cuando la ideologización sea fuerte, los expertos destacan que la adhesión a unos fines políticos, incluso maximalistas en sus planteamientos, raramente explica por sí misma la decisión individual de convertirse en miembro de un grupo terrorista. De manera que, aunque desde luego hay idearios más proclives que otros a estimular comportamientos radicalizados y violentos, el terrorismo denota no tanto un extremismo de los fines como de los medios. Al final es una mezcla de distintas motivaciones, los rasgos del perfil sociológico de cada persona, las experiencias de socialización que haya vivido o los rasgos de su personalidad, entre otros aspectos, los que conducen a algunos sujetos y no a otros a un comportamiento violento (102).

Y es precisamente en esos rasgos individuales de personalidad y en las carencias personales donde hay que trabajar más.

B. Lo que no funciona

Como ya hemos visto *supra*, el tratamiento penitenciario debe ir dirigido a recuperar al sujeto para la sociedad, lo que se alcanza, en su vertiente resocializadora positiva, consiguiendo ciudadanos libres, reforzando su dignidad mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales y liberándolos, especialmente en el caso de motivación ideológica, de creencias distorsionadas y déficits cognitivos y de socialización que están en la base de la etiología delictiva.

Por ello serán contraproducentes todas aquellas medidas que refuercen la narrativa –a menudo victimista– que ha llevado a la auto-identificación del sujeto con un grupo o ideología criminal, especialmente si conlleva la privación de derechos impuesta coactivamente. Ejemplo, en este sentido, de lo que no hay que hacer es el AAN 530/2017 de 17/07/17, que desautoriza el uso del hiyab a una interna en prisión preventiva. La prohibición se argumentó en la relación especial de sujeción y el buen funcionamiento del centro –ya que se argumentaba que esta prenda, que cubre el cabello y, a veces el

gración, juventud, antecedentes penales, etc.). Véase NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «La atenuante analógica de confesión tardía en casos de terrorismo yihadista: ¿Un rayo de esperanza para las denostadas medidas premiales?» *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, N.º 141, 2019, pp. 1 y ss. Esta práctica podría ser un indicio de la reversibilidad de la radicalización violenta en este tipo de sujetos.

(102) REINARES NESTARES, F., «Sociología política de la militancia en organizaciones terroristas», *Revista de estudios políticos*, N.º 98, 1997, pp. 97 y ss. Sobre el excesivo peso que se da a la ideología en la explicación del comportamiento radical, también NEUMANN, P. R., “The trouble with radicalization”, en *International Affairs*, Jul 2013, Vol. 89 Issue 4, p. 879 y ss.

cuello, dejando totalmente al descubierto el óvalo de la cara, impide la identificación y favorece el ocultamiento de objetos—. Hasta aquí la explicación del tribunal parece discutible, pero argumentable(103). Pero a continuación la resolución añade que: «dado el uso que la interna hace del mismo con carácter reivindicativo de su posición yihadista, actúa en detrimento de la finalidad rehabilitadora y reinsertadora de la pena»(104).

En contra, el voto particular señala la vulneración de la presunción de inocencia que supone esta afirmación(105), pero, sobre todo, que la resolución argumenta la prohibición de vestir según las convicciones religiosas en la finalidad rehabilitadora y reinsertadora de la pena,

(103) En contra el voto particular discute con buenos argumentos este razonamiento y añade otros argumentos en favor de la libertad religiosa de la reclusa.

(104) Encontramos otros ejemplos de medidas limitadoras de derechos ordenadas con el argumento de favorecer la resocialización del sujeto. Así, por ejemplo, en el Auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de 22/09/15 se prohíbe la comunicación de un interno con cierta persona argumentando, junto con razones de seguridad, que al ser el visitante expreso de ETA «este tipo de comunicaciones incide en el mantenimiento de postulados radicales contrarios a la finalidad rehabilitadora de la pena». La prohibición de comunicaciones en el caso de presos etarras ha sido frecuente, argumentando motivos de seguridad. Sin entrar a comentar ese aspecto, aquí lo que se rechaza es que la medida impuesta contra la voluntad del interno se fundamente en el fin resocializador.

(105) El voto particular señala que aplicar un supuesto tratamiento resocializador a los presos preventivos va en contra de la presunción de inocencia. Esto se ha discutido en la doctrina porque en realidad toda la prisión preventiva parece contraria a la presunción de inocencia y en cambio, dados los largos plazos que llegan a cumplirse en tal situación, puede resultar muy útil y conveniente un tratamiento resocializador. Véase NÚÑEZ FERNÁNDEZ, «¿Por qué algunos condenados por terrorismo yihadista cooperan con la justicia?: Apuntes para una posible explicación y para una propuesta de reforma penitenciaria?» en ALONSO RIMO, A., y GIL GIL, A. (eds.), *Prevención de la radicalización violenta en prisión*, Dykinson, 2021, en prensa. En todo caso, sí tienen derecho los internos preventivos a no ser desocializados, y en este sentido los *Criterios de actuación de los JVP*, texto refundido de 2009, en su punto 117 bis, prevén que se les apliquen programas sanitarios, educativos, formativos y laborales. Así se prevé también en el preámbulo del Reglamento Penitenciario: «Profundizar el principio de individualización científica en la ejecución del tratamiento penitenciario. Para ello se implanta la aplicación de modelos individualizados de intervención para los presos preventivos (que representan en torno al 20 por 100 de la población reclusa), en cuanto sea compatible con el principio constitucional de presunción de inocencia. Con esta medida se evita que la estancia en prisión de una parte importante de la población reclusa solo tenga fines custodiales, al tiempo que se amplía la oferta de actividades educativas, formativas, socioculturales, deportivas y medios de ayuda que se programen para propiciar que su estancia en prisión sirva para paliar, en lo posible, las carencias detectadas». Aunque, como señala Núñez Fernández, luego no se refleja como es debido en el articulado —«¿Por qué algunos...», *op. cit.*—.

es decir, lo aplica como tratamiento para su resocialización, cuando en realidad el tratamiento no puede ser impuesto coactivamente.

En efecto, una privación del derecho a ejercer su libertad religiosa, impuesta de manera coactiva, nunca tendrá efecto resocializador. Es más, como supuesto tratamiento la medida sería totalmente contraproducente, pues no hace sino reforzar la narrativa victimista que lleva a la autoidentificación de la reclusa con un grupo supuestamente oprimido y su deseo de pertenencia al colectivo y a la ideología que están en la base de su delito.

C. Lo que puede funcionar

Para que el tratamiento sea legalmente admisible, y técnicamente eficaz, ha de ser enfocado como un derecho del interno que la administración penitenciaria ha de ofrecer y fomentar, pero nunca imponer(106). Pero tampoco es razonable esperar que el condenado llegue a prisión con motivación de cambio. Todo lo contrario, lo primero que se despierta en un delincuente por motivación ideológica son sus mecanismos defensivos y de autojustificación. Pero por ello mismo, los tratamientos penitenciarios incluyen módulos de motivación. No se trata de modificar sus esquemas de pensamiento, sino de exponerles las vías legales para que ese pensamiento pueda tener cabida en nuestra sociedad(107).

Sabemos que, aunque se puede esperar que cambien por sí mismos, como algo sustancial al ser humano, no tiene sentido siquiera pretender mediante la intervención tratamental cambiar a un delincuente por convicción. Pero sí se puede, en cambio, resocializar a un delincuente por motivación ideológica, según las distinciones que hemos realizado *supra*.

Especialmente cuando la enorme anticipación de la intervención penal en este ámbito, realizada en el sistema de justicia español a través de dos vías: el castigo de múltiples conductas que solo pueden concebirse como actos preparatorios o incluso protopreparato-

(106) SOLAR CALVO, P., «¿Es posible la intervención terapéutica con todo tipo de internos?» en *LegalToday*, 01/10/2020, accesible en <https://www.legaltoday.com/opinion/la-cara-y-la-cruz/es-posible-la-intervencion-terapeutica-con-todo-tipo-de-internos-2020-10-01/>.

(107) SOLAR CALVO, P., «¿Es posible la intervención terapéutica con todo tipo de internos?» *op. cit.*

rios(108) o de preparación de la preparación(109), y la ampliación jurisprudencial del concepto de organización terrorista(110), ha llevado a nuestras prisiones a cientos de simpatizantes, seguidores y activistas, que todavía no han dado el paso a la acción violenta(111), y por tanto es de esperar que habiendo permanecido en una mera radicalización cognitiva, sea más fácil evitar el comportamiento delictivo futuro(112).

Por otro lado, existe desde hace años multitud de estudios psicosociales sobre los procesos de radicalización y desradicalización(113).

(108) En palabras del propio Tribunal Supremo. Sobre ello con detalle CUERDA ARNAU, M. L., *Adoctrinamiento, adiestramiento, y actos preparatorios en materia terrorista*, Aranzadi, 2019, pp. 19 y ss.

(109) ALONSO RIMO, A., «¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación», *InDret* 4/2017, pp. 57 y ss.

(110) GIL GIL, A., «La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto organización terrorista», en *ADCP*, T. 67, Fasc/Mes 1, 2014, pp. 105 y ss.

(111) Según la explicación piramidal (por la disminución del número de efectivos conforme se asciende en el grado) de la radicalización, que distingue 4 etapas o grupos: 1) simpatizantes; 2) seguidores; 3) activistas; 4) radicales. Los dos primeros grupos no estarían preparados ni dispuestos a utilizar la violencia y su papel consistiría en la difusión de propaganda e ideas. Los activistas suelen ser captadores, adoctrinadores, financiadores o colaboradores con la organización o grupo terrorista. Solo el último grupo, los radicales, estaría integrado por personas tendentes al uso de violencia y, dentro de él, habría un subgrupo de sujetos dispuestos a usar la violencia de forma sistemática; los propiamente terroristas desde una perspectiva criminológica. Véase MOYANO, M. y TRUJILLO, H., *Radicalización islamista y terrorismo. Claves psicosociales*, Granada, Universidad de Granada, 2013, pp. 13 y ss.; CANO PAÑOS, M.A. y CASTRO TOLEDO, F.J: «El camino a la (Ciber) Yihad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-15, 2018, pp. 5 y ss.

(112) Denominamos radicalización cognitiva a la referida a las ideas extremistas, mientras que la radicalización del comportamiento sería aquella relativa a un comportamiento extremista, NEUMANN, P. R., “The trouble with radicalization”, en *International Affairs*. Jul. 2013, Vol. 89 Issue 4, p. 873 y ss. Señala este autor como la aproximación europea al fenómeno de la violencia de motivación ideológica, a diferencia de la anglosajona, ha sido enfrentar tanto la radicalización del comportamiento como la radicalización cognitiva, entendiendo esta última como un problema y como un peligro. Este enfoque presenta el riesgo, en su opinión, de ser mal utilizado, limitar la tolerancia y acabar en un sistema menos democrático.

(113) Por citar algunos estudios: REINARES NESTARES, F., «Sociología política de la militancia en organizaciones terroristas», *op. cit.*, ROY, O., *La djihad et le mort*, Paris, Seuil, 2016; SCHMID, A., *Radicalisation, De-Radicalisation, Counter-Radicalisation: A Conceptual Discussion and Literature Review*. International Center for Counter-Terrorism, The Hague, 2013, accesible en <https://www.icct.nl/download/file/ICCT-Schmid-Radicalisation-De-Radicalisation-Counter-Radicalisation-March-2013.pdf>; BUBOLZ, B., y SIMI, P., “Leaving the World of Hate Life-Course Transitions and Self-Change”, en *American Behavioral Scientist*, Vol 59, Issue 12, 2015, pp. 1588 y ss.; DALGAARD-NIELSEN, A., “Promoting EXIT from Violent Extre-

Entre ellos, algunos estudios demuestran la oportunidad que ofrece la prisión para reflexionar sobre el comportamiento y desencantarse de las expectativas creadas en torno a la organización(114). Se sabe que desarrollar una narrativa en torno a la cual el sujeto construya su auto-comprensión y se dote de significado al margen del delito es una tarea esencial para la resocialización en todo tipo de delincuencia. Para el éxito de la reinserción serán esenciales las narrativas que la persona mantiene al final de la condena, a través de las cuales se identifica bien con roles vinculados a la actividad delictiva o por el contrario a actividades convencionales (dimensión de identidad) y se siente con capacidad de agencia para superar los obstáculos que puedan dificultar el logro de proyectos vitales alejados de la delincuencia (dimensión de autoeficacia)(115). A su vez, para trabajar la dimensión de autoeficacia serán muy importantes todos los mecanismos y herramientas destinados a evitar la desocialización. Por ello, la no desocialización, aun cuando tiene en mi opinión un contenido, un anclaje constitucional y una fundamentación como deber del Estado diferentes a la resocialización, no deja de ser un requisito imprescindible para esta última.

Pero la tarea relativa a las narrativas se revela como especialmente importante en la delincuencia de motivación ideológica, en la que precisamente ha sido cierta narrativa la que bien está en la génesis de la actividad del delito, bien ha encauzado los rasgos de personalidad pre-existentes hacia una actividad delictiva. Resulta esencial cambiar esa narrativa y esa auto-comprensión por otras que permitan una vida en sociedad. Y ello no puede hacerse desde la confrontación dialéctica, que podría provocar los efectos contrarios a los deseados, sino desde relaciones de confianza(116). No se trata, por tanto, de cambiar la

mism: Themes and Approaches”, en *Studies in Conflict and Terrorism*, 36:3, 2013; REINARES, F., “Exit From Terrorism: A Qualitative Empirical Study on Disengagement and De-radicalisation Among Members of ETA”. en *Terrorism and Political Violence*, 23, pp. 7080 y ss. GUNARATNA, R., “Terrorist Rehabilitation: Genesis, Genealogy and Likely Future”, en GUNARATNA R. y BIN ALI, M., eds. *Terrorist Rehabilitation: A New Frontier in Counter-terrorism*, London: Imperial College Press, 2015, p. 3.

(114) BUBOLZ, B., Y SIMI, P., “Leaving the World of Hate Life-Course Transitions and Self-Change”, en *American Behavioral Scientist*, Vol 59, Issue 12, 2015, pp. 1588 y ss., HORGAN, J., *Walking Away from Terrorism Accounts of Disengagement from Radical and Extremist Movements*, Routledge, 2009, pp. 40 y ss.

(115) CID, J. y MARTÍ, J. «El proceso de desistimiento de las personas encarceladas. Obstáculos y apoyos» en *Invesbreu Criminología*, N.º 53, 2011, p. 7.

(116) Se ha advertido, en este sentido, que la confrontación con el recluso puede provocar la resistencia del mismo, en el efecto que se conoce como «disonancia cognitiva» o incluso el reforzamiento de sus convicciones («reactancia»). Por el

ideología del sujeto, sino aquellos factores que han producido el paso desde o a través de esa ideología al delito.

El desarrollo de narrativas que doten de nuevo significado y empoderen al sujeto no solo es necesario para salir de cualquier tipo de delincuencia, sino que además es importante para evitar procesos de radicalización en prisión. El condenado puede vivir el proceso penal como una humillación y percibirlo como un desempoderamiento, todo lo cual pueden desencadenar la necesidad de reafirmar la propia significación y la atracción por ideologías extremistas, que ofrecen una visión estable del mundo, una orientación clara y una cosmovisión en «blanco y negro». La inseguridad generada por la detención, el encarcelamiento y la privación de libertad deja a los reclusos vulnerables a una radicalización continua y adicional. Por tanto, es necesario diseñar estrategias orientadas a restaurar la significación del sujeto(117).

Como se ha señalado, la ideología no es el único factor; en ocasiones, ni siquiera el principal, para que una persona se convierta en un delincuente, por ello la atención individualizada a las características psicosociales de cada sujeto y el desarrollo de itinerarios personalizados(118) se revela como esencial para el éxito del tratamiento. Así, los expertos señalan que debe prestarse atención, por ejemplo, a la pérdida de significado primaria(119), que llevó al sujeto a buscarlo en la narrativa extremista, y sustituir la ganancia de significado que encontró en el grupo violento por la proporcionada por grupos de amigos, aislando al sujeto del grupo criminal y reconectándolo con la comunidad o por el desarrollo de un proyecto de vida propio. Pero también,

contrario, la intervención externa debería aprovechar las dudas y el desencanto naturales del sujeto sobre su militancia y permanecer cercana a esas dudas, hacer que el intento de influencia sea lo más sutil posible, usar narrativas y estrategias de autoafirmación para reducir la resistencia a la persuasión y considerar la posibilidad de promover un cambio de actitud a través del cambio de comportamiento, como alternativa para buscar influir directamente en las creencias. DALGAARD-NIELSEN, A., “Promoting EXIT from Violent Extremism: Themes and Approaches”, en *Studies in Conflict and Terrorism*, 36:3, 2013, pp. 99 y ss.

(117) DUGAS M. y KRUGLANSKI A. W., “The quest for significance model of radicalization: implications for the management of terrorist detainees”, en *Behavioral Sciences. The Law*. 2014 May-Jun;32(3), pp. 423 y ss.

(118) NABASKUES MARTÍNEZ DE EULATE, I., «Radicalización y desradicalización de jóvenes yihadistas en Francia», en *Revista vasca de sociología y ciencia política*, N.º 63, 2017, p. 44.

(119) La teoría del “quest for significance model of radicalization” explica que las personas que experimentan una pérdida de significado personal (por ejemplo, debido a problemas sociales, rechazo, fracasos o injusticias, reales o percibidas) pueden buscar restaurar ese significado mediante medios extremos. Sobre este modelo explicativo y su importancia para la resocialización: DUGAS M. y KRUGLANSKI AW, “The quest for significance model...” *op. cit.*, pp. 423 y ss.

sin duda, debe atenderse a aspectos como la resiliencia, el manejo de la frustración, el control de los impulsos, etc.

Desde luego, como ya se ha señalado, debe huirse de actuaciones o medidas que estigmaticen al sujeto y refuercen la narrativa victimista que ha llevado a la autoidentificación del sujeto con un grupo o ideología criminal, especialmente si conllevan la privación de derechos impuesta coactivamente.

V. CONCLUSIONES

En general se aprecia que los tribunales se conforman con la no desocialización (cada vez menos exigente) a la hora de valorar la constitucionalidad de la ley, pero exigen la resocialización –la progresión en la adquisición de una actitud y las condiciones para una vida en libertad exenta de delito–, a la hora de evaluar y permitir la evolución en la clasificación penitenciaria o de conceder ciertos beneficios.

Estos aspectos, aunque ciertamente la no desocialización es esencial para conseguir la resocialización, deberían separarse en cuanto a su anclaje constitucional, de manera que el primero no pueda considerarse el contenido mínimo del segundo, ni pueda tampoco condicionarse al avance en el segundo. En mi opinión, las penas que por su duración o condiciones de ejecución produzcan desocialización infringen el art. 10 CE. El mandato resocializador del 25.2 CE es algo más: obliga a entender la pena también como prevención especial positiva y, más aún, a poner a disposición del condenado los medios para posibilitar una vida futura exenta de delito, actuando sobre los factores que están en la base de la etiología delictiva, lo que se realiza a través del tratamiento voluntario.

Además, se observa que se exige por parte de la jurisprudencia, para afirmar ese avance en la resocialización, la asunción de la ilicitud y la dañosidad del hecho, el compromiso con la legalidad e, incluso, el arrepentimiento, la petición de perdón, etc. En ocasiones, este aspecto eclipsa el análisis del riesgo de reincidencia, pareciendo convertirse en un fin en sí mismo, o entrando en el pantanoso terreno de la moralización o, incluso, intuyéndose una excusa para aumentar los aspectos meramente retributivos de la pena (incurriéndose en una legislación emocional y populista). Al respecto, debe recordarse que la resocialización es la vuelta a una vida en sociedad exenta de delito y la asunción de las valoraciones jurídicas es solo un medio (entre otros) para alcanzarla, pero no un fin en sí mismo.

El ideal resocializador no es una utopía ni es prescindible. La intervención resocializadora en el ámbito de la ejecución penal está legitimada no solo para evitar los efectos desocializadores de la prisión, sino también para actuar positivamente buscando remover aquellos obstáculos y dotar al condenado de aquellas herramientas que le permitan reincorporarse a una vida en sociedad exenta de delito. Por ello, es legítimo que el tratamiento penitenciario, necesariamente voluntario, de una manera respetuosa con la dignidad humana, mediante intervenciones psicosociales dirigidas a la racionalidad del sujeto, pretenda la transmisión al recluso de las valoraciones del ordenamiento. Se pretende, con ello, no una modificación de sus convicciones políticas o religiosas, sino una comprensión por parte del recluso de los límites de su libertad de actuar en el respeto a las normas y a las valoraciones jurídicas.

Sin duda, la modalidad europea de tratamiento del terrorismo, con su combate por igual a la radicalización meramente cognitiva y a la de comportamiento, complica la tarea de regirse por este principio, que sin embargo no debería perderse de vista.

En todo caso, esto no deja de suponer pretender una modificación de aspectos de la personalidad del recluso, pues en el fondo se busca que someta sus impulsos, sus creencias y su ética personal a lo prescrito por la norma, abandonando las justificaciones que le permitieron dar el paso desde esa radicalización cognitiva a la de comportamiento. Parece innecesario repetir, por obvio, que sin embargo estos cambios no se pueden imponer, son solo una aspiración del derecho en favor de la cual se debe trabajar, y que, además, si ello no se consigue, en todo caso no se castiga por la no modificación de las preferencias, sino por la conducta externa contraria a la norma.

En lo que sí me gustaría insistir es en que, dado que la evitación de la reiteración de la conducta delictiva se puede conseguir bien por mera intimidación, bien por incentivo (convenciendo del interés personal de tal opción) o bien por convergencia (convenciendo del valor del respeto al ordenamiento, a la democracia, al prójimo...), no veo, sinceramente, diferencias de legitimidad entre unas y otras modalidades. Es más, entiendo que todos los esfuerzos dirigidos a que el sujeto comprenda la conveniencia y necesidad del respeto a las normas y a facilitarle una libre autodeterminación en este sentido son positivos, pues garantizan en mayor medida el éxito de la tarea, además de que no supone ningún ataque a su dignidad, sino todo lo contrario: es más respetuoso con el delincuente dirigirse a él como ser racional que pretender su mera inocuización como si se tratase de un animal peligroso.

La consideración del tratamiento como parte esencial de la pena convierte a este instrumento en algo más que un mal, un mero dolor o privación. Y solo de esta manera, puede entenderse como un instrumento apto para cumplir el fin de la resocialización.

Frente al tópico más extendido, los delincuentes por motivación ideológica sí son resocializables. Es preciso distinguir, sin embargo, el reducto de los delincuentes por convicción, denominación que reservaremos para los autores de aquellos delitos en los que la transgresión de la norma es precisamente la expresión beligerante por parte del sujeto de sus convicciones opuestas a las del ordenamiento. Respecto de este tipo de delincuentes no puede pretenderse un efecto preventivo general positivo de la pena. Pero la mayoría de los delincuentes por motivación ideológica no pertenecen a esta categoría. Sus divergencias con el ordenamiento no derivan tanto de los fines perseguidos como de los medios elegidos, que además ellos mismos no tolerarían en otros que se opusieran igualmente a sus fines. La justificación de estos medios excepcionales e ilegales necesita de una narrativa alimentada de nuevo por distorsiones cognitivas sobre las que se puede trabajar.

Además, con frecuencia el bagaje ideológico de estos delincuentes es incluso pobre y simplemente arroja una opción por la violencia que deriva de otros muy diferentes factores presentes en perfiles personales, siendo la parte más importante del tratamiento el abordaje de dichos factores, así como trabajar en que el recluso desarrolle sus dimensiones de identidad y de eficacia.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALONSO RIMO, A., «¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación», *InDret* 4/2017.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Comares, 2001.
- BADOS, A. y GARCÍA-GRAU, E., *Técnicas Operantes Departamento de Personalidad, Evaluación y Tratamiento Psicológicos*. Facultad de Psicología, Universidad de Barcelona, 15 de junio de 2011 <http://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/18402> (último acceso 07/01/2021).
- BUBOLZ, B., y SIMI, P., “Leaving the World of Hate Life-Course Transitions and Self-Change”, en *American Behavioral Scientist*, Vol 59, Issue 12, 2015.
- BUENO ARÚS, F., «¿Tratamiento?», en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, ISSN 0210-9700, N.º Extra 2, 1989.

- BUENO ARÚS, F., «La resocialización del delincuente adulto normal desde la perspectiva del Derecho Penitenciario», en *Actualidad Penal*, núm. 5, p. 235.
- CÁMARA ARROYO, S., «La doctrina Parot», en BUSTOS RUBIO, M., ABADÍAS SELMA, M., A., (Dir.), *Una década de reformas penales: análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, 2020.
- CANO PAÑOS, M. A. y CASTRO TOLEDO, F. J.: «El camino a la (Ciber) Yihad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-15, 2018.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, vol. I, 6.º ed. Madrid, Tecnos, 2005.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., «El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social», en VVAA, *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universitat de València, Valencia, 2005, pp. 217 y ss.
- CID MOLINÉ, J. y MARTÍ, J. «El proceso de desistimiento de las personas encarceladas. Obstáculos y apoyos» en *Invesbrenu Criminología*, N.º 53, 2011.
- CID MOLINÉ, J., «Derecho a la reinserción social (consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos)», en *Jueces para la democracia*, n. 23, Madrid, 1998.
- CID MOLINÉ, J., y TEBAR, B., «Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo» en *Revista Española de Investigación Criminológica*, N 8, 2010.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CUERDA ARNAU, M. L., *Adoctrinamiento, adiestramiento, y actos preparatorios en materia terrorista*, Aranzadi, 2019.
- CUERDA RIEZU, A., «El concurso real y la acumulación de penas en la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot: observaciones legales y constitucionales», en *Cuadernos de derecho judicial*, N.º 7, 2006 (Ejemplar dedicado a: Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal).
- DALGAARD-NIELSEN, A., “Promoting EXIT from Violent Extremism: Themes and Approaches”, en *Studies in Conflict and Terrorism*, 36:3, 2013.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria», en *Papers d’estudis y formació*n, N.º 12, 1993.
- DE OTTO, I., *Derecho constitucional, Sistema de fuentes*, 2.ª ed. Madrid, 1995.
- DELGADO DEL RINCÓN, L. E., «El artículo 25.2 ce: Algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Número extraordinario, enero 2004.
- DEMETRIO CRESPO, E., «Constitución y sanción penal», en *Libertas – Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*. N.º 1, 2013.
- DORADO MONTERO, *Derecho protector de los criminales*, 1915.

- DUGAS M. y KRUGLANSKI A. W., “The quest for significance model of radicalization: implications for the management of terrorist detainees”, en *Behavioral Sciences The Law*. May-Jun; 32(3), 2014
- ESSER, A., “Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzugs”, en Jürgen Baumann, J., (Hrsg.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts: Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*. Tübingen, Mohr, 1974.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «El fin constitucional de la reeducación y la reinserción social: ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?», *ADPCP*, T. 67, 2014.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Individualización científica y tratamiento en prisión* Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior, Madrid, 2014.
- FERNÁNDEZ GÓMEZ, C., «Radicalismo violento en prisiones: perspectiva actual», ALONSO RIMO, A., y GIL GIL, A., (eds.) *Prevención de la radicalización violenta en prisión*, Dykinson, 2021, en prensa.
- FLETCHER, G. P., “The Place of Victims in the Theory of Retribution” en *Buff. Crim. L. R.*, (3), 1999
- FUENTES OSORIO, J. L., «Sistema de clasificación penitenciaria y el «periodo de seguridad» del art. 36.2 CP», en *InDret* 1/2011.
- GARCÍA DEL BLANCO, V., «Acumulación de condenas a pena privativa de libertad sustituidas por expulsión», en *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, N.º 18, 2019.
- GARCÍA JIMÉNEZ; E. y SÁNCHEZ LÓPEZ, B., «La educación en contextos de encierro desde una perspectiva multidisciplinar: la importancia de educar en valores como impulso a la reinserción social», en *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores* Año: VII, N.º 2, enero-abril, 2020.
- GARCÍA LÓPEZ, V., «Programas específicos de tratamiento en las prisiones españolas: control de la agresión sexual, atención integral a enfermos mentales y unidades terapéuticas y educativas», en *Revista de Estudios Socioeducativos*, N.º 7, 2019.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. «La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979.
- GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1982.
- GARRIDO GENOVÉS, V., «El fracaso de la rehabilitación: un diagnóstico prematuro», en *Revista de psicología general y aplicada: Revista de la Federación Española de Asociaciones de Psicología*, Vol. 37, N.º 5, 1982
- GARRIDO GENOVÉS, V., «El fracaso de la rehabilitación: un diagnóstico prematuro», en *Revista de psicología general y aplicada: Revista de la Federación Española de Asociaciones de Psicología*, Vol. 37, N.º 5, 1982.

- GIL GIL, A., «La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto organización terrorista», en *ADPCP*, T. 67, Fasc/Mes 1, 2014.
- GIL GIL, A., «Prevención general positiva y función ético-social del derecho penal», en Díez Ripollés *et al.* *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir* Madrid, Tecnos, 2002, (citado como *LH-Cerezo*).
- GIL GIL, A., «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 4, 2016.
- GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Dykinson, 2018.
- GÓMEZ JARA DÍEZ, C., «La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?», en *Indret* 2/2008.
- GONZÁLEZ COLLANTES, T., «El programa de intervención en radicalización violenta con internos islamistas: ¿implica un adoctrinamiento ideológico? Una reflexión sobre el concepto de resocialización en un estado democrático de derecho», en ALONSO RIMO, A. y GIL GIL, A., (eds.) *Prevención de la radicalización violenta en prisión*, Dykinson, 2021, en prensa.
- GONZÁLEZ COLLANTES, T., *El mandato resocializador del artículo 25.3 de la Constitución: doctrina y jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch 2017.
- GRACIA MARTÍN, L., *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Barcelona, Atelier, 2006.
- GUNARATNA, R., “Terrorist Rehabilitation: Genesis, Genealogy and Likely Future”, en GUNARATNA R. y BIN ALI, M., eds. *Terrorist Rehabilitation: A New Frontier in Counter-terrorism*. London: Imperial College Press, 2015.
- HAQUE, A., “Group Violence and Group Vengeance: Toward a Retributivist Theory of International Criminal Law”, *Buffalo Criminal Law Review*, (9), 2005.
- HAVA GARCÍA, E., «Antes y después de la doctrina Parot: la refundición de condenas y sus consecuencias», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* N.º 6, marzo – agosto 2014.
- HOLZ, W., *Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers*, 2007.
- HORGAN, J., *Walking Away from Terrorism Accounts of Disengagement from Radical and Extremist Movements*, Routledge, 2009.
- HÖRNLE, T., “Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht”, *JZ*, 2006.
- IBÁÑEZ I ROIG, A. y CID MOLINÉ, J., «La reinserción de las personas que finalizan condena en régimen ordinario», *Invesbrevu Criminología*, N.º 74, 2017.
- JAKOBS, G., *Sobre la teoría de la pena*, UEC, 1998.
- KAISER, G., SCHÖCH, H., *Strafvollzug*, 5.ª ed., Heidelberg, Müller, 2002.
- KAISER, *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle* 1972.

- KAUFMAN, W. R. *P Honor and Revenge*, 2013.
- LACAL CUENCA, P., «¿Es posible la intervención terapéutica con todo tipo de internos?» en *LegalToday*, 01/10/2020, accesible en <https://www.legaltoday.com/opinion/la-cara-y-la-cruz/es-posible-la-intervencion-terapeutica-con-todo-tipo-de-internos-2020-10-01/> (última consulta 01/10/2020).
- LEONHARDT, M., *Mehr Bühne für Resozialisierung*, Lit Berlin, 2017.
- LÓPEZ PEREGRÍN, C., «¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?» en *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, N.º 1, 2003.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3.ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979.
- MAPELLI CAFFARENA, B., «La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario», en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N.º Extra 2, 1989.
- MAPELLI CAFFARENA, B., «Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N.º 8, 2006.
- MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, 1983.
- MEDINA GARCÍA, M., *Evaluación experimental de la eficacia de los programas psicológicos de tratamiento penitenciario*, Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica, 2013.
- MIR PUIG, S., «¿Qué queda en pie de la resocialización?», en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N.º Extra 2, 1989.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, 10.ª ed. Barcelona, Reppertor, 2016.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., «¿Prevención positiva mediante la pena?» Conferencia pronunciada en el *Seminario Internacional Permanente de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, 17/12/2020, accesible en <https://canal.uned.es/video/5fdc8c06b609236f046794aa> (última consulta 22/12/2020).
- MOYANO, M. y TRUJILLO, H., *Radicalización islamista y terrorismo. Claves psicosociales*, Granada, Universidad de Granada, 2013.
- MUÑOZ CONDE, F. «La prisión como problema: resocialización versus desocialización», en *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985
- MUÑOZ CONDE, F. «La resocialización del delincuente análisis y crítica de un mito» CPC 1979.
- NABASKUES MARTÍNEZ DE EULATE, I., «Radicalización y desradicalización de jóvenes yihadistas en Francia», en *Revista vasca de sociología y ciencia política*, N.º 63, 2017
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «La atenuante analógica de confesión tardía en casos de terrorismo yihadista: ¿Un rayo de esperanza para las denostadas medidas premiales?» *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 141, 2019.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «¿Por qué algunos condenados por terrorismo yihadista cooperan con la justicia?: Apuntes para una posible explicación y

- para una propuesta de reforma penitenciaria», en ALONSO RIMO, A., y GIL GIL, A., (eds.) *Prevención de la radicalización violenta en prisión*, Dykinson, 2021, en prensa.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Análisis crítico de la libertad condicional en el proyecto de reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013 (especial referencia a la prisión permanente revisable)», en *La Ley Penal*, Número 110, septiembre-octubre, 2014.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «La “Doctrina Parot” y el fallo del TEDH en el asunto “Del Río Prada contra España”: el principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, N.º 9, 2013.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Prisión permanente revisable y el TEDH: algunas reflexiones críticas e implicaciones para el modelo español», *ADPCP*, T. LXXIII, 2020.
- PAWLIK, M., *Ciudadanía y derecho penal, Fundamento de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier, Barcelona, 2016.
- PAWLIK, M., *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*, Barcelona, Atelier, 2019.
- PÉREZ RAMÍREZ, M., GIMÉNEZ-SALINAS FRAMÍS, A., DE JUAN ESPINOSA, M., «Evaluación de la eficacia del programa de tratamiento con agresores de pareja (PRIA) en la comunidad», en *Psychosocial Intervention* n. 22, 2013 accesible en http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-05592013000200004 (último acceso 07/01/2021).
- RADBRUCH, G., «El delincuente por convicción», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-r4, 2005, accesible en <http://criminet.ugr.es/recpc> ISSN 1695-019 (último acceso 07/01/2021).
- REEMTSMA, J. P. *Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht*, 1999.
- REEMTSMA, J. P., *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters –als Problem*, 1999.
- REINARES NESTARES, F., «Sociología política de la militancia en organizaciones terroristas», *Revista de estudios políticos*, N.º 98, 1997.
- REINARES, F., “Exit from Terrorism: A Qualitative Empirical Study on Disengagement and De-radicalisation Among Members of ETA”, en *Terrorism and Political Violence*, 23, 2011.
- RÍOS MARTÍN, J. C., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*, Madrid, 2009.
- RIVERA BEIRAS, I., I (Coord.), *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales: Jornadas Penitenciarias*, Bosch, Barcelona, 1994.
- ROBINSON, P., «El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena», en MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M., *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, 2012.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D., «Pena (Teoría de la)», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N.º 16, abril–septiembre 2019.

- RODRÍGUEZ-ESPARTAL, N., LOPEZ-ZAFRA, E., «Programa emocional para presos por violencia de género (PREMOVIGE): Efectividad en variables cognitivas y conductuales», en *Psychosocial Intervention* n. 22, 2013.
- ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, C. H. Beck, München, 2006.
- RUIZ ARIAS, S., et al., *Violencia de género. Programa de intervención para agresores (PRIA)*, *Documentos penitenciarios*, n. 7, mayo 2010, pp. 129 y ss., accesible en <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201664/Violencia+de+g%C3%A9nero+-+Programa+de+Intervenci%C3%B3n+para+Agresores+%28PRIA%29%20%28NIPO+126-10-079-4%29.pdf/06f89324-19ae-4b3d-802a-d07c6899348f> (último acceso 07/01/2021).
- SCHMID, A., *Radicalisation, De-Radicalisation, Counter-Radicalisation: A Conceptual Discussion and Literature Review*. International Center for Counter-Terrorism, The Hague, 2013, accesible en <https://www.icct.nl/download/file/ICCT-Schmid-Radicalisation-De-Radicalisation-Counter-Radicalisation-March-2013.pdf> (último acceso 07/01/2021).
- SCHÜLER-SPRINGORUM, H., *Strafvollzug im Übergang*, Göttingen, 1969.
- Secretaría General Técnica de Instituciones Penitenciarias, «La estancia en prisión: Consecuencias y Reincidencia», *Documentos penitenciarios*, 16, 2017.
- SEGOVIA BERNABÉ, J. L., «En torno a la reinserción social y a otras cuestiones penales y penitenciarias», *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica*, N.º 1, 2006.
- SOLAR CALVO, P., «¿Es posible la intervención terapéutica con todo tipo de internos?» en *LegalToday*, 01/10/2020, accesible en <https://www.legaltoday.com/opinion/la-cara-y-la-cruz/es-posible-la-intervencion-terapeutica-con-todo-tipo-de-internos-2020-10-01/> (último acceso 07/01/2021).
- SOLAR CALVO, P., «Análisis de dos resoluciones revolucionarias. Las SSTC de 27 de enero y 10 de febrero de 202», en *La Ley Penal* n.º 144, mayo-junio, 2020.
- SOLAR CALVO, P., «Hacia un nuevo concepto de reinserción», en *ADPCP*, T. LXXIII, 2020.
- TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Edisofer, Madrid, 1998.
- TÉLLEZ AGUILERA, A., «Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español», en *ADPCP*, T. 52, 1999.
- URÍAS MARTÍNEZ, JOAQUÍN, «El valor constitucional del mandato de resocialización» en *Revista española de derecho constitucional*, Año n.º 21, N.º 63, 2001.
- WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., De Gruyter, 1969.

La otra publicidad del proceso penal: la crónica periodística del crimen de Nava de Roa (1888)

PEDRO ORTEGO GIL

Catedrático de Historia del Derecho
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

En 1888 se cometió un crimen en el pueblo burgalés de Nava de Roa. La atrocidad del hecho delictivo y el número de acusados llamó la atención de la prensa. Los periódicos provinciales y madrileños enviaron a sus reporteros a cubrir el juicio, pero, salvo uno, no eran expertos en Derecho. Sus crónicas, sin embargo, aportan notable información jurídica y permiten comprobar los aspectos del proceso que destacaron para sus lectores. Asimismo, se estudia la sentencia de casación del Tribunal Supremo y el debate surgido por el indulto concedido a los condenados a pena de muerte.

Palabras clave: *asesinato, juicio, prensa, sentencia, pena de muerte, indulto.*

ABSTRACT

In 1888 a crime was committed in the village of Nava de Roa, in the Spanish province of Burgos. The seriousness of the crime and the number of accused caught the attention of the press. The provincial and Madrid journals sent their reporters to report the trial, but, except one, were not experts in law. His chronicles, however, provide significant legal information and allow you to check the aspects of the process that stood out for your readers. Likewise, it examines the judgement of cassation of the Supreme Court and the debate arose by the indult granted to those condemned to death.

Keywords: *murder, trial, press, judgment, death penalty, indult.*

SUMARIO: I. La información periodística del juicio.–II. Los argumentos en casación.–III. La gracia del indulto.–IV. Conclusiones.

I. LA INFORMACIÓN PERIODÍSTICA DEL JUICIO

De todos es sabido la importancia que supuso la adopción del principio de publicidad en el proceso criminal desde el inicio del constitucionalismo hispano. La Constitución de 1812 marcó un cambio sustancial en algunos de sus rasgos cruciales mantenidos durante siglos. Hasta entonces, sin embargo, existió otro tipo de publicidad, muy restringida, pero publicidad al fin y al cabo. La presencia durante el desarrollo de la sumaria información de testigos, a quienes se preguntaba sobre determinados hechos y acerca de ciertos individuos de la comunidad, daba lugar, sin duda, a la divulgación del proceso. Más tarde la presencia de abogados, procuradores y relatores también fue otro medio, más restringido ciertamente, de publicidad. La ejecución de las penas corporales, en particular de las aflictivas, era otra manera esencial de divulgar públicamente el resultado de la administración de justicia, porque las ejecuciones punitivas permitían a la comunidad participar –recuérdese las jácaras de Quevedo– o presenciar –ejecuciones en la horca– el triunfo de la justicia. Fueron estos juicios, sobre delitos graves y sentenciados con penas severas, los que acabaron por difundirse en ciertos casos a través de las coplas de ciegos o de las relaciones de sucesos y alcanzar a una publicidad territorialmente más amplia. Sin profundizar en la exactitud de los hechos narrados o comentados y, por supuesto, teniendo presente la ausencia de cualquier información jurídica rigurosa en esas coplas o relaciones, hay que reconocer en ellas una primera y general difusión de algunos hechos delictivos, los avatares por los que atravesaron sus autores y víctimas y las condenas impuestas. Se trata de una difusión de aspectos parciales, tergiversados o no, aunque del desarrollo del juicio poco o nada se aporta en aquellas, a lo que es preciso sumar el desconocimiento de aspectos jurídicos básicos por parte de la comunidad.

Con la aparición (y difusión) de los periódicos la publicidad de los procesos se incrementó de forma considerable. El interés es, sobre todo, local, como lo era la mayor parte de la prensa. Con el transcurso de los años, las informaciones, y no tanto los periódicos, comienzan a alcanzar una difusión nacional a través de las suscripciones, bien por el eco que se hacen otros colegas de esos hechos. De forma paulatina, los periodistas locales, sobre todo en capitales en las que residen tri-

bunales territoriales o autoridades gubernativas, comienzan a informar de todos los sucesos criminales acaecidos en el territorial comarcal o provincial. Además, comenzará a ser habitual encontrar en sus páginas otras noticias de hechos sucedidos en la Corte, o viceversa, pues la llegada del telégrafo facilitó sobremanera la comunicación(1).

El suceso que se aborda en estas páginas, el llamado *crimen de Nava de Roa* cometido en 1888, no alcanzó la notoriedad periodística ni jurídica de otros procesos, aunque por el número de condenados a la pena de muerte fue de los más señalados en la prensa en la época(2). Como otros, quedó identificado por la ubicación geográfica. A pesar de su repercusión circunstancial, el hecho de haber quedado olvidado pudo deberse a la coincidencia temporal con el crimen de la calle Fuencarral, que desató una amplia polémica periodística, política, social y jurídica(3).

(1) Por ejemplo: «Declararon luego los procesados, y según un telegrama publicado por un periódico de la mañana, en términos contradictorios», *El Día* de 26 de septiembre de 1888.

(2) Otro fue abordado por WALKER, D.J., *Crime at El Escorial. The 1892 child murder, the press, and the jury* (Revised edition), Lanham (Maryland), University Press of America, 2014. Obra en la que converge la información periodística –destacando la utilización de la prensa política de la época– y el juicio por jurado de un terrible hecho delictivo en el que la víctima fue un pequeño de tres años, Pedro Bravo, cuyo cadáver apareció en el monte Abantos. Aprovecha la información de los diarios que destacaron reporteros para investigar los hechos y el desarrollo del proceso. Resultaron condenados Julián García Jorge (a) *El Chato*, sus hermanas y su cuñado Crisanto Jorge. El primero fue condenado a presidio, siendo liberado viejo y ciego antes de cumplir el tiempo total de la pena. No es nuestro propósito seguir esta línea, pues es mucho más modesto, pero desde luego es una referencia esencial para ubicar la sociedad, la influencia de la prensa política y las instituciones judiciales españolas de finales del siglo XIX ante crímenes execrables. También pueden conocerse otros procesos de esta época que llegaron al Tribunal Supremo, SÁEZ DOMINGO, A. *et alii*, *Procesos célebres. Crónicas de Tribunales Españoles*, Madrid, Revista de Legislación, 1883-1889; y, en la obra colectiva, *Los procesos célebres seguidos ante el Tribunal Supremo en sus doscientos años de historia: siglos XIX y XX*, Madrid, BOE, 2014.

(3) Uno de los principales estudios de la relación entre lo periodístico y lo jurídico se debe a la mano de PETIT CALVO, C., «La célebre causa del crimen de Fuencarral. Proceso penal y opinión pública bajo la Restauración», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 75, 2005, pp. 369-412. También, DUÑAITURRIA LAGUARDA, A., «Se abrió la veda al morbo judicial: el crimen de la calle Fuencarral a través del diario *La República*», en CRISTINA CARRETERO GONZÁLEZ (dir.), *El Derecho en los medios de Madrid*, Madrid, Aranzadi-Universidad Pontificia de Comillas, 2013, pp. 43-68. CARRATALÁ, A., «El Crimen de la Calle Fuencarral (1888): la incursión judicial de la prensa como acusación popular en los inicios del sensacionalismo en España» (este título del índice se convierte en el comienzo del trabajo en: «De la redacción al juicio: la primera acción popular como explotación periodística del suceso criminal»), en *Revista Internacional de Historia de la Comunicación*, 5, 2015, pp. 1-16. Desde un punto de vista territorial más específico, ARAGÓN MATEOS, S., «Delincuentes y patí-

La tendencia política que está en la fundación de numerosos periódicos también repercute en el tratamiento de la información judicial. De acuerdo con la ideología se hacen juicios de valor previos a la descripción de los hechos. En este sentido, *La Fidelidad Castellana*, subtítulo *Diario tradicionalista*, comienza ocupándose del hecho con estas palabras: «En el partido de Aranda parece se hallan los atropellos y crímenes a la orden del día»(4).

No son informaciones que quedan postpuestas a las páginas posteriores del periódico. Su transcendencia o impacto social puede llevar a ocupar toda la primera plana. Pronto se comienzan a dar informaciones fidedignas, según los periódicos locales, de cómo fue perpetrado el delito(5). Descubiertos los presuntos delincuentes y determinadas las circunstancias esenciales de la comisión delictiva, «ya puede decirse que el misterio que en un principio envolvía este crimen, ha desaparecido casi por completo. Y que el castigo no se hará esperar»(6). Era lógico que la prensa provincial fuera la primera en dar cuenta del delito. Sólo cuando se acerca la celebración del juicio los hechos

bulos en Badajoz a través de las fuentes literarias y periodísticas (siglos XVIII-XIX)», en *Revista de Estudios Extremeños*, LXXI-3, 2015, pp. 2069-2096.

(4) Se apoyan los redactores en que, además del crimen perpetrado contra «la persona del anciano farmacéutico, que si bien se libró milagrosamente de perecer entre las llamas, se hallaba a la fecha que nos escriben sin esperanzas de vida, a causa de los crueles tormentos porque le hicieron pasar los criminales; el domingo pasado en el inmediato pueblo de Fuentecén, apenas el sereno cantó las once de la noche se vio agarrado por la espalda... Cuatro vecinos de dicho pueblo han sido conducidos a la cárcel de Roa por la Guardia civil», *La Fidelidad Castellana* del 9 de marzo de 1888. Seis años antes y a menos de cien kilómetros se había perpetrado un delito similar en muchos aspectos, MUÑOZ, P., *El crimen de Santa María de las Hoyas. Proceso seguido a Eugenio Olalla Pérez, Miguel García Acero y D. Luciano Navazo Castálago por robo y homicidio*, Madrid, Revista de Legislación, 1884; y, ahora, en ALONSO GONZÁLEZ, A.B., «El crimen de Santa María de las Hoyas», en *Los procesos célebres seguidos ante el Tribunal Supremo en sus doscientos años de historia: siglos XIX y XX*, Madrid, BOE, 2014, tomo I, pp. 91-115.

(5) «Nuestros lectores ya tendrán noticia del crimen cometido en Nava de Roa, en casa del boticario D. Bartolomé Quintana, anciano de 70 años, al que robaron 375 pesetas, maltratándole cruelmente, hasta el extremo de quemarle con paja, dejándole en un estado lastimoso; pues bien, por detalles fidedignos sabemos que los criminales penetraron por un balcón que rompieron a hachazos, y que los presuntos criminales han sido puestos a disposición de la autoridad, por fuerza de la Guardia Civil del puesto de Roa», *El Papa-Moscas* de 4 de marzo de 1888. Aunque el subtítulo en esta época era *Diario satírico*, lo cierto es que muestra una tendencia liberal moderada. Fue el periódico más importante de Burgos durante la Restauración. PÉREZ MANRIQUE, J.C., «La prensa burgalesa en los siglos XIX y XX», en JUAN JOSÉ GARCÍA GONZÁLEZ *et alii* (coords.), *Historia de Burgos, desde los orígenes hasta nuestros días*, Burgos, Diario 16 de Burgos, 1993, pp. 915-926.

(6) *El Papa-Moscas* de 4 de marzo de 1888.

comienzan a ser narrados en diferentes periódicos con más amplia difusión y con identificación de los autores:

«En la noche del 9 al 10 de febrero último, varios malvados asaltaron la casa de D. Bartolomé Quintana y Abad, farmacéutico del pueblo de Nava de Roa. Sorprendieronle los bandidos en la cama, arrojóse de ella, consiguió bajar una escalera, y cuando le faltaba poco para salir a la calle, le sujetaron dos hombres que estaban fuera de la casa, envolviéronle en una manta, le ataron y le pisotearon. Después fue conducido a la botica; allí le exigieron señalase el sitio donde guardaba el dinero, que suponían los ladrones ascendía a unos doce mil duros, y contestando el infeliz boticario que nada poseía, le dispararon dos tiros en la cabeza. Le sujetaron después a terribles tormentos, siendo milagroso que pudiera sobrevivir un mes a la hora en que los recibió. Los criminales se apoderaron de algunos miles de reales, y maltrataron a otras dos personas que vivían con el Sr. Quintana. Estas personas, una el practicante de la botica, otra la doméstica, denunciaron a la autoridad los criminales. Fueron, al parecer, los siguientes: Miguel Medina Villa (a) *Señorita*, de Nava, casado, jornalero, de veintiséis años. Santiago Sanz París, *Moradillo*, de Nava, casado, jornalero, de cuarenta años. Apolinar de la Torre Pajares, *Quiterio*, de Nava, albañil, de veintisiete años, casado. Claudio Herrera Villa, *Haza*, de Haza, de treinta y cinco años, casado. Gumersindo Herrera Villa, hermano del anterior, de treinta y tres años, casado. Félix de la Torre Pajares, *Quiterio*, hermano de Apolinar, de Nava, casado, albañil. Mariano Gómez Pérez, *Trillo*, de Nava, casado, Labrador, de treinta y cinco años. Feliciano Díez Vicente, *Machorra*, de Nava, soltero, Labrador, de veinticuatro años. Juan Requejo Córdoba, *Malavís*, de Nava, de veintiocho años, casado. Julián Francisco Melero, *Palma*, natural y vecino de Cuevas de Probanco, soltero, Labrador, de veinte años. Agapito Rozas Pastor, *Rana*, natural de Villalmanzo, vecino de Nava, de veintinueve años, casado, Labrador»(7).

Parece que la mayor parte del pueblo de Nava se posicionó a favor de los acusados, quizá atendidas las circunstancias socio-económicas de la población y las familias de los inculcados(8). Desde las pági-

(7) *El Día* de 26 de septiembre de 1888. El apodo es señalado como presunción de criminalidad: «Llámanse los aprehendidos, Mariano Gómez, (a) *Trillo*; Santiago Sanz, (a) *Moradillo*; Miguel Molina, (a) *Señorita*; Félix de la Torre, (a) *Quiterio*; Juan de la Mata, (a) *Malavís* y Feliciano Machorra, Claudio y Gumersindo Herrera, que carecen de alias, sin duda por una casualidad». El *Papa-Moscas* de 4 de marzo de 1888.

(8) Para comprender la situación en estos años, véase *La crisis agrícola y pecuaria. Actas y dictámenes de la Comisión creada por el Real Decreto de 7 de julio de 1887 para estudiar la crisis que atraviesa la agricultura y la ganadería*, Madrid 1887-1889. Son siete tomos con una amplísima información.

nas de *La Ilustración Española y Americana* se señalaba, con una evidente crítica política, lo siguiente:

«Lo más grave de este atentado es la complicidad de todo un pueblo, o el silencio de los vecinos dominados por el terror. La escasez de los testigos, la negativa a auxiliar a la justicia en un pueblo de corto vecindario, donde todo debía saberse por el número de los malhechores, y la dificultad de guardarse un secreto de ese género, demuestran la situación moral de ciertas comarcas, dominadas por las gentes de mal vivir. No creemos en la complicidad colectiva para ocultar delitos tan horribles. El espanto y temor a las venganzas es la única explicación honrosa del silencio. Si en capitales populosas los malhechores logran escapar al castigo por el miedo de las gentes pacíficas, no es extraño que callen los vecinos honrados e indefensos en pueblos pequeños y apartados. El crimen de Nava de Roa es escandaloso, no tanto por el delito en sí, que esos y peores se cometen en todas partes, sino porque hace sospechar que otros habrán quedado y quedarán impunes, por lo limitada que es entre nosotros la acción de la justicia»(9).

Esta denuncia hay que ponerla en relación con otra que no figuró en la llamada prensa política: ninguna persona denunció, en un primer momento, el hecho. Un silencio, implícitamente calificado de cómplice, y que fue denunciado en la letra impresa, porque no solo fue la prensa *política* la que enjuició al proceso. Desde *Los avisos sanitarios* también se aportó la visión más dramática del suceso, y donde Gonzalo de Reparaz Rodríguez responsabiliza abiertamente a todo el pueblo de Nava:

«renunciamos a insertar las peripecias de un juicio oral, donde se ve a todo un pueblo retratado como si fuera de lo más árido de África, y a los reos defenderse negando, a pesar de que han sido condenados diez individuos a la pena de muerte, pues no ha sido posible ocultar lo que se había ejecutado con estrépito, y empleando horas de martirio cruel sobre un anciano indefenso. Se ve bien a las claras la fibra del farmacéutico, y si él hubiera podido armarse y defenderse habría podido con los diez...

No es lo malo, con ser tan atroz, el crimen. Lo que no tiene disculpa es la conducta del pueblo de Nava de Roa, en sus autoridades y vecindario, según puede verse en el relato.

Si hubiese sangre médico-farmacéutica en España, ese pueblo quedaría huérfano de médico y farmacéutico. Nosotros, si alguna vez tenemos que pasar por tal pueblo, haremos cuanto sea factible para rodear y no poner nuestro cuerpo en aquellas calles ni en aquellas

(9) *La Ilustración Española y Americana* de 30 de septiembre de 1888. Sobre estos aspectos terroríficos en la prensa, WALKER, *op. cit.*, pp. 131-132.

casas, y no por temer a los criminales, sino por temor a una nube de idiotas...

No voy a referir un drama vulgar. No se trata del asesino que hiere en la sombra por espíritu de venganza, ni del ladrón que mata para robar, ni menos aún del hombre de carácter vehemente que delinque en un momento de arrebató. El crimen de Nava de Roa es más, mucho más que todo eso; más aún que el crimen de Valencia y que el crimen de la calle de Fuencarral. Es el crimen del mal por el mal, en el cual los asesinos han apaleado, herido, quemado, sometido a los más horribles tormentos a sus víctimas, no por odio, no por codicia, no impulsados por la embriaguez, sino fríamente, tranquilamente, casi por entretenimiento. Además, en él no están complicadas dos, tres o cuatro personas, no. A once ascienden los procesados, contra los once pide el fiscal de la Audiencia de Lerma, Sr. Enciso, la última pena, y, sin embargo, aún hay más, muchos más, porque de la simple narración de lo ocurrido y de la marcha misma del proceso, resulta una gran responsabilidad para el pueblo entero de Nava de Roa...

No es ninguna aldea. Tiene un millar de habitantes, casi todos ciegos, sordos y mudos, pues nada vieron ni oyeron la noche del crimen y nada absolutamente han podido decir a la justicia para auxiliar la acción de ésta. En cambio, son todos gentes de armas tomar, y a la menor cosa salen a relucir en las calles de Roa el trabuco, la navaja y otros argumentos por el estilo.

Para no perder el tiempo en detalles daré una idea del pueblo de Roa, con un solo dato: 18 penas de muerte se han pedido en cinco años en la Audiencia de lo criminal de Lerma contra vecinos del mismo. Otro dato: Merced a las influencias misteriosas ni una sola de esas penas se ha cumplido. Milagros del caciquismo, imperante en Roa y del que a su tiempo hablaré...

Nadie se presentó a denunciar el delito. El alcalde de Roa, que debe participar de la sordera, ceguera y mutismo del resto del vecindario, nada oyó, vio ni supo. Hasta cuatro días después no se tuvo conocimiento en Lerma de lo ocurrido»(10).

En cualquier caso, hay que resaltar el breve lapso temporal entre la comisión del delito (febrero), la detención (marzo), la rápida instruc-

(10) Concluía esta descripción: «todo induce a creer que en el crimen de Roa el peso de la ley caerá sobre los culpables. Desde el momento en que la prensa se apodera de él y lo arroja a la publicidad, es preciso esperar que se hará justicia. Y justicia, no es venganza de los horribles sufrimientos producidos a D. Bartolomé Abad, no. La sociedad no se venga, la sociedad corrige, si puede o si sabe. Es necesario que se haga justicia, porque el crimen de Roa revela, más aún que ningún otro, un estado social morboso, y el enfermo debe ver en toda su horrible desnudez la intensidad del mal que padece, para que se decida a sufrir el enérgico tratamiento que su estado exige». *Los avisos sanitarios* de 10 de octubre de 1888 (pp. 882-883).

ción(11), a pesar de las dificultades con las que se encontró el juez(12), y la celebración del juicio (septiembre)(13). La importancia social que se dé al juicio –y este la tuvo– hace que los periódicos envíen redactores o colaboradores a presenciarlo para, a través de ellos, poder obtener información precisa de lo que sucede en la sala de vistas y, quizá porque en esos momentos los periodistas no han alcanzado la plena profesionalidad, se prefiere a colaboradores que dominen el ámbito sobre el que es preciso informar, de ahí que se busquen juristas(14). Todo ello, sin perjuicio de recabar información por cualquier otro medio, de manera que se llega a informar *de oídas*(15).

La mayor parte de ellos reflejan aspectos sociales que interesan a la comunidad, entre ellos la comisión del delito y su gravedad, la detención de los delincuentes, la situación en que quedaron los parien-

(11) «La casa del farmacéutico de Nava de Roa fue asaltada hace pocas noches por doce hombres, los cuales, después de robarle, le infirieron veintiséis puñaladas, le bajaron por las escaleras y le metieron entre unos manojos y gavillas de paja, prendiéndoles fuego con intento de que acabase de perecer abrasado. En medio de su agonía, y huidos los bárbaros agresores, pudo el infeliz salvarse milagrosamente de las llamas. Su estado es muy grave. El juzgado de Roa se trasladó inmediatamente al lugar del suceso, habiendo preso a ocho personas, entre ellas el practicante y la criada, si bien estos han sido ya puestos en libertad», *El Día* de 17 de febrero de 1888. Reproducido en *El Pabellón Nacional* del día siguiente. Al igual que en el caso de Eugenia Balaguer y de conformidad con la presunción recogida en la legislación histórica y lo expuesto por la doctrina jurídica, las primeras sospechas se dirigieron contra los más cercanos, contra los que habitaban en la casa.

(12) Uno de los redactores que estaba cubriendo el crimen de Fuencarral dio cuenta que en el Tribunal Supremo se estaba viendo el recurso del juicio que nos ocupa y escribe: «A propósito del crimen de Nava de Roa, un modesto juez de instrucción, categoría de entrada, luchando contra casi todo un pueblo que favorecía la impunidad, llevó a término un sumario que no ha ofrecido dudas, facilitando la tarea de la Audiencia. A ese funcionario nadie ha intentado regalarle un bastón», *El País* de 9 de mayo de 1889. Como dato anecdótico, Higinia Balaguer manifestó al conocer la vista del recurso de casación de Nava de Roa: «¡Bah! Si los 10 son condenados a muerte, conmigo serán 11». No se equivocó en el veredicto, pero sí en el desenlace.

(13) Se informa que la fase de «pruebas documentales, testifical y de peritos terminó el 27». *El Papa-Moscas* de 30 de septiembre de 1888. La pericial, a juzgar por las noticias, tuvo poca importancia.

(14) «Nuestro deber, después de conocidas ya esas noticias, es aprovechar las últimas que recibamos, a cuyo efecto hemos nombrado y enviado un querido colaborador nuestro, digno e inteligente, y que ha desempeñado honrosos puestos en la Administración de justicia, pues creemos que en estos asuntos nadie mejor que los que dominan la ciencia del Derecho, pueden fijar las verdaderas impresiones de un acto tan severo como el que tanto llama la atención y se sustancie en estos momentos en la Audiencia de Lerma». *El Papa-Moscas* de 30 de septiembre de 1888.

(15) «La semana pasada comenzó el juicio oral, y por lo que nuestro director oyó en dicha villa el día 25, era tal la curiosidad, que de todas partes acudían a presenciar el acto», en *El Papa-Moscas* de 30 de septiembre de 1888.

tes de las víctimas o de estas últimas, la persecución y encarcelamiento de los autores, la composición del tribunal y algunas circunstancias de los magistrados, el desarrollo de las vistas –en particular en las ciudades sede de una Audiencia territorial–, las condenas impuestas en las sentencias, el traslado de los reos para su cumplimiento y las peticiones de indulto. En ocasiones, por no faltar no falta ni la descripción de la sala donde se celebró y de los asistentes(16). O llegado el caso, todo tipo de datos generosos sobre la ejecución(17).

Quienes cubrieron el juicio facilitaron información sobre los miembros del tribunal(18). La Audiencia de lo criminal de Lerma se completó con otros dos magistrados porque, de acuerdo con el art. 145 de la LECr, era preciso cubrir el número de cinco exigido para dictar sentencia en causas en las que se hubiera pedido la pena de muerte, cadena o reclusión perpetua, como era el caso(19), aunque esta compo-

(16) *La Justicia* de 30 de septiembre de 1888: «El salón donde celebra sus sesiones el tribunal se encontraba el día 28 ocupado por un público numerosísimo. Dentro del local el calor es asfixiante. La expectación es grandísima; todo el mundo se dispone a oír en medio del más profundo silencio, la acusación».

(17) Por ejemplo, LUCEA AYALA, V., «Reos, verdugos y muchedumbres: la percepción popular de la penalidad y la pena de muerte. Zaragoza. 1855-1915», en *Revista de Historia Jerónimo Zurita*, 76-77, 2004, pp. 129-158.

(18) «La vista del proceso comenzó ayer en la Audiencia de lo criminal de Lerma, formando el tribunal cinco magistrados, que son: D. Hipólito del Campo y Belandía, presidente; D. Sotero Bonifaz y Fernández de Baeza, ponente; D. Celestino de los Ríos y Córdoba, D. Pío García Santelices (de la Audiencia de Vitoria), y D. Mariano Gaité Heredia (suplente.) En representación del ministerio público actúa D. Mariano Enciso y Martín; como secretario, don Lucinio Martínez... Son abogados de los procesados los Sres. Revilla, Casaviella, Álvarez y Bravo», en *El Día* de 26 de septiembre de 1888. En otros periódicos se da cuenta de quién es el ponente *El Pampa-Moscas* de 30 de septiembre de 1888. En cuanto a la carrera de Sotero Bonifaz y Fernández Baeza: se le expidió el título de abogado en 10 de junio de 1859; en abril de 1860 fue nombrado para la promotoría fiscal, de entrada, de Boltaña; en 27 de abril de 1864 se le trasladó a la de Torrecilla de Cameros; en mayo de 1865 fue promovido a la de ascenso de Medina del Campo; el 3 de julio siguiente se le trasladó a la de Valdepeñas; en octubre de 1866, a la de Ocaña; en 10 de agosto de 1869 se le declaró cesante; en febrero de 1876 se le nombró promotor fiscal, de ascenso, de Mataró, aunque en abril se le nombró para la promotoría, de ascenso, de Daroca; en diciembre de 1882 se le nombró teniente fiscal de la Audiencia de Colmenar Viejo; en 26 de marzo de 1885 fue promovido a magistrado de la de Lerma, de cuyo cargo tomó posesión en 15 de abril siguiente; con posterioridad, en diciembre de 1889, fue promovido a magistrado de la territorial de Palma. *Gaceta de Madrid* de 18 de octubre de 1898. A la vista de la cesantía en 1869 y su reingreso en 1876 se trata, sin duda, de un juez conservador.

(19) Concretándose que se completaría la Sala con magistrados suplentes y, a falta de estos, con los magistrados de la Audiencia de lo criminal más próxima que por turno designe el presidente de la territorial a que ambas pertenezcan. Acerca de la evolución de la legislación procesal decimonónica, ÁLVAREZ CORA, E., «La evolución

sición será objeto de alegación ante el Tribunal Supremo. Se elogiará especialmente al presidente por el modo de ejercer su autoridad durante la vista(20). También se facilitan datos sobre el fiscal y los abogados de los procesados(21). Para algunos de los que intervinieron, la composición de la sala les debió parecer la de un templo(22).

La mayor parte de las noticias publicadas versaron sobre el desarrollo de la vista. Para los lugares comarcanos el juicio se convirtió en un gran acontecimiento: «En efecto, el público asiste ávido a las sesiones ya reseñadas por la prensa». Aclarando que «a pesar de la inmensa concurrencia no ha habido notables barullos ni alborotos, merced a las

del enjuiciamiento en el siglo XIX», en *AHDE*, 82, 2012, pp. 81-111. Por su cercanía, puede consultarse GÓMEZ TIerno, J., *La Audiencia de lo criminal de Soria*. Tesis doctoral, Logroño, 2019 [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=249592>].

(20) El colaborador enviado por *El Papa-Moscas*, que como sabemos había estado relacionado con la administración de justicia, se expresaba en términos elogiosos acerca de él: «Hay que hacer muy especial mención del acierto con que han sido dirigidos los debates por D. Hipólito del Campo, presidente de la Audiencia y magistrado de gran rectitud, mucha energía, capacidad y constante estudio» (30 de septiembre de 1888). En *El País* de 29 de septiembre de 1888 leemos, tras un incidente provocado por *Trillo* y Claudio Herrera: «la actitud del presidente impone a los procesados y guardan silencio y compostura». Sobre su trayectoria hasta ocupar esta presidencia: se le expidió el título de abogado en junio de 1863, habiendo ejercido la profesión desde enero de 1864 hasta marzo de 1869, excepto el tiempo comprendido entre el 5 de octubre y el 10 de diciembre de 1868; en 15 de marzo de 1869 fue nombrado para el juzgado de primera instancia de Santo Domingo de la Calzada; en noviembre de 1871 trasladado al de Arnedo; en junio de 1875 al de Quiroga, pero el 21 de dicho mes se le nombró, a su instancia, para el de Lerma; en 4 de junio de 1877 fue trasladado al de Alcañices, pero en marzo de 1878 se le admitió la renuncia de dicho cargo; en marzo de 1879 se le nombró para el juzgado de Villanueva de los Infantes; en octubre de 1881 fue promovido al de Gandesa, de ascenso, pero en 26 de diciembre del mismo año se le declaró cesante por renuncia; y en 18 de diciembre de 1882 fue nombrado magistrado de la Audiencia de Palencia. *Gaceta de Madrid* de 8 de diciembre de 1887.

(21) «En representación del ministerio público actúa D. Mariano Enciso y Martín; como secretario, don Lucinio Martínez... Son abogados de los procesados los Sres. Revilla, Casaviella, Álvarez y Bravo», en *El Día* de 26 de septiembre de 1888.

(22) Para los testigos la sala y los magistrados eran una especie de lugar sagrado con sus sacerdotes: «Después compareció Juan Diez Crespo, que habitaba frente a la casa en que se cometió el crimen. Cuando fue conducido a presencia del tribunal dobló la rodilla y se persignó. El presidente puso término a las risas del público agitando la campanilla», en *La Época* de 27 de septiembre de 1888. Al igual que la criada: «Saludó con una ligera inclinación de cabeza al tribunal y al público, y al llegar a la primera grada de estrados se arrodilló, hizo la señal de la cruz y sus labios murmuraron una oración. Estos actos produjeron alguna hilaridad en el público», *La Época* de 27 de septiembre de 1888. «Al llegar la criada de don Bartolomé al pie de la plataforma se arrodilla en la primera grada, haciendo rápidamente la señal de la cruz. El público ríe y a algunos magistrados les cuesta no poco trabajo contener la hilaridad», *El País* de 29 de septiembre de 1888.

precauciones tomadas»(23). Acontecimiento que alcanza difusión nacional gracias a la prensa(24).

La publicidad de la vista celebrada en el tribunal permite, de modo paralelo, un control sobre el desarrollo del juicio por la opinión pública, al menos por la que supiera leer, y a la postre sobre la actuación de los magistrados(25). El fallo condenatorio o absolutorio, la gravedad o lenidad de la pena impuesta, no solo será enjuiciada por las instancias judiciales, en el caso de que cupiera y se planteara el recurso, sino también por los periodistas y, a través de ello, por la comunidad. Su fallo será discutido y debatido en cafés, en las oficinas administrativas o en las calles. No es un control jurisdiccional, sino social. Un control que se extiende más allá de las razones jurídicas, acertadas o no.

Los periódicos, o más bien las redacciones de los mismos, van configurando una opinión pública que es, al mismo tiempo, fruto del amparo ideológico de cada uno de ellos. En *La Época* del 26 de septiembre de 1888 no solo se avanza en la primera página que el juicio sobre el crimen de Nava había comenzado la víspera (martes) y se alargaría probablemente hasta el sábado, sino que siendo esta la noticia se adentra en la opinión desde sus postulados conservadores:

«Los reos son once, y para todos pide el fiscal la pena de muerte. Un colega dice que es el drama de la miseria y del crimen; pero antes que de la miseria es de la perversidad; sus circunstancias horrorizan. ¿Qué rudimentos de educación habían recibido los once procesados? A juzgar por lo que hicieron, carecían de todo sentimiento de humanidad. Procure el Sr. (José) Canalejas que a individuos como los que ejecutaron el crimen se les obligue a adquirir la instrucción militar, y no haga caso de la verdadera educación, de la moral pública y pri-

(23) *El Papa-Moscas* de 30 de septiembre de 1888. *El Día* de 26 de septiembre de 1888: «A las diez de la mañana comenzó la vista, ante público numeroso». *La Época* de 27 de septiembre de 1888: «La sala destinada a la vista hallábase ocupada por numeroso público». El corresponsal redactor Enrique Segovia escribió: «A las diez en punto continuaba hoy la vista de aquel proceso, con la misma concurrencia de ayer»; «Al reanudar hoy sus tareas el tribunal, se observa mayor concurrencia que los días anteriores, atraída por el deseo de escuchar la acusación de los reos», en *El País* de 29 de septiembre de 1888.

(24) Del impacto nacional da cuenta la prensa local: «Ahorraremos al lector de otros detalles prolijos e innecesarios, máxime cuando buena parte de la prensa de Madrid y provincias escribe estos días adelantadas noticias telegráficas y diarias que satisfacen cumplidamente la pública curiosidad». *El Papa-Moscas* de 30 de septiembre de 1888.

(25) Aunque en con carácter previo se hagan juicios de valor desde la prensa: «Dura parece a primer golpe de vista la petición del fiscal, pero cruel e inhumano es también el hecho origen de este juicio», *La Fidelidad Castellana* de 26 de septiembre de 1888.

vada, y a no dudarle hará muy buenos ciudadanos; tan buenos como los que hoy comparecen ante la Audiencia de Lerma».

Las críticas iban dirigidas contra el periódico progresista y de notable influencia *El Imparcial*, pues con igual fecha y tras la alusión al crimen y a la localidad, subtitulaba «Un drama de la miseria»:

«Había sido crudísimo el invierno: primero a causa de las nieves y después a consecuencia de los hielos, labradores y jornaleros estaban en Nava de Roa a las puertas de la miseria; solo unos cuantos, muy pocos, podían considerarse felices con la posesión de algunos miles de reales, remanente de antiguas grandezas, para la inmensa mayoría no quedaba sino la desesperación o la muerte. Entre esos dos extremos, los menos escrupulosos eligieron como término medio el crimen para buscar en los bienes ajenos alivio a los males propios. De esta manera explican algunos el origen del sangriento drama...»(26).

Es, precisamente al inicio de la vista cuando desde los periódicos se comienzan a utilizar términos que aclaren al público las circunstancias más graves del delito:

«Hace ya algún tiempo, a la perpetración del delito, dimos detallada cuenta a nuestros lectores de un horroroso crimen cometido en Nava de Roa, y en el que el anciano farmacéutico, D. Bartolomé Quintana, fue bárbaramente mutilado, martirizado y al fin víctima; y maltratado su dependiente Alfredo Moreno y la criada Filomena Crespo, por una turba de forajidos, de la que se cree haya onces presos, y para los que el fiscal pedía la última pena»(27).

Relatados y calificados los hechos, los periódicos se centran en las personas de los delincuentes. Aportan, según los casos, numerosas circunstancias personales y familiares de los mismos. La inserción de unos u otros datos tiene un objetivo claro de formación de la opinión pública: «Son once, casi todos jóvenes, casados y con hijos. Uno de ellos, el que aparece como jefe de la banda, cuenta en su hoja de ser-

(26) *El Imparcial* de 26 de septiembre de 1888. Después aporta datos del hecho y del farmacéutico, quien rondaba los 68 años, «a quien las gentes del pueblo consideraban poseedor de una gran cantidad en dinero contante y sonante, entre diez y doce mil duros. Contra él o contra su fortuna germinó la envidia y la codicia de unos cuantos malvados, a quienes –según se dice– fue cosa fácil concertarse para dar el golpe de mano que les tiene sujetos con grillos. Acosado, perseguido, maltrecho, horriblemente torturado por el fuego, mártir, prefirió sucumbir en la demanda a revelar el sitio en que guardaba el fruto de largos años de trabajo y privaciones. Dio generosamente su vida para salvar la fortuna y asegurar el porvenir de sus hijos. Pasado un mes de horribles sufrimientos, el señor Quintana bajó al sepulcro...».

(27) Añade el redactor que vuelve a dar los nombres de los acusados «por el orden en que han declarado; mejor dicho, con que no han declarado, pues todos niegan su participación en este delito». *El Papa-Moscas* de 30 de septiembre de 1888.

vicios uno que le llevó veinte meses al presidio de Valencia. Dos o tres han tenido ya algo que ver con la justicia por motivos no muy graves. Los restantes debaten ahora en la carrera que conduce al patíbulo»(28). No obstante ser tratados por igual, *El Imparcial* de cuenta de cuatro grupos a efectos de su defensa: al *Rana* le defendió Hilario Ruiz Cascaviella; a *Trillo* y Félix *Quiterio*, Martín Revilla; a *Palma*, Quirico Álvarez; y a los restantes Valerio Bravo. Lo cual puede dar idea de los intereses encontrados entre ellos. Incluso corrió el rumor de ser muchos más los implicados(29), quizá por otros sucesos delictivos coetáneos.

Los periodistas aportan pasajes de las declaraciones de los encausados en el crimen, quienes manifestaron conocer a la víctima. Entre ellos hubo, al estar en juego sus vidas, contradicciones(30), pues quien fue acusado de ser el jefe de la banda, negó su participación con el argumento de que no habría dejado con vida a las otras dos víctimas(31).

Desde su tendencia republicano-progresista fue *El País*, a través de su redactor corresponsal, el que facilita más detalles acerca del desarrollo de la vista, en crónica detallada y fechada en Lerma el 26 de septiembre. El fiscal pidió la ampliación de la declaración prestada por *Trillo*, debido a las resultas de lo expresado por la criada «relativa

(28) Se llega a describir, incluso físicamente, a cada uno de ellos: «Mariano Gómez Pérez (a) *Torillo*, de treinta y cinco años, casado tiene dos hijos y regular instrucción. Es natural de Nava de Roa; aunque bien mirado, a juzgar por sus brazos, más parece napolitano que burgalés... Miguel Medina Vila (a) la *Señorita*, por antonomasia apodado de esta manera porque es el más burdo de todos los de la cuadrilla. De señorita no tiene más que la facilidad con que se abandona al llanto. Es tan blando de corazón, al parecer, que suelta lágrimas como puños en cuanto se acuerda de su madre, recién fallecida, o piensa en su mujer y en sus dos pequeños. Cuando era joven se dedicaba a pedir limosna, con mucha honra, según dice. Ahora no pide más que justicia, sinónimo, para él, de libertad. No pasa de los veintiséis años y *Señorita* es casi un Hércules... Julián Francisco y Melero (a) *Palma*, de veinte años, natural de Cuevas de Probanco. Es el más joven de todos y el que menos desconfiado está del éxito. Dice que su padre le iba a poner sustituto en el ejército, cuando una riña con el autor de sus días le obligó a abandonar la casa paterna, precisamente en el día que precedió a la noche del crimen». *El Imparcial* de 26 de septiembre de 1888.

(29) «En el pueblo hay quien cree que son 26 los sujetos que tomaron parte en el crimen», *El Día* de 26 de septiembre de 1888.

(30) «Leído el proceso, declaró Agapito Rozas, el cual acusó a Gómez Pérez de ser el principal autor del delito. El acusado se defendió diciendo que Rozas era hombre sin temor de Dios. Los dos se inculpaban, siendo sus palabras tan duras, que el presidente les impuso silencio», *El Día* de 26 de septiembre de 1888.

(31) «Todos los que están presos han declarado que conocían a la víctima, y entre ellos se dice que Gómez Pérez fue el jefe de la banda. Este Gómez afirma que es inocente, y qué si hubiese sido con sus compañeros el que efectuó el crimen, habría mandado al otro mundo, al practicante y a la criada», *El Día* de 26 de septiembre de 1888.

a haber intentado el Mariano Gómez Pérez violarla». Entra aquí no solo la descripción de cuanto estaba sucediendo en el juicio, sino también aporta su opinión sobre lo que se había podido acordar entre acusación pública y defensa acerca de lo expuesto por la criada(32).

Las declaraciones de los acusados contrastan con las de las víctimas que quedaron con vida(33). En la segunda sesión se produjo un careo entre *Palma* y el mancebo que tenía el boticario(34), solicitado por el abogado de aquel(35). A continuación, declaró la criada, que en las crónicas llega a ser descrita, lo cual permite al lector establecer comparaciones entre víctima y acusados(36). Reproduzco el interrogatorio que hizo el fiscal a esta mujer porque, sin duda, su testimonio

(32) «*Trillo* lo niega, sin que el fiscal descienda a pormenores, porque parece que se ha convenido en tratar este asunto como quien pasa sobre ascuas, para evitar, dada la índole, escenas de color demasiado subido, que hubieran hecho necesaria la suspensión de la vista pública, celebrando a puerta cerrada este incidente. Pudieron, pues, quedar tranquilamente en sus puestos de preferencia las señoras y señoritas que, ataviadas como en una fiesta, presenciaban el acto», *El País* de 29 de septiembre de 1888.

(33) «Después declaró el practicante D. Alfredo Moreno, manifestando que los malhechores le ataron, arrebatándole todo el dinero que llevaba encima. Reconoció entre los asesinos a Miguel Medina Villa (a) *Señorita*, a Juan Requejo *Malavís* y a Julián Francisco Melero», *El Día* de 26 de septiembre de 1888.

(34) «Esta segunda sesión comenzó por un careo entre el practicante de la botica del interfecto y el procesado Julián Francisco Melero (a) *Palma*. Ambos se ratificaron en las declaraciones que en el proceso tienen ya prestadas», en *La Época* de 27 de septiembre de 1888.

(35) «Encarándose el *Palma* con el que le había acusado, dijo con enfática entonación, que se despegaba de su natural rústico: ¿Con que dice usted que me ha visto en el hecho? Sí, señor, contestó el practicante con serenidad. ¿Qué ropa llevaba? La que le he dicho: pantalón de pana, negro, y chaqueta del mismo color; en las demás prendas no me fijé. ¿Y cómo ha podido usted verme con esa ropa, si yo no la tengo de esa clase? Eso usted lo sabrá; si no la tenía, se la pudo prestar alguno. Firme el practicante en sus declaraciones, terminó el careo», *El País* de 29 de septiembre de 1888.

(36) «Entra Filomena en la Sala a buen paso, muy colorada, pero sin aturdimiento... La concurrencia muestra gran curiosidad por ver a Filomena, y entre el sexo femenino se murmura que no vale gran cosa; en el sexo fuerte andan divididas las opiniones, dominando las favorables. Filomena es una morenita graciosa y agraciada; sus facciones son regulares, a excepción de la nariz en caballete, un poco grande... El vestido de percal, listado y rameado... Maneja nerviosamente un abanico barato. No falta entre los vecinos de Nava de Roa quien sonría maliciosamente; pero hay que tener en cuenta que Filomena, vencido su terror, ha comprometido con sus declaraciones a gentes que tiene numerosa familia», *El País* de 29 de septiembre de 1888. «Acto seguido compareció la criada de D. Bartolomé Quintana, Filomena Crespo. Su declaración fue la más importante de la sesión de ayer. Filomena es joven, delgada, viste con sencillez y su fisonomía es alegre y animada», *La Época* de 27 de septiembre de 1888. Filomena tenía veintitrés años. ¿A qué público se dirigían estas descripciones? Si atendemos a las concepciones de aquella época, indudablemente a las mujeres, cuyo grado de analfabetismo era menor que el de los hombres.

fue una de las pruebas principales. Podemos comparar, sucesivamente, cómo lo publicó *El País* –subtitulado *Diario republicano-progresista*– y cómo lo hizo *La Época* –conservador monárquico–, pues permite diferenciar los términos en que fueron publicados por un diario que inició su andadura el año anterior y uno de los clásicos de la prensa política madrileña y apreciar su visión política:

«Fiscal. Refiera la testigo lo que sepa acerca de lo ocurrido en casa de su amo D. Bartolomé Quintana la noche del 9 al 10 de febrero último.

Filomena. A eso de la una y media comenzaron a dar golpes en el balcón que daba a la habitación del amo; antes había sentido ruido en la calle. Me eché de la cama, poniéndome un manteo, y fui a avisar a mi amo, que se levantó sobresaltado, en calzoncillos. A los golpes se rompió un cuartillo del balcón y por allí debieron meter el brazo, descorrer el palo atravesado y la falleba. En seguida entraron cuatro hombres, y luego, detrás, otros dos. Uno echó una cerilla, que se apagó al instante. El amo escapó por la escalera; los malhechores me dijeron que para dónde iba, y yo dije que por la escalera, y bajaron detrás, quedando uno en la sala sentado en una mesa. Ya habían encendido una capuchina que había encima de la mesa de noche. Conocí a los seis, que eran *Trillo*, Félix de la Torre, Santiago (*Moradillo*), *Señorita*, Claudio Herrera y su hermano Gumersindo.

Como en la primera declaración, en que hizo revelaciones, resultase que también había señalado a Requejo, y en ésta no hablase de él, haciéndola notar el fiscal la contradicción en que incurría, Filomena se afirmó en la que ahora prestaba; de Apolinar, que es cuñado suyo, no sabe que contribuyera al crimen...

Se ratifica en que *Trillo* intento violarla; este fue el solo ultraje que se la dirigió, pues desde el principio la dijeron que nada temiese...

Del *Señorita* dice que fue el primero que dio una bofetada a D. Bartolomé, cuando, después de apoderarse de él, le subieron a sus habitaciones, ya sin calzoncillos; que le pidieron grandes cantidades y que él dijo no tenerlas; los que abrieron el baúl y se apoderaron de las 250 pesetas en plata fueron *Trillo* y *Señorita*.

Oyó los tormentos de su amo, que era muy martirizado por los criminales»(37).

«El fiscal dice a la testigo: ¿Quiere V. referir a la Sala cuanto sepa de lo ocurrido la noche de autos en la casa de su amo?

Testigo. Sí, señor. Me había ya acostado y dormido. De pronto desperté sobresaltada al oír que daban en el balcón repetidos golpes, y por el ruido pude observar que las maderas del balcón cedían y los cristales caían hechos pedazos. Me vestí precipitadamente y corrí a la

(37) *El País* de 29 de septiembre de 1888.

alcoba de mi amo para avisarle de lo que yo había oído; pero D. Bartolomé se había ya levantado, y le vi correr hacia la escalera seguido de varios hombres. Al verlos quedé aterrada. Todos llevaban tiznada la cara y algunos cubierta con pañuelos. Echaron a correr tras del señor, y uno se acercó a mí después de recibir órdenes para custodiarme.

Fiscal. ¿Usted conoció a algunos de los que corrían detrás de su amo?

Testigo. Sí, señor. Los que entraron por el balcón y corrían detrás de él eran: *Trillo*, el *Señorita*, Claudio Herrera, Félix Torre, *Moradillo*, el *Machorra* y Gumersindo Herrera.

Fiscal. ¿Vio la testigo entre los que asaltaron la casa al *Rana*?

Testigo. No, señor. No creo que estuviera...

Fiscal. ¿Recuerda la testigo quién de los procesados fue el que, después de atarla, la arrojó sobre la cama de su amo y la amenazó de muerte? Testigo. Sí, señor, fue el *Trillo*, el mismo que quiso atropellarme»(38).

Esta declaración inculpatoria de la criada no fue bien recibida por los acusados. El redactor de *La Época*, al parecer presente en la Sala, describe esta situación y la califica para sus lectores: «Entre la Filomena y *Trillo* se verificó un careo vivísimo, en el cual se advirtió el contraste de la sinceridad de la criada con las estudiadas negativas del procesado. Los demás le hicieron coro, interrumpiéndole con sus murmullos»(39). El enfrentamiento, pensemos larvado, también ocurrió con uno de los defensores. El abogado de *Trillo* y Félix de la Torre preguntó a la criada sobre el número de chorizos que había en la ala-

(38) «Filomena refirió después horribles pormenores sobre la comisión del crimen. *Trillo* y Claudio Herrera protestaron con energía de las afirmaciones de la testigo, y manifestaron a la Sala con ademanes descompuestos que eran inocentes. Claudio Herrera se excedió tanto en sus frases y manifestaciones que el presidente se vio obligado a expulsarlo de la Sala, desde donde, convenientemente asegurado, fue conducido a la cárcel por la Guardia civil», *La Época* de 27 de septiembre de 1888.

(39) Tras lo cual: «Al terminar el incidente entre Filomena y *Trillo*, éste, dirigiéndose a la primera, le dijo: Si hubiera yo estado en aquello, ¿lo contarías tú? *Trillo* parecía dispuesto a una agresión, y fue separado y contenido por la Guardia civil», *La Época* de 27 de septiembre de 1888. Con datos complementario en *El País* de 29 de septiembre de 1888: «*Trillo*, al acusarle la interrumpe, y Claudio Herrera, al oírse acusar también exclama: ¡Esto no se puede sufrir! ¡Esto no hay quien lo aguante! El presidente ordena a dos guardias de la escolta que se lo lleven a la cárcel, *recomendado al alcaide*, y una pareja saca a Claudio». En *El País* de 29 de septiembre de 1888 podemos leer otra versión: «Al formar la cuerda de los presos en el patio de la Audiencia para volverlos a la cárcel, *Trillo* descubrió a Filomena, que para verlos se había subido a un banco, y como la dirigiera no sé qué insulto, ella le dijo: Anda, que bien merecido lo tienes, porque tú, tú eres el jefe de todos».

cena y sobre la utilidad de la escopeta que tenía el boticario, a lo cual el presidente le llamó la atención «sobre la, en su juicio, impertinencia de sus preguntas, y se entabla entre ambos un diálogo bastante vivo, que termina con una protesta del Sr. D. Martín Revilla, a la que se asocia el señor D. Valerio Bravo, defensor del grupo más numeroso»(40). Incluso al concluir la sesión, el padre de uno de los acusados se encaró con la criada(41).

Es, en mi opinión, la declaración del hijo de la víctima la que más impresión debió causar sobre los presentes en la sala a juzgar por la referencia a la exculpación de *Rana* y las alusiones al comportamiento de *Palma*:

«Después fue llamado D. Luis Quintana, hijo de don Bartolomé. La presencia del testigo causó honda impresión en el público. Interpelado por el fiscal, manifestó haber oído a su padre acusar a todos los procesados menos al *Rana*, y añadió que un desconocido, que debe ser *Palma*, le salvó la vida, oponiéndose a que lo quemaran y apartando la leña encendida de su cuerpo; acción que D. Bartolomé tenía muy presente, rogando a sus hijos muchas veces que, si él moría, protegiesen al *Palma*»(42).

En consecuencia, el testimonio de vista de la criada y la declaración del hijo de la víctima eran los suficientemente vehementes para que los propios acusados y los asistentes al juicio tuvieran claro el desenlace(43). Pero los abogados de los otros acusados no debieron quedar satisfechos con la declaración del hijo, pues le dirigieron preguntas «relativas a si ha socorrido a *Rana* en la cárcel y si le ha insinuado determinadas declaraciones. Don Luis protesta y dice que

(40) *El País* de 29 de septiembre de 1888. «El Sr. Revilla, defensor de *Trillo*, dirigió a Filomena muchas preguntas, a las que puso término el presidente con energía. Con este motivo se produjo un incidente, motivando una protesta de los letrados», *La Época* de 27 de septiembre de 1888.

(41) «Cuando salía Filomena apareció el padre de *Trillo* en la puerta de la Sala y la dijo: ¡Grandísima infame! Tú quieres perder a mi hijo. Filomena retrocedió y contestó alejándose: Yo no he dicho más que la verdad, que es lo que Dios manda. Su hijo de V. mató a mi amo y debe pagar su delito», *La Época* de 27 de septiembre de 1888.

(42) *La Época* de 27 de septiembre de 1888. Luis Quintana era médico en Castriello de Duero, y refirió «las circunstancias del crimen, en los términos que las oyó a su señor padre... designando como autores del crimen, vistos y conocidos por D. Bartolomé a todos los procesados menos a Agapito Rozas Pastor, el *Rana*, de quien no le oyó que estuviera presente; al contrario, su padre le juzgaba incapaz de acción semejante», según *El País* de 29 de septiembre de 1888.

(43) «Los presos salieron de la Sala sumamente abatidos, a excepción del *Trillo*. Algunos de ellos lloraban... De las declaraciones de ayer se deducen gravísimos cargos contra diez de los procesados. El que aparece menos comprometido es el *Rana*», *La Época* de 27 de septiembre de 1888.

socorrió al *Rana* una sola vez en la prisión con dos pesetas, sin intención malévola de ningún género»(44). Salvo estas alusiones, la prensa no publicó ningún testimonio a favor de los otros acusados, ninguno.

Por la gravedad del hecho, el número de acusados y la pena solicitada, el número de testigos fue asimismo elevado(45). Pero sus testimonios debieron ser parcos, porque apenas se informa de cuanto declararon(46). En este sentido, quizá el miedo a cualquier represalia propia de los lugares pequeños está detrás del silencio de un vecino que no vio nada(47). Pero, ¿por qué la prensa no publicó ni una sola declaración testifical en favor de los acusados? Es difícil de responder. Quizá solo interesaron las incriminatorias de las víctimas vivas.

Para acelerar la resolución del juicio, el presidente llegó a ordenar la celebración en un día de dos sesiones, la ordinaria que duró desde las diez a la una, y otra vespertina que concluyó a las cinco. No falta la calificación elogiosa del desarrollo del proceso, pero sobre todo de la administración de justicia: «El juicio oral se ha deslizado con toda gravedad y orden, recordándonos los actos judiciales que se verifican en naciones acostumbradas hace muchos años a estos procedimientos, lo que prueba que el ilustrado personal de nuestras Audiencias está siempre dispuesto a aceptar todos los adelantos de que es susceptible la ciencia jurídica»(48).

El día 28 de septiembre de 1888 «comenzaron los informes por la acusación del fiscal, que reformó sus conclusiones, como ya veremos, pronunciando con este motivo, con facilísima palabra un discurso de buenas formas y en el que demostró su cultura intelectual y el detenido estudio que ha hecho de un crimen, que deja atrás, por lo salvaje

(44) *El País* de 29 de septiembre de 1888.

(45) «Los llamados a declarar en este proceso son 93 testigos, cuatro peritos, dos médicos y dos maestros de escuela». *El Día* de 26 de septiembre de 1888.

(46) El corresponsal de *El País* se mostró cruel con los testigos: «Los hay de varias catas; sus declaraciones nada interesantes contienen; alguno dice que es de *profesión casado*; y una mujer, cuñada del maestro veterinario, dice la consta que *Rana* no salió de casa aquella noche, porque (palabras textuales), una mula le había repetao herrando en la posá de su cuñao» (29 de septiembre de 1888).

(47) «En los rostros de los reos se observaba un gran decaimiento. El testigo negó rotundamente haber visto todo lo ocurrido, y dijo que solo se apercibió desde su ventana de que D. Bartolomé corría por sus habitaciones. Filomena acusó a este testigo de saberlo todo», *La Época* de 27 de septiembre de 1888. El apartado que le dedica *El País* de 29 de septiembre de 1888 es esclarecedor: *Uno que se hace el sordo*. Y detalla que «Juan Díez es un socarrón que finge una gran sorpresa para hacerse repetir las preguntas y poder meditar entretanto las respuestas. Vivía frente al corral de D. Bartolomé, y parece que, asomado a una ventana que da sobre dicho corral, vio lo que allí pasara la pobre víctima. Según Filomena, lo vio todo, pero él lo niega, por lo que aquella le dirige airada un chaparrón de reproches».

(48) *El Papa-Moscas* de 30 de septiembre de 1888.

y odioso, a los de la calle de Fuencarral y Valencia»(49). El resumen de esta intervención permite conocer la calificación de los hechos por el ministerio público(50), además de la alegación de las agravantes o la no concurrencia de atenuantes y el grado de participación de los intervinientes y, por supuesto, la petición de pena para los autores(51). Consideró el hecho como «crimen extraordinario, pero no excepcional en los anales judiciales». Como rubricaba el redactor Segovia Rocaberti, enumeró las circunstancias de la comisión del delito, perpetrado por bandidos que eran «personas que debían estarle obligadas», y los suplicios a los que fue sometido el «pobre anciano», tras lo cual analizó «la historia, los antecedentes, las propensiones, los temperamentos de cada acusado», para concluir pidiendo *el racimo de horca*(52).

El escrito fiscal es calificado de sobrio, preciso, razonado y humano «dentro de la naturaleza inexorable del Código»(53). Pero conocemos que modificó sus conclusiones provisionales con la siguiente petición:

«[...] que se imponga la pena de muerte en garrote, y para mayor ejemplaridad que se ejecute en Roa, a todos los procesados, excepción del *Rana*, para quien ha solicitado la absolución por falta de prueba»(54).

(49) Este elogio se completa con la siguiente aseveración: «La acusación ha sido muy buena; en un discurso sobrio, elevado y de elegantísimo corte, nutrido de doctrina legal, ha descrito el delito y relacionado la participación que en él tuvieron cada uno de los procesados». *El Papa-Moscas* de 30 de septiembre de 1888.

(50) «Pasó después a ocuparse de la participación que tuvieron en el crimen cada uno de los procesados, y luego de examinar detenidamente los actos por cada uno de ellos realizados, los conceptuó a todos como autores, con arreglo a lo dispuesto en el art. 13 del Código penal. Hizo constar la falta de circunstancias atenuantes y señaló una por una las agravantes que en el hecho ocurrieron», *La Época* de 29 de septiembre de 1888. El redactor de *La Justicia*, 30 de septiembre de 1888, se limitó a escribir: «Hace constar que no halla circunstancias atenuantes ni eximentes que favorezcan a los acusados».

(51) «El representante del ministerio público calificó el delito de robo y homicidio, por medio de violencia en las personas, y también intento de violación. (La doméstica acusa de este delito a *Trillo*.) Estima varias circunstancias agravantes y ninguna atenuante ni eximente, y pide contra los once procesados la pena de muerte y 5.341 pesetas de indemnización para. D. Luis y doña Filomena Quintana, hijos del interfecto». Incluso sabemos que los hijos de la víctima, «no se han mostrado parte en la causa; y solo han dicho que no renuncian a la indemnización pedida por el fiscal». *El Día* de 26 de septiembre de 1888.

(52) *El País* de 1 de octubre de 1888.

(53) *El País* de 29 de septiembre de 1888.

(54) *El Papa-Moscas* de 30 de septiembre de 1888.

El corresponsal de *El País* valoró este cambio de calificación para *Rana*, de hecho satisfactorio, porque también para él había pedido con anterioridad la pena de muerte. La nueva petición de absolución y puesta inmediata en libertad se basaba en la falta de pruebas sobre su participación. La satisfacción de este reo contrastó con la actitud de sus compañeros de banquillo, quienes «le dirigieron miradas terribles, preñadas de odios, deslizándose los más próximos a él algunas palabras que traducían gráficamente la expresión de sus rencores»(55). El fiscal Mariano Enciso leyó «su informe con fácil palabra... sin dejar de tocar todos aquellos puntos, en su mayoría graves, de la mayor gravedad algunos, en que había de razonar la terrible petición que al final de su discurso formulara», señalando el redactor que estuvo persuasivo porque «es difícil persuadir a nadie de la justicia con que la sociedad pueda llevar al cadalso a diez hombres para expiar la muerte de uno solo»(56). Una formulación de cargos que «son abrumadores respecto de *Trillo*, el *Señorita* y *Machorra*», determinando la participación de cada uno hasta llegar a los cargos contra *Palma*(57). Es entonces cuando el acusador público manifestó: «Si a los demás –dice– les he llamado criminales, a este no me atrevo a tanto y solo le llamaré delincuente; su juvenil edad, sus buenos antecedentes, su aspecto mismo le representan de modo muy distinto a sus compañeros; él no tiene el corazón empedernido; va al crimen por accidente, y una vez en aquel sangriento teatro de pruebas de humanidad, ostentando, dentro del crimen, una conducta honrada»(58). En otras páginas, se describía que el

(55) Apostillando la descripción que algo se habría temido cuando dos de los seis guardias que custodiaban «a los que ya el fiscal considera reos» se situaron en el centro de ellos con la bayoneta calada, porque «parece que, en efecto, habían corrido rumores de que pudiera surgir alguna explosión de venganza». Incluso, temiendo la fuga de alguno de ellos, guardias civiles a caballo custodiaban el exterior del tribunal. *El País* de 1 de octubre de 1888. Otra versión en *La Época* de 29 de septiembre de 1888, puesto que se señala que, tras oír la petición fiscal, el cronista afirma que «no pasó desapercibido para la concurrencia el acto realizado por el cabo de la Guardia civil, quien se situó dentro de estrados, delante de los reos. Por muchos se creyó que esto tenía por objeto frustrar los proyectos de fuga que se atribuían a los procesados». De nuevo dos versiones entre un periódico republicano y otro conservador. Coincide con la última versión *La Justicia* de 30 de septiembre de 1888.

(56) En *La Justicia* de 30 de septiembre de 1888 se lee: «Dice que en su discurso se propone seguir la moda inglesa, haciendo informes de corta extensión».

(57) En ese momento, según el redactor de *El País*, «la voz del fiscal, llena y sonora hasta este momento, se apagó, velada por la emoción de que el orador se sentía poseído».

(58) «Estas palabras impresionan hondamente al auditorio y apenas hay en él quien no tenga necesidad de llevarse el pañuelo a los ojos. Todas las miradas se dirigen al joven de Cuevas; los periodistas, que le vemos de perfil, notamos claramente la conmoción que de Julián se apodera; su rostro sano enrojece gradualmente y hay

fiscal «con un sentimiento sincero se dolía de tener que pedir pena tan terrible para *Palma*, que se halló en el hecho por accidente, y que demostró piedad hacia la víctima y generosidad hacia el practicante, rechazando la idea de sustraerle catorce pesetas que poseía»(59). Se insiste en el alegato sobre Julián Francisco Melero, porque al acusarle, el fiscal «visiblemente conmovido, señala las circunstancias que hacen de él un delincuente por fatalidad, pero no criminal, poniendo de relieve los instintos generosos de que dio muestra», incluso su poca edad, insistiendo en que «concurrió al hecho por accidente» y que, durante la perpetración del delito, observó «una conducta en cierto modo honrada»(60).

Los periódicos se extendieron sobre el razonamiento para pedir el indulto en favor de *Palma*. Se insistió en que, a pesar de petición tan severa(61), el fiscal argumentó que «el rigor de la ley y su exacto cumplimiento le obligaba a pedir la pena de muerte para este procesado pero que recomendaba a la Sala, aunque no estaba en sus atribuciones hacerlo, que, si lo estimaba, hiciera uso de la facultad del art. 2 del Código»(62). Es decir, el ministerio público solicitaba la aplicación del párrafo segundo de este precepto, de acuerdo con el cual el tribunal podría acudir al Gobierno, exponiendo lo que estimara conveniente, «sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones del Código, resultare notablemente excesiva la pena, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito». En otros términos, la petición de un indulto que, entiendo por lo que expresaba el fiscal, debería ser parcial y, en consecuencia, la rebaja de la pena capital a cadena perpetua (art. 26 del Código penal de 1870).

momentos en que parece próximo a una congestión; se ve también el gran esfuerzo que hace para contener el llanto. ¡Tal vez no quiera aparecer débil ante sus compañeros de deshonra! ¡Le echarían luego en cara el no haberse portado como un hombre!», *El País* de 1 de octubre de 1888.

(59) *El Papa-Moscas* de 30 de septiembre de 1888.

(60) *El País* de 1 de octubre de 1888.

(61) «*Palma* oye su acusación emocionadísimo; sus ojos se llenan de lágrimas, palidece intensamente, flaquean sus rodillas y se le ve próximo a caer desvanecido, teniendo que abandonar la Sala en brazos de la pareja. Un profundo sollozo se levanta de los cuatro ángulos del salón. El público está profundamente conmovido: muchos vierten lágrimas. Solo los magistrados parecen impasibles, fríos y rígidos como la ley misma», *El País* de 29 de septiembre de 1888. En el ejemplar del 1 de octubre se vuelve a leer: «*Palma* sufrió una indisposición que le obligó a salir de la sala, custodiado por dos guardias civiles; al pasar entre la concurrencia pudo escuchar los gemidos que a las buenas mujeres de Lerma arrancaba su triste y horrorosa situación».

(62) *El Papa-Moscas* de 30 de septiembre de 1888.

Las expresiones del fiscal sobre *Palma*, que se utilizarían también por la defensa en el recurso de casación, denotan cierta connivencia con lo manifestado por la víctima según la declaración de su hijo. Incluso, a la vista de sus razonamientos, el corresponsal de *El País* expresa, no solo que faltó poco para que el público prorrumiese en aclamaciones y aplausos, sino que «los rumores de aprobación que surgieron en todos los ámbitos de la sala han sido las primeras firmas puestas al pie en la solicitud de ese indulto, que el fiscal no puede pedir, pero que pediremos nosotros, periodistas y pueblo, si la Audiencia y el Supremo pronuncian un fallo de muerte»(63). La opinión pública ya estaba formada en estas líneas del redactor. Es la prensa la que adelanta la conveniencia del indulto frente al previsible rigor legal de la sentencia.

Estas palabras dejaron paso a otros términos más duros que conforman la petición contra el resto de acusados. En los otros diez no halló «para éstos ninguna circunstancia eximente ni atenuante»(64). Para el fiscal, la inflexibilidad del Código penal, «le impide solicitar para *Palma* una pena menor que la que *Trillo* y los demás merecen»(65). Según se describe, «en los demás presos pareció no hacer mella la petición fiscal de que sean ejecutados en garrote vil, para mayor ejemplaridad, en Roa, cabeza de aquel partido judicial»(66).

A continuación, tocó el turno de las defensas. El abogado natural de Lerma Hilarión Ruiz Casaviella, defensor de Agapito Rozas Pastor, alias *Rana*, hizo también una defensa «muy buena», centrada, por lo que se expone en la noticia, «acerca de nuestro Derecho procesal, haciendo ver que no habiendo hecho uso la Sala de la facultad que le concede el art. 732 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, y habiendo solicitado el Ministerio fiscal la absolución de su defendido, éste tenía

(63) *El País* de 1 de octubre de 1888.

(64) *La Dinastía* de 30 de septiembre de 1888.

(65) Aun cuando reconoce que, «en su conciencia está que Julián Francisco, si bien resulta que fue al crimen voluntariamente, dadas su inexperiencia y su falta de instrucción, y dado el conjunto de circunstancias que el día 9 de febrero le empujaron a abandonar su hogar, buscando en Nava de Roa momentáneo albergue en casa de *Machorra*; pesado y medido todo esto, Julián Francisco ha tenido en el drama una participación mínima, comparada su conducta con la del que menos interviniera. La acción del ministerio público va encauzada en los artículos del Código, y de él no puede salirse sin faltar a la ley, esto es, sin perder su autoridad y su prestigio; el fiscal, sin embargo, informará a su jefe el del Supremo cuando la causa pase a este alto tribunal, y aun de buen grado y de todo corazón sería el primero si le fuera permitido en solicitar el indulto de Julián». *El País* de 1 de octubre de 1888.

(66) *El País* de 1 de octubre de 1888.

que ser absuelto»(67). Se reconoce que su tarea fue fácil desde que modificara el fiscal sus conclusiones respecto a su parte, a pesar de lo cual «no se contenta con que su defendido sea absuelto por falta de pruebas; quiere que lo sea con todos los pronunciamientos favorables, porque dada la resonancia del proceso, no debe quedar sobre el que en el crimen no haya intervenido, la menor sombra que pueda mancillar en algún modo su reputación»(68). Luego, este letrado ponía de manifiesto el poder de la prensa, pues el hecho mismo de ser mencionado en un periódico que informa sobre un juicio ya ponía una mácula o un baldón sobre quienes aparecieran en la noticia(69). Es más, este abogado expuso con claridad dicha importancia y la repercusión que este proceso tenía a nivel nacional y la fuerza que podía tener en la formación de la opinión pública:

«generalizó su defensa, y con frases corteses para los periodistas que de Burgos y de Madrid habíamos presenciado los debates, nos excitó a gestionar el indulto de los diez acusados, para evitar –dijo– el horroroso espectáculo de la matanza de diez hombres, que tendrían que esperar a que el verdugo concluyera uno por uno con los que les precedieran, aumentando el horror de aquella carnicería»(70).

Cabe recordar que la razón fundamental de la abolición de la horca en España y la imposición del garrote como medio de ejecución se debió, precisamente, a un ajusticiamiento colectivo, en Madrid durante el reinado de Fernando VII, que llegó al paroxismo. Los fusilamientos de los sargentos en Madrid en 1866 todavía estaban recientes, sin olvidar las ejecuciones en garrote a los acusados de anarquistas en Andalucía. Estos diez hombres no fueron ajusticiados, pero la protagonista del otro juicio mediático que por aquel entonces se desarrolló fue la última persona ejecutada públicamente en Madrid(71).

(67) *El Papa-Moscas* de 30 de septiembre de 1888. *El País* de 29 de septiembre de 1888 expone: «El abogado defensor del *Rana*, Sr. Ruiz Casaviella, pide para su defendido la absolución con pronunciamientos favorables; elogia el periodismo, y excita con sentidos acentos a sus representantes en la vista para que soliciten el indulto y eviten que se alce el cadalso para diez hombres».

(68) *El País* de 1 de octubre de 1888.

(69) De ahí que se dirigiera expresamente a ella: «El letrado Sr. Casadiella, defensor de *Rana*, empieza felicitándose de que se encuentren en el local los representantes de la prensa, a la que saluda», *La Justicia* de 30 de septiembre de 1888.

(70) *El País* de 1 de octubre de 1888. Según se recoge en *La Época* de 29 de diciembre de 1888: «Demostró la inocencia de su defendido; se declaró enemigo de la pena de muerte, y manifestó que creía imposible que en la vieja y noble tierra de Castilla se levantara un patíbulo para que a él subieran diez hombres».

(71) Me remito a mi trabajo, «Las cifras de la pena de muerte en España durante el siglo XIX: una aproximación estadística», en MANUEL TORRES AGUILAR y

Del abogado de Martín Revilla se destaca que estuvo «también muy acertado y oportuno, solicita que se absuelva a sus defendidos»(72). Quirico Álvarez, defensor de *Palma*, dirigió sus razonamientos a negar la participación activa en la comisión del delito, poniendo en duda todas las pruebas practicadas contra él y aportando información médica sobre su somnolencia habitual, por lo cual solicitaba su absolución(73).

En último lugar intervino Valerio Bravo, abogado de los otros siete acusados, de quien los corresponsales resaltan que es un «joven que empieza ahora» y que es un «joven de talento». En este sentido, se pone de manifiesto «que se ha interesado vivamente por sus patrocinados, estudiando profundamente la causa, la legislación pertinente y las cuestiones médico-legales que se presentan para deducir que las declaraciones de la víctima prestadas en estado de sub-delirio, carecen de fuerza probatoria»(74). O se significa que «aún saca partido de ciertos cabos sueltos que en las diligencias sumariales resultan, espe-

MIGUEL PINO ABAD (coords.), *Burocracia, poder político y justicia. Libro homenaje de amigos del profesor José María García Marín*, Madrid 2015, pp. 545-576.

(72) Incluso *El País* de 1 de octubre de 1888 afirma que «es un orador vehementemente, lleno de fuego y de mucha intención, gran analítico». Describe su intervención de este modo: «Su defensa estribó en la contradicción que resulta entre las declaraciones primeras, ante el juez municipal de Nava de Roa, de D. Bartolomé, Filomena y el practicante, y las prestadas en presencia del juez instructor. Dudó que D. Bartolomé hubiera cedido a los impulsos del miedo al callar los nombres de los criminales en sus declaraciones primeras, porque hombre que había dado pruebas de tanta heroicidad en el martirio horrible a que le sometieron durante dos mortales horas, no podía sentir miedo de ninguna especie; si calló, dice, fue porque realmente no les había conocido. Respecto a las declaraciones posteriores, las cree dictadas por la fiebre en días en que ya debía de estar profundamente perturbada la razón de aquel mártir. A Filomena y al practicante le califica de testigos despreciables. Pide la absolución de sus defendidos».

(73) «Citó las declaraciones de varios testigos, entre ellos el médico de Cuevas de Probanco, en las que se prueba que Julián Francisco tiene el sueño muy pesado, habiendo necesidad de agitarle brazos y piernas para hacerle despertar. La misma noche del suceso se quedó dormido en la bodega a que fue con Machorra y otros. Al reconocimiento que de él hizo el practicante en Roa, y en rueda de presos, no concede el señor Álvarez ningún valor, porque antes le fue presentado Julián con su padre, preguntando D. Luis Quintana a éste si era aquél su hijo. Desde este momento, el discurso del Sr. Álvarez adquiere tonos tan conmovedores y el mismo letrado se siente poseído de tan profunda emoción, que no le es posible continuar», *El País* de 1 de octubre de 1888. Según *La Justicia* de 30 de septiembre de 1888: «Recuerda que las primeras pesquisas se dirigieron contra el mancebo de la farmacia y la criada del interfecto Sr. Quintana. Indica que hay misterios en la causa y que tal vez no estén presos los verdaderos culpables».

(74) *El Papa-Moscas* de 30 de septiembre de 1888. Para Martín Revilla, según *El País* de 29 de diciembre de 1888, defensor de *Trillo* y Félix, «fijándose en las contradicciones que nota en las primeras declaraciones del interfecto, su criada y el practicante. No cree estuviese el boticario en plena posesión de sus facultades intelectuales

cialmente en las practicadas por el juez municipal de Nava de Roa, que deja bastante que desear»(75). Por este motivo, solicitó la absolución de sus defendidos.

Antes de pronunciarse el *visto para sentencia*, «un procesado, después de oír la acusación del fiscal, se declaró culpable de haber tomado parte en el crimen»(76). *El País* reproduce los términos en los que se expresaron algunos de los acusados al pronunciar la última palabra:

«Procesados: ¿Tenéis que hacer alguna manifestación?

Sí, señor, contestaron varios.

Pues id por orden dando un paso al frente.

Avanzan *Trillo*, el *Señorita* y otros dos. *Trillo* se queja del juez, y el presidente le retira la palabra; el *Señorita* pide justicia; los otros procesados pronuncian frases incoherentes»(77).

Los periodistas también expresaron sus impresiones: «La familia de *Rana* esperando verle libre muy pronto. Los concurrentes al juicio oral temiendo una sentencia terrible para nueve, lo menos, de los procesados»(78).

Tenemos la suerte de que el redactor de *El País* presenció lo sucedido una vez concluida la vista. Da cuenta de que a la media hora de la tarde en que concluyó la vista, por la carretera de Lerma a Aranda desfilaban vehículos, cabalgaduras y personas a pie, calculando que «las familias de los procesados y los testigos, estos en número de 97, sumando todos unas 200 personas». Pero también presenció una escena cruel, pues al pasar la criada por la galería de la cárcel de Lerma, donde los presos se despedían de sus familiares, «les llama la atención, y

al declarar, y tiene a Filomena y al practicante por testigos despreciables, influidos por alguien, aludiendo al hijo de la víctima».

(75) Concluye el redactor: «El Sr. Bravo hará carrera». *El País* de 1 de octubre de 1888. *La Época* de 19 de septiembre de 1888 aporta algo más sobre su intervención: «El defensor del *Señorita* y de los seis procesados restantes empleó argumentos análogos a los de sus compañeros para demostrar la inocencia de sus patrocinados; desechó las circunstancias agravantes que el fiscal señaló, y expuso que D. Bartolomé Quintana no estaba en el pleno uso de sus facultades mentales cuando hizo sus declaraciones».

(76) *La Dinastía* de 30 de septiembre de 1888.

(77) *El País* de 1 de octubre de 1888. En *La Justicia* de 20 de septiembre de 1888 podemos leer: «*Trillo* acusó de malevolencia al juez instructor, diciendo que le había intimidado para que declarase».

(78) *El País* de 29 de septiembre de 1888. Además, añadía que, de los procesados, «el que más interés inspira es el de Cuevas de Probanco, el Julián Francisco Melero, *Palma*, que se oponía a que *Malvís* robase las catorce pesetas al practicante, siendo también el que apartó la leña encendida sobre el martirizado D. Bartolomé».

pasándose el abanico por el cuello hace el ademán de cortárselo». Acción que da pie al redactor para concluir su relato de esta manera: «Después de la justicia, la venganza»(79). Ese mismo día ya se tenía claro cuál iba a ser el resultado de la sentencia(80).

La sentencia de la Audiencia de Lerma, dictada por unanimidad de los cinco magistrados(81), se hizo pública el 1 de octubre conformándose con la petición del fiscal y con las declaraciones de los testigos que vivían con la víctima en la casa, en particular con la declaración de la criada(82). Se desechó la tentativa de violación, sobre la que apenas se había discutido durante la vista, y se calificó el hecho como delito complejo y consumado de robo por medio de violencia en las personas(83), con ocasión del cual resultó homicidio a tenor de los arts. 515 y 516.1 del Código Penal(84). Se dio por probado que entraron por el balcón Miguel Medina, Santiago Sanz, Gumersindo Herrera y Mariano Gómez, *Trillo*, primero, después Juan Requejo y presuponiendo que también lo hizo por allí *Palma*, conociéndoles la criada por una cerilla que encendió Sanz, «no obstante de ir tiznados». El intento de la víctima por

(79) *El País* de 1 de octubre de 1888.

(80) «Se cree que hoy se discutirá y quedará firmada la sentencia de acuerdo con la petición fiscal», *La Época* de 29 de septiembre de 1888.

(81) *La Dinastía* de 3 de octubre de 1888.

(82) «Ayer se hizo pública la sentencia dictada por la Audiencia de lo criminal de Lerma en la causa instruida con motivo del célebre crimen de Nava de Roa. Según telegrama recibido la sentencia está conforme con la petición fiscal, y por lo tanto en ella se condena a muerte a los procesados Miguel Medina Villa (a) *Señorita*; Santiago Sainz Paría, *Moradillo*; Gumersindo Herrera Villa; Claudio Herrera Villa, hermano del anterior; Mariano Gómez Pérez, *Trillo*; Juan Requejo Cordobés, *Malavís*; Félix de la Torre Pajares, *Quiterio*; su hermano Apolinar; Feliciano Diez Vicente, *Machorra*, y Juan Francisco Melero, *Palma*. El *Rana* ha sido absuelto y puesto en libertad por falta de pruebas acerca de su participación en el delito», *La Época* de 2 de octubre de 1888.

(83) Otros periódicos fueron más concisos, señalando que «la Sala estima que se han cometido los delitos de robo y asesinato», por lo cual impuso la pena de muerte a todos los acusados y declaró absuelto libremente a Agapito Rozas, *Rana*. *La Fidelidad Castellana* de 3 de octubre de 1888. La decisión del jurado en la causa del niño Pedro Bravo, atribuida a la mala formulación de las preguntas, fue recibida con incredulidad por no ser condenado a muerte el principal acusado. WALKER, *op. cit.*, pp. 8-9.

(84) La prensa, propicia a vulgarizar los términos jurídicos, divulgó lo siguiente: «Se ha leído la sentencia dictada por la Audiencia de Lerma en el proceso por el crimen de Nava de Roa. En dicho documento se desestima la tentativa de violación a que en el juicio oral se hablan referido algunos testigos. Conforme con la acusación fiscal, la Sala estima que se han cometido los delitos de robo y asesinato e impone a diez procesados la pena de muerte en garrote. El *Rana* ha sido absuelto», *La Justicia* de 3 de octubre de 1888. En otros periódicos se aporta una calificación diferente. Por ejemplo, *La Dinastía* de 4 de octubre de 1888: «Se condena a muerte como autores del asesinato con circunstancias agravantes de premeditación, alevosía y ensañamiento».

escapar y alertar a sus convecinos se frustró, de manera que a partir de ese momento empezó a recibir bofetadas, patadas, punzadas, dos tiros a bocajarro y, tras ser sujetado, quemado parcialmente, achacándose a Feliciano Díez y a Apolinar de la Torre este acto. Las numerosas heridas recibidas son descritas con detalle según el informe del médico de la localidad, dándose por probado que estas lesiones le ocasionaron la muerte el día 12 de marzo, resultando de la autopsia la importancia de las lesiones en su conjunto. Los asaltantes consiguieron la llave del cofre en el que guardaba el dinero, llegando a registrar también la botica. Se dio por probado que ni criada ni practicante pudieron prestar auxilio al boticario, reconociendo haber sido víctima la primera «según su manifestación» de un intento por *Trillo* de yacer con ella violentamente, pero no se dio por probado la tentativa de violación; pero sí la sustracción al segundo de una pequeña cantidad de dinero. También que el boticario había designado a Crespo y Moreno «como agentes con fija persistencia, excepto a Agapito Rozas Pastor, contra quien no aparece cargo alguno». Del mismo modo, se dio por probado que la Guardia Civil encontró en posesión de Mariano Gómez un revólver, balas en una caja y un puñal, que había entregado a Cayetano Gómez después de la comisión del delito; a Santiago Sanz una navaja de grandes dimensiones, un puñal y una llave de su casa «con manchas de sangre al parecer»; a Juan de Mata, Julián Francisco y Miguel Medina prendas y efectos, incluida una pistola y una navaja, de la víctima.

La Audiencia de Lerma apreció «la concurrencia de las circunstancias agravantes de superioridad (en consideración a los efectos de la penalidad), de astucia o disfraz, de haberse cometido los delitos en la morada del ofendido y con la falta de respeto que por su edad merecía y la de haber aumentado de una manera innecesaria el mal causado con manifiesta deliberación, perfecto conocimiento y decidida voluntad de originarle en la forma que le llevaron a cabo» y, en su consecuencia, condenó a cada uno de los diez procesados a la pena de muerte, con la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua, «caso de ser indultados de la pena principal, y de no serles remitida expresamente en el indulto, a indemnizaciones mancomunada y solidariamente, y al pago de una undécima parte de las costas».

Cabría hacerse una pregunta: con todas las miradas puestas en los magistrados de la Audiencia de lo criminal de Lerma, ¿pudieron decidir con absoluta independencia? Creo que, en este caso, sí, pues la gravedad del hecho era vehemente. Pero planteo esta interrogante porque el siglo XIX también marca un hito en el control judicial: la prensa facilita la observación sobre los jueces, de cuanto hacen y deben decidir.

Por otra parte, la tensión entre los procesados, una vez concluido el juicio y conocida la sentencia desembocó en una disputa con otro preso de la cárcel de Lerma y en un intento de estrangulamiento. La información publicada sobre este hecho permite conocer la severa situación de dos presos, que estaban sujetos a grillos(85).

II. LOS ARGUMENTOS EN CASACIÓN

El fallo, por razones obvias, fue recurrido ante el Tribunal Supremo(86). La prensa también se ocupó del recurso(87). Lo cual suponía volver a reproducir aspectos del juicio, aunque en esta ocasión ya no ocupará la noticia un lugar destacado como meses atrás. Por este motivo, es preciso acudir a lo determinado por dicho tribunal.

El día 8 de mayo de 1889, después de dar lectura a los recursos interpuestos por infracción de ley y quebrantamiento de forma, Antonio Alcalde, defensor de Félix de Latorre Pajares, puso de manifiesto

(85) «El *Trillo* uno de los sentenciados a muerte por la Audiencia de Lerma por el crimen cometido en Nava de Roa, cansado sin duda del mucho tiempo de inacción, quiso días pasados estrangular a uno de los confinados de aquella cárcel, al que solo faltaban dos meses para extinguir su condena. Este tal estaba encargado de sacar los zambullos, y al entrar en el aposento donde se hallaba el *Trillo*, éste se arrojó sobre él echándole ambas manos al cuello. Merced a los gritos que dio la mujer del alcaide de dicha cárcel el agredido pudo verse libre de las manos de su agresor. Con este motivo al *Trillo* se lo amarró fuertemente a una cadena, y al *Machorra* otro de los sentenciados se le duplicaron los grillos. En vista de esto y recordando otros sucesos desagradables acaecidos en dicha cárcel, algunos colegas se quejan de la falla de condiciones que tiene la referida cárcel», *La Fidelidad Castellana* de 29 de octubre de 1888.

(86) El 15 de octubre se recibió en el Tribunal Supremo el proceso y «el recurso de casación ha sido admitido por ministerio de la ley», según *La Iberia* de 16 de octubre de 1888. El 26 de octubre de 1888 «entregó el procurador Rodero la causa instruida por el crimen de Nava de Roa, para que bajo la dirección del letrado Sr. González Revilla, interponga recurso de casación en nombre del procesado Félix de la Torre. El abogado Sr. Navarro Amandi ha sido designado, como defensor, por el procesado, en la misma causa, Julián Francisco Melero, de quien es procurador el D. Manuel Ordoñez», *La República* de 28 de octubre de 1888. El nombramiento de los defensores ante el alto tribunal, también en *La Iberia* de 25 de noviembre de 1888.

(87) «En el Tribunal Supremo se ha verificado la vista del recurso de casación interpuesto por los criminales que dieron muerte al Sr. Quintana, boticario de Nava de Roa, contra la sentencia de pena capital que pide para ellos la Audiencia de Lerma. El fiscal del Supremo ha solicitado que sea desestimado el recurso, no estableciendo diferencia entre los procesados que son diez, porque todos ellos tomaron parte directa en el delito. Defendieron a los procesados, los letrados señores Alcalde (D. Antonio), Navarro Amandi, Llombart, Martín Vena, Martínez Bande, La Vega y Hernández (D. Víctor Luis)», *El Día* de 9 de mayo de 1889.

que «el tribunal de la Audiencia sentenciadora no está formado según marca la ley y ordena la Constitución»(88). También se centró en la nocturnidad para resaltar que la Sala estuvo poco acertada al fundamentar la sentencia al haber entrado en la casa rompiendo a hachazos el balcón; negó la agravante de empleo de disfraz, refutando el resto de agravantes que se achacaban a la actuación de su defendido; y, por último, considerando que su patrocinado fue cómplice pero no autor(89).

Por su parte, el catedrático de la Universidad Central y abogado Navarro Amandi, defensor de Julián Francisco Medero, contaba con que «en este procesado concurren especiales circunstancias que, además de separarle por modo notorio de los actos realizados por los restantes criminales, hacen, jurídicamente hablando, imposible la aplicación de la pena de muerte», como, por otra parte, ya quedó reflejado por el fiscal ante la Audiencia de Lerma(90). Pero, además,

(88) *El País* de 9 de mayo de 1889.

(89) En cuanto a las faltas de forma alegó la infracción de los arts. 911.1 y 912.4 de la LECr, por cuanto la sentencia se dictó por cinco magistrados, bastando tres, de acuerdo con los arts. 145 y 146 de la misma que era la anterior a la comisión del delito, y no por la reforma de la Ley de 20 de abril de 1888 –restablecimiento del jurado– que los reformó, así como a la denegación del careo solicitado. En cuanto a la infracción de ley se basaba en la vulneración de los arts. 15 en relación con el 68 y 506.1 del CP, al hablarse aplicado este último y no los primeros, es decir, «puesto que solo es cómplice en el hecho perseguido»; por haberse aplicado la circunstancia agravante de nocturnidad (art. 10.15.^a CP), «no debiendo haberlo sido, atendida la naturaleza y accidentes del delito»; por haberse aplicado la agravante de disfraz (arts. 10.8.^a y, por tanto, 80.1 CP), pues no constaba que lo hubiese usado; por la agravante de comisión en casa de la víctima (art. 10.20.^a CP), por deber estimarse inherente al delito; por la aplicación de la agravante de aumento deliberado del mal, causando otros males innecesarios en su comisión (art. 10.6.^a, pero no el art. 80.2 CP), al no constar «que tomara participación ni conocimiento siquiera respecto de los tormentos que padeció el interfecto»; en consecuencia de lo anterior, no haberse valorado por el tribunal *a quo* la atenuante de no haber tenido la intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo (art. 9.3.^a del CP); y, por último, por no haberse compensado racionalmente las circunstancias agravantes y atenuantes (art. 81.4.^a CP) y, en consecuencia, impuesto la pena de cadena perpetua.

(90) De acuerdo con lo recogido en la sentencia del Tribunal Supremo, su recurso se interponía por infracción de ley fundado en la aplicación indebida del art. 13 del CP (autoría), y no haber apreciado el art. 15 (complicidad), pues «su participación en el hecho fue solo la de cómplice»; la no estimación de la atenuante tercera del art. 9, ya citada; por el contrario, haberse apreciado por la Audiencia la sexta del art. 10 y el art. 80.2 CP, «porque consta que de hecho y de palabra se opuso a que se aumentara el mal del delito»; no estar probada la agravante de disfraz (art. 10.8.^a CP); la negación de la agravante de abuso de superioridad (arts. 10.9.^a, 79.2 y 80.2 CP), «además de que el uso de la fuerza es inherente y constitutivo del delito que se persigue»; la nocturnidad (art. 10.15.^a CP) no debía apreciarse porque no se buscó de propósito la noche, «ni circunstancia alguna de que pueda deducirse»; la agravante de

parece que se apoyó en la valoración de la vista hecha por Enrique Segovia Rocaberti en *El País*, junto con el pertinente apoyo legal y sentencias del Tribunal Supremo. El principal argumento era la comparación de comportamientos entre su defendido y los restantes procesados: «los demás criminosos se apoderan de cuanto hallan a mano y buscan lo que creen oculto, y Julián se limita a presenciar el hecho; y que mientras todos se dirigen a la casa del crimen, llevados de instintos sanguinarios, Julián se opone con cuantos medios halla disponibles» a la consumación del homicidio, a lo cual se sumaba la recomendación de la víctima a sus hijos para que lo asistieran(91).

Los restantes defensores entendían las circunstancias concurrentes en el hecho en un sentido diametralmente opuesto al del tribunal de Lerma, aunque cada uno fundaba su recurso en unas razones comunes y otras individuales. Los recursos se plantearon tanto por quebrantamiento de forma e infracción de ley (Santiago Sanz París, *Moradillo*; Apolinar de la Torre, *Quiterio*; Feliciano Díez Vicente, Claudio Herrera Villa, *Haza*), como solo por la última causa (Miguel Medina, *Señorita*; Gumersindo Herrera Vila; Juan Requejo Cordobés, *Malavís*; Mariano Gómez Pérez, *Trillo*).

Respecto al quebrantamiento de forma, la defensa de Santiago Sanz planteaba su recurso porque se había denegado el careo propuesto por la defensa de Félix de la Torre, siendo «de absoluta pertinencia y notoria importancia para el ulterior éxito de la suerte de los acusados», entre otras razones. El letrado de Apolinar de la Torre Pajares concretó su recurso en la denegación del careo propuesto por su hermano, y «en cuanto en la relación de los hechos respecto de este recurrente se nota oscuridad que hace no se concreten y determinen bien los que ejecutó y de que pueda responder». Feliciano Díez Vicente también interponía el recurso por quebrantamiento de forma, por la denegación del careo y «la falta de fijeza de los actos atribuidos al procesado». La defensa de Claudio Herrera se adhirió a la protesta de la configuración de la Audiencia de Lerma con cinco magistrados y al careo denegado.

comisión en la morada de la víctima (art. 10.20.^a CP) por considerarla inherente al delito; se reclamaba la aplicación, por no haberlo hecho el tribunal *a quo* del art. 68 (imposición de la pena inmediatamente inferior a los cómplices de un delito consumado) y la graduación punitiva (art. 76.2.^a) en relación al art. 516.1 CP, y haberse aplicado, por el contrario, la pena prevista para los autores (art. 64), «porque siendo Melero cómplice, la pena ha debido imponérsele a tenor de aquellos artículos»; y, por último, «porque no concurriendo en cuanto a este procesado ninguna circunstancia agravante y sí atenuante, debe imponerse el grado mínimo de la pena».

(91) *El País* de 9 de mayo de 1889.

En cuanto a la infracción de ley, los restantes letrados insistieron en similares argumentos. En primer lugar, en la aplicación indebida del art. 13 (autoría), y no del art. 15 (complicidad), pues solo merecían la calificación de cómplices (Sanz París), es decir, «porque este procesado no tuvo la participación de autos» (art. 13), o bien «solo podría serlo en una parte mínima, siendo más bien cómplice de la mayoría de los actos» (art. 15) (Herrera Vila), y «porque de los hechos no resulta la participación directa en el delito de este procesado». De la misma manera se rechazaba la aplicación del art. 516.1, «porque declarándose que penetró en la casa después de cometido el robo, no puede considerársele autor de este delito, sino, a lo más, le alcanzaría la responsabilidad por el de homicidio» (Apolinar de la Torre). Gumersindo Herrera Vila alegó que no se había valorado que su defendido tan solo era cómplice (art. 15 en relación con el 68 CP). El abogado de Feliciano Díez adujo que «no consta que se apoderase de cosa alguna propia del interfecto» (art. 515), así como la aplicación indebida del art. 516.1, «pues si no se cometió el delito de robo, mal pudo originarse el homicidio con ocasión o motivos que no existieron»; por no considerarse autor (art. 13), y «porque reducida la participación de este procesado al delito de homicidio, no puede ser considerado autor del robo, toda vez que como elementos distintos del delito complejo, aquel únicamente se aprecia unido a este cuando es circunstancia del mismo, y cuando otros copartícipes cometen robo, no puede estimarse autor de él a quien solo interviene en el homicidio»; por ello consideraba que era reo de homicidio, penado con reclusión temporal (art. 419). El letrado de *Trillo* entendía que su defendido solo era encubridor de un delito consumado (art. 69).

De igual modo, consideraron indebida la aplicación de la agravante de aumento deliberado del mal, causando males innecesarios a la comisión del delito (10.6.^a), por juzgarla inherente al delito; o bien porque no constaba que tuviera conocimiento de ellos mientras se ejecutaron (art. 10.6.^a y 80.2 CP); o incluso porque «proponiéndose los reos robar más de lo que tomaron, sin haberlo conseguido, no pueden considerarse como innecesarios para su objeto los daños causados» (Requejo). Incluso uno de los abogados negaba que su defendido aumentara deliberadamente el mal causado (art. 10.6.^a en relación con los arts. 79 y 80 CP), «porque se ha apreciado dicha circunstancia, sin tener en cuenta que este procesado no tuvo intervención alguna en los tormentos que sufrió el interfecto, ni en nada que se refiera a actos ejecutados directamente sobre él» (Gómez Pérez). El abogado de Miguel Medina entendía la infracción de ley

fundada por haberse aplicado la agravante de causar males innecesarios para su ejecución, pero no el art. 80.2, «puesto que entre los que la sentencia cita que cometieron con Quintana los actos de violencia no se encuentra el procesado Medina».

Los letrados negaban que se debiera aplicar la agravante de abuso de superioridad (art. 10.9.^a) por considerarla inherente a la naturaleza de estos delitos, e incluso que no constaba probado tal abuso. De igual manera, rechazaban que la comisión en la morada de la víctima fuera una agravante al considerarla circunstancia inherente al delito. En este sentido, el abogado de Miguel Medina entendía la infracción de ley fundada en haberse aplicado la circunstancia de comisión en la morada de la víctima (art. 10.20.^a CP) y considerarla inherente al delito (art. 79.2), «puesto que el delito es complejo de robo con homicidio», amparándose incluso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En la misma línea, no constaba, según ellos, que hubiese desprecio a la edad del ofendido (art. 10.20.^a) ni, aun existiendo, guardaba relación con el delito.

Todos los defensores concordaron en el rechazo a la agravante de nocturnidad (art. 10.15.^a) porque no se buscó «de intento» o de propósito. Manteniendo el mismo discurso, negaban que los procesados hubieran actuado tiznados, por lo que no podía valorarse su ejecución mediante disfraz y tener en cuenta esta agravante (art. 10. 8.^a). Uno de los defensores expresamente razonó su inaplicación «porque no consta que llevara disfraz, al no incluirle directamente entre los que iban tiznados» (Apolinar de la Torre); y el abogado de *Trillo* «porque de los hechos del primer resultando no se deduce si todos los que, y entre ellos el Gómez, penetraron por el balcón, iban tiznados, o solo se refiere a los que últimamente lo hicieron». De igual manera, consideraban que el escalamiento (art. 10.21.^a) fue inherente a la comisión y no debía considerarse agravante (Sanz).

Con relación a las atenuantes, estimaban los abogados que debía valorarse no haber tenido la intención de causar tanto mal (art. 9.3.^a), «porque no apareciendo que Sanz tuviera participación en los actos de violencia ejercido con D. Bartolomé Quintana, es lógico inferir que no tuvo intención de causar todo el mal que el delito produjo». En esta línea incluso se justificaba en que uno de los procesados no llevaba armas. La defensa de Feliciano Díez argumentó que si de los malos tratamientos resultó la muerte de la víctima (art. 10.6.^a), es porque «sin ellos no se hubiera conseguido, es evidente que no se ocasionaron males innecesarios para su ejecución». Se aducirá incluso que, aun cuando los reos tuvieron deseos de robar, no se propusieron el homicidio (Requejo). En esta circunstancia coincidían

todos los abogados, ya que era fundamental a la vista de los hechos probados en la instancia.

En cuanto a la valoración de las circunstancias en conjunto, se pedía la aplicación del art. 81.3 en relación al art. 516.1, «porque concurriendo en este procesado una circunstancia atenuante y ninguna agravante, debió castigársele con la pena menor». La defensa de Claudio Herrera alegó no habersele aplicado la rebaja punitiva prevista para los cómplices (art. 68) y sí considerarle autor (art. 64); la falta de compensación entre circunstancias (art. 78 en relación al 51.2.^a y 4.^a); no habersele aplicado la pena inferior en grado (art. 76.1); y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre quienes se consideran cómplices. El letrado de Juan Requejo alegó que la pena debía imponerse en su grado mínimo por concurrir una atenuante y ninguna agravante (art. 81.3.^a). Para Mariano Gómez, en los mismos términos, porque concurriendo una circunstancia atenuante y ninguna agravante, la pena debió imponerse en su grado mínimo (arts. 79 y 80.2). La parte de Gumersindo Herrera, al igual que la de Miguel Medina, manifestó que no se había aplicado el art. 81.4 a su defendido, ya que «concurriendo en este reo dos circunstancias, agravante una y atenuante otra, de su compensación resulta imposible la pena inmediata en grado».

Todos ellos, en suma, alegaban la no estimación de circunstancias atenuantes en algunos de ellos, negaban la aplicación de las agravantes estimadas por la Audiencia de lo criminal de Lerma por considerarlas constitutivas del delito, consideraban que sus defendidos actuaron como cómplices y no como autores. En su consecuencia, pedían la imposición de la pena inmediatamente inferior a la pena de muerte, esto es, la cadena perpetua.

El fiscal del Tribunal Supremo, que manifestó no tenía que interponer ningún recurso por quebrantamiento de forma ni por infracción de ley, consideró que todos los condenados eran autores y habían tomado parte directa en la comisión del delito. No obstante, desde las páginas de *El País* se le recriminó «una cosa que nos pareció muy censurable», que no era otra que «cuando se trata de la vida de diez hombres, por muy horrendo que sea el crimen realizado, todo el tiempo es poco, y seguros estamos de que la Sala no escatimaría un minuto; antes al contrario, complacidos quedarían aquellos dignísimos magistrados si pudieran verse relevados de poner sus firmas al pie de esas sentencias de muerte, por minuto más o menos»(92).

(92) *El País* de 9 de mayo de 1889.

La Sala segunda del Tribunal Supremo dictó sentencia el 20 de mayo de 1889, siendo ponente Emilio Bravo, en la que desestimó los recursos presentados(93). Con ella se consagra la verdad judicial. Fundaba su decisión, en primer lugar, en que los hechos eran constitutivos de robo con homicidio (arts. 515 y 516.1 CP), «porque los agentes, penetrando en la casa de D. Bartolomé Quintana, ejercieron violencias en el mismo y en las personas que con él vivían, causando lesiones al primero, que ocasionaron su muerte, y apoderándose del dinero y efectos». En segundo lugar, consideraba que, a pesar de las deficiencias de la sentencia del tribunal *a quo*(94), ello no afectaba al sustancial propósito de la misma, «toda vez que de la misma aparece en su parte expositiva con la declaración de probanza bastante que todos los recurrentes penetraron en la casa de D. Bartolomé Quintana, y ejerciendo violencia en el mismo y en sus criados, llevaron a efecto el robo y lo maltrataron y lesionaron de modo tal, que en su consecuencia vino fatal y necesariamente la muerte»(95).

En su decisión se concretaba que «el hecho de penetrar varios individuos en la casa de un particular ejerciendo violencia en el mismo y en las personas que con él vivían, causando lesiones al primero, que ocasionaron su muerte, y apoderándose del dinero y efectos de su propiedad, constituye el delito con homicidio previsto en los artículos 515 y núm. 1 del 516 del Código penal»(96).

Fueron rechazados los recursos que se habían fundamentado en los arts. 912.4 (sentencia dictada por menor número de magistrados que el señalado por la ley, o sin la concurrencia de votos conformes

(93) *Jurisprudencia criminal. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos de casación y competencias en material criminal*, 42, 1890, pp. 817-828.

(94) «Considerando que si en el conjunto y confección la sentencia ofrece vicios y faltas de expresión ciertamente reparables...».

(95) Según *Los avisos sanitarios* de 18 de octubre de 1888: «No se le tenía tampoco por rico; pero en los primeros días de febrero se dijo en el pueblo que había recibido un depósito de 4.000 duros. Parece indudable que estos rumores determinaron la comisión del crimen, cuya vista en juicio oral y público se verificará ante esta Audiencia el día 25». Este rumor puede estar detrás de la insistencia de los procesados por encontrar más dinero del que finalmente obtuvieron. Desde estas páginas todavía se elucidó más: «merced a la sordera del vecindario, esta es la hora en que en Nava de Roa nadie ha oído nada. Calcúlase que los asaltantes no serían menos de 26 a 30; pero la justicia solo ha podido descubrir y detener a 11».

(96) Art. 515. Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucrarse, se apoderan de las cosas muebles ajenas con violencia o intimidación en las personas, o empleando fuerza en las cosas. Art. 516. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado: 1.º Con la pena de cadena perpetua a muerte, cuando con motivo o con ocasión del robo, resultare homicidio».

exigidos legalmente(97)), 911 (denegación de careo(98)) y 912.1 de la LECr (la sentencia no expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos probados). Asimismo, fundaba su fallo el Supremo en que la sentencia de la Audiencia de Lerma, que condenó a los procesados como autores del delito de robo con homicidio, no vulneraba el art. 13 del Código penal, «si, según declara, entre los hechos probados, todos entraron en la casa de la víctima, tomaron parte activa en los sucesos que tuvieron lugar y se hicieron, por tanto, responsables del acto criminal realizado, si éste, aun pudiendo ofrecer en sus varios accidentes alguna individualización relativa a las circunstancias que le atenúen o aumenten, no fue sino la entrada en la casa del perjudicado y el robo al mismo, del cual resultó su muerte»(99). Declaración que afectaba al comportamiento de *Palma*, pero, sobre todo, rechazaba que fueran considerados algunos de ellos como simples cómplices (arts. 15 y 68). En todo caso, los magistrados del Tribunal Supremo aclararon que:

«Considerando que esta afirmación se patentiza viendo que Miguel Medina, Santiago Sanz, Gumersindo Herrera, Mariano Gómez, Juan Requejo y Julián Francisco Melero penetraron por el balcón bruscamente, y que al huir Quintana lo persiguieron cuatro de ellos, quedando al cuidado de la criada el Gómez, y al del practi-

(97) «Considerando que el motivo alegado de casación en la forma a que se refiere el art. 912, núm 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento criminal no tiene fundamento alguno, porque éste se de cuando la sentencia hubiese sido dictada por menor número de magistrados que el señalado por la ley, o sin la concurrencia de votos conformes que por la misma se exige, y aquí ha ocurrido precisamente lo contrario, porque la sentencia se ha dictado por cinco, como debía, habiendo habido además conformidad en todos los votos».

(98) «Considerando que la casación por forma que se apoya en el art. 911, núm. 1, invocado por la denegación de un careo, es también improcedente, porque además de que no consta en el acta del juicio la contradicción supuesta entre los testigos Filomena Crespo y Alfredo Moreno, esta diligencia habría sido ineficaz en el juicio, toda vez que fundada aquélla en haber dicho la primera que los malos sufridos por Don Bartolomé tuvieron lugar antes de subir a su habitación, y el segundo que se realizaron después, y habiendo recibido estos tratamientos sufridos por D. Bartolomé tuvieron lugar antes de subir a su habitación, y el segundo que se realizaron después, y habiendo recibido estos tratamientos en una y en otra ocasión, se desprende que a nada conduce la indagación».

(99) «Considerando que la infracción de ley en el fondo del art. 15 del Código penal, alegada por todos los recurrentes, es de todo punto improcedente, porque, según se declara entre los hechos probados, todos entraron en la casa de la víctima, tomaron parte activa en los sucesos que tuvieron lugar, y se hicieron por tanto igualmente responsables del acto criminal realizado, que si en sus varios accidentes puede ofrecer alguna individualización relativa a las circunstancias que le atenúen o aumenten, en su concepto no fue sino la entrada en la casa de D. Bartolomé Quintana, y el robo hecho al mismo y del cual resultó su muerte».

cante, Requejo; que después intervino Félix de la Torre con otros para conducir a la víctima a su cuarto, herido y maltratado, a fin de que entregara el dinero que tuviese, hallándose también entre ellos Apolinar de la Torre, Feliciano Díez y Claudio Herrera; actos todos de participación directa y eficaz en la comisión del delito».

Además, el alto tribunal afirmó la concurrencia de las circunstancias agravantes de nocturnidad (art. 10.15 del CP)(100), perpetración en la morada de la víctima (art. 10.20.^a del CP)(101) y mediante disfraz (art. 10.8.^a del CP) *–que es de estimar(102)–*. Estimó asimismo la agravante del art. 10.6.^a del CP, porque «el mal de la víctima se aumentó deliberadamente con actos que no exigía la ejecución del delito, cuales fueron el de proponerse hacerle morir al fuego, una vez ya convencido de no obtener todo el resultado propuesto, y, como dice la Sala, para prolongar su tormento, no habiéndose consumado la obra porque Julián Francisco Melero, compadecido, apartaba los combustibles hacinados en torno del cuerpo de la víctima».

Los magistrados de la Sala segunda consideraron, respecto de la agravante de abuso de superioridad (art. 10.6.^a), que no debía ser estimada en rigor porque, en un delito de robo con homicidio cometido por varias personas, «si bien tuvo naturalmente eficacia para la comisión del delito el número de sus agentes, no entró como elemento en el mismo, que tenía por fin el aprovechamiento de los que para él se concertaron, fuera de que el abuso de la fuerza tiene más razón de ser en los hechos puramente atentatorios a las personas».

En consecuencia de lo anterior, la sentencia del Tribunal Supremo consideró que «las circunstancias agravantes de la noche y de la morada del ofendido concurren por igual en todos los diez recurrentes; que la de aumentar deliberadamente el daño de la víctima no

(100) «Considerando que no puede dudarse de la concurrencia de la circunstancia agravante 15.^a del art. 10 del Código penal, porque el hecho tuvo lugar durante la noche, buscada natural y lógicamente para la ejecución de actos que de día no hubiera sido fácil realizar, apreciación que se desprende por sí misma de los hechos que además estima la Sala sentenciadora, siquiera sea con alguna incorrección, en un considerando».

(101) «Considerando que también concurre la circunstancia agravante 20 del artículo 10, porque el hecho criminal tuvo lugar en la morada de la víctima, sin que por nada deba estimarse la misma inherente al delito, porque éste, de una manera o de otra, puede cometerse en cualquier otro sitio».

(102) El argumento en el que se basó la Sala segunda es que «esta manera de presentarse constituye disfraz, lo cual es más de apreciarse por la intención y propósito que encierra que por la mayor o menor perfección con que se realice, ya que el éxito no depende por completo del que lo emplea, sino en gran parte de la perfección del medio empleado y de la advertencia de aquellos contra quienes se emplea».

concorre en cuanto a Julián Francisco Melero, que, por el contrario, se opuso formalmente a la quema del cuerpo de la víctima compadecido de sus alaridos y sufrimientos, y que la de disfraz solo afecta a Medina, Sanz, Herrera (Gumersindo) y Gómez, de quienes solo se dice que iban tiznados cuando entraron por el balcón».

Rechazaron los magistrados la circunstancia prevista en el art. 9.3.^a del CP, es decir, cuando el culpable no solo realiza el hecho que se proponían en toda su extensión, «sino que, según ya se ha visto, traspasaron los límites de su natural desarrollo con el aumento de males que su comisión no reclamaba». En definitiva, ratificaba que la Audiencia de lo criminal de Lerma al calificar los hechos no había incurrido en error de Derecho ni infringido los artículos de los que se hacía enumeración en los recursos de casación, y aunque «este error existe en cuanto a no concurrir en todos los procesados por igual las circunstancias agravantes, la individualización hecha en el párrafo anterior no influye nada en la determinación de la pena que, según los citados artículos, alcanza a todos». En definitiva, no existían motivos para la casación y, en su consecuencia, rechazaba los recursos, conformándose con la sentencia del tribunal de Lerma.

III. LA GRACIA DEL INDULTO

La decisión del Tribunal Supremo generó en Burgos un movimiento periodístico a favor del indulto que se inicia a los tres días de dictarse el fallo. *La Fidelidad Castellana*, cuyo subtítulo era como sabemos *Diario tradicionalista*, de 23 de mayo de 1889 publicaba lo siguiente:

«Según telegrama, que con fecha de anteayer a las tres de la tarde se comunicó a el Sr. director de *El Fomento*, desde Madrid, el Tribunal Supremo de Justicia confirmó la sentencia pronunciada por la Audiencia de Lerma, condenando a muerte a los diez procesados por el crimen de Nava de Roa. No es esta ocasión para entregarse a reflexiones inútiles, ni a lamentaciones estériles. La prensa local, obedeciendo exclusivamente a sentimientos de caridad cristiana, movida a conmiseración hacia los desgraciados autores de aquel crimen, pero mucho más aun hacia sus desdichadas y numerosas familias, ha resuelto dirigir reverente exposición a la Reina Regente en súplica de la gracia de indulto; pero como la prensa reflejaría débilmente los ardientes sentimientos de caridad que inspiran a todos los hijos de la noble Castilla, ha acordado que a dicha solicitud se unan las firmas de todos cuantos tengan conocimiento del doloroso fallo de que se trata. Excitamos, pues, en nombre de la caridad a

todos los moradores de esta ciudad y de todos los pueblos de Castilla, y aun de España entera a que se asocien a esta obra de misericordia apresurándose a firmar dicha solicitud, para lo cual hallarán pliegos dispuestos en las redacciones de todos los periódicos locales y en los círculos de recreo. Por nuestra parte hemos dispuesto para mayor comodidad de los que hayan de suscribirlo, que los pliegos se encuentren en el despacho de la imprenta y librería de El Centro Católico, Laín-Calvo, 16».

La valoración del juicio, y singularmente de la condena, puede encontrarse también en las peticiones de indulto por parte de las fuerzas vivas de la capital(103). Quizá por coincidir en el tiempo con el llamado *crimen de la calle Fuencarral*, o por la política ministerial de Canalejas, en Madrid también se formó un movimiento en favor del indulto a los procesados por el *crimen de Nava de Roa* encauzado por periodistas(104). A la vista de estas iniciativas por quienes formaban la opinión pública, cabe preguntarse si se habría pedido el indulto para estos reos de no haberse cubierto la vista oral por periodistas. Es difícil responder por el número de condenados a muerte, pero posiblemente la respuesta, con matices, sería negativa.

Si miramos a Burgos, hay que pensar que los magistrados de su Audiencia, el gobernador civil, el obispo o el alcalde tienen rela-

(103) Y otras que no lo son: «Se han recibido en el Ministerio de Gracia y Justicia exposiciones de los vecinos de varios pueblos dependientes de la Audiencia de Lerma, solicitando el indulto de los reos condenados a muerte por el crimen cometido en Nava de Roa», *El Día* de 11 de junio de 1889.

(104) Los periodistas lo pidieron al menos para uno: «En el Hotel *Inglés* se ha celebrado con la mayor cordialidad y alegría el almuerzo de los periodistas que han venido asistiendo a las sesiones del juicio oral –creo se refiere al crimen de la calle Fuencarral–... Se acordó igualmente, por unanimidad, solicitar el indulto de uno de los condenados por el crimen de Nava de Roa, que se opuso a la consumación de aquel horrendo delito, y al cual por esta causa recomendó la víctima, y también el fiscal de la Audiencia de Lerma, a la indulgencia de los poderes públicos. A este fin se nombró una comisión para que visitara al Sr. Ministro de Gracia y Justicia», *La Época* de 26 de mayo de 1889. En *La Correspondencia de España* del 27 de mayo se lee: «Ayer mañana se han reunido con objeto de almorzar juntos en el restaurant *Inglés* los periodistas que han asistido a las sesiones del juicio oral de la calle de Fuencarral. Reinó, como era de esperar, la más franca y sincera armonía, y como resumen de los sentimientos de todos, se inició por el Sr. Segovia y se acordó por unanimidad la idea de pedir el indulto de Julián Francisco Melero, uno de los condenados a la pena de muerte por el crimen de Nava de Roa, Audiencia de Lerma, y en el cual concurrían circunstancias especiales de atenuación apreciadas por el fiscal, respecto a su participación en el delito». Recuérdese que Enrique Segovia fue el redactor destacado por *El País* en Lerma. *La Monarquía* de 27 de mayo concluía indicando que «la proposición del Sr. Segovia fue acogida con verdadero cariño, y se acordó que una comisión fuera a exponer dichos sentimientos al ministro de Gracia y Justicia».

ciones de diversa índole, o intervienen en las mismas ceremonias y actos de lo más variado(105). Lo que puede llamar la atención es que mientras los primeros pueden dictar una pena capital atendiendo a los hechos y al Código penal en virtud del principio de legalidad; las restantes autoridades capitalinas estén pidiendo al Gobierno el indulto, es decir, reclamando (aparentemente) contra la severidad de los magistrados. Condena y peticiones que, a pesar de la contradicción que parece existir, vienen a confluír. ¿Por qué? Restos del antiguo paternalismo regio: ya no son los jueces quienes en el ejercicio de su arbitrio resuelven de forma más benigna con relación a los castigos previstos en la ley del rey. En el siglo XIX y con el triunfo (más aparente que real) del principio de legalidad, los juzgadores no pueden actuar de la misma manera o en virtud de los mismos criterios que en el Antiguo Régimen. En dicho siglo hay un reparto de papeles (más que de poderes): los jueces continúan administrando justicia, aunque ahora con estricta sujeción al articulado de las leyes; mientras que las autoridades gubernativas –incluimos en ellas a las eclesiásticas, no solo por la vinculación entre el poder político y la Iglesia, sino también por el procedimiento seguido para su nombramiento– siguen jugando un papel esencial para la Corona, facilitando por medio del derecho de petición su paternalismo, manifestado en la benignidad punitiva plasmada en el ejercicio del derecho real de gracia(106).

(105) *La Fidelidad Castellana* de 25 de mayo de 1889: «Ayer firmaron la exposición que a la Reina Regente se dirige en súplica de indulto para los desgraciados de Nava de Roa, el Excmo. e Ilmo. Sr. Arzobispo y su secretario de cámara y gobierno, el Excmo. Sr. Gobernador civil y otras autoridades. Apresúrense a firmarla todos cuantos quieran tomar parte en esta obra de caridad, pues urge que la exposición vaya a su destino». En este mismo periódico el 26 de mayo de 1889 se exponía que: «La prensa local ha pedido indulto para los diez sentenciados a la última pena por el horrendo suceso de Nava de Roa. Terrible y odioso fue el crimen, pero grande debe ser la clemencia, que si en ocasiones se hace necesario el castigo que imponen los tribunales en defensa de los altos intereses de la sociedad, es más noble y más meritorio el perdón en quien tiene esa envidiable prerrogativa. Confíemos, pues, en que la clemencia vendrá a mitigar en parte el severo fallo de los jueces. Pero, de todos modos, la prensa local, y coméntese como quiera el acto, ha cumplido su humanitaria misión ejercitando un derecho con arreglo a su deber y a su conciencia».

(106) «S. M., dando nuevas muestras de su inagotable bondad, firmó en día tan fausto para ella –se refiere a su onomástica–, el indulto de los diez reos que fueron condenados a muerte en la Audiencia de Lerma por el célebre crimen de Nava de Roa», *La Iberia* de 25 de julio de 1889. Situaciones similares se dieron en otros lugares, BASCUÑÁN AÑOVER, O., «La pena de muerte en la Restauración: una historia del cambio social», en *Historia y política*, 35, 2016, pp. 203-230.

La prensa burgalesa temió que el indulto no llegara(107). Algunos diputados republicanos realizaron gestiones para conseguir esta gracia para los condenados por este crimen(108). Aunque, sin lugar a duda, más importancia tenían las firmas recogidas en los pueblos del partido judicial de Roa basándose en un argumento numérico: diez ejecuciones cuando solo hubo una víctima(109). El 11 de junio ya estaban las exposiciones de los pueblos del partido de Roa en el Ministerio de Gracia y Justicia, cuyo titular era José Canalejas(110). No obstante, se levantaron voces críticas contra tanto indulto de la pena capital que, en último término, expresan el rechazo hacia la pena de muerte(111).

Las peticiones favorables a los reos propiciaron que por R.D. de 24 de julio de 1889 les fuera conmutada la pena de muerte impuesta

(107) «Se ha hecho en extremo difícil el indulto de los desgraciados de Nava de Roa», en *El Papa-Moscas* de 9 de junio de 1889. En el número del 16 de junio de 1889 leemos: «Una sección de la Guardia civil custodia desde hace días a los sentenciados de Nava de Roa. ¡Mal síntoma!». Unos días antes, *La Fidelidad Castellana* de 4 de junio decía que «nada se sabe aún de positivo acerca del día en que haya de verificarse la ejecución de los sentenciados por el crimen de Nava de Roa; siendo por lo tanto destituidas de fundamento muchas de las versiones que corren». Se fundaba esta opinión en la carta que había remitido el presidente del Consejo de ministros al director de *El Fomento* «las dificultades que halla para que el referido Consejo eleve a la Regia prerrogativa la solicitud de indulto... Las dificultades parece que están basadas en las repugnantes circunstancias que concurren en tan horrendo crimen».

(108) *La República* de 22 de mayo de 1889. Noticia recogida también por *La Unión Católica* de igual fecha. Según *La Correspondencia de España* de 21 de mayo de 1889: «Los diputados coalicionistas republicanos han hecho ayer gestiones en favor del indulto de los reos condenados a muerte por el crimen de Nava de Roa». En *La Correspondencia de España* de 27 de mayo de 1889: «Hoy visitarán al Sr. Sagasta diferentes comisiones en solicitud de indulto de la última pena para los procesados por el crimen de Nava de Roa».

(109) «En el pueblo de Roa y otros inmediatos se están recogiendo cientos de firmas para solicitar el indulto de los diez reos condenados a muerte por el crimen de Nava de Roa. Los habitantes del partido judicial están aterrados ante la idea de ver levantarse nada menos que diez patíbulos para lavar con la sangre de los diez condenados el tremendo crimen cometido en una sola, persona», *El Correo Militar* de 31 de mayo de 1889. En términos semejantes se recogió en *El País* de la misma fecha, completando la noticia al señalar que «la prensa ha pedido ya el indulto de uno de ellos, cuyas circunstancias y participación en el delito son distintas de las de los demás, y es de suponer que, llegado al momento de examinar el expediente, al Gobierno se inspirará en sentimientos de clemencia». Igual noticia en *La República* de 8 de junio de 1889.

(110) *El País* de 11 de junio de 1889. *La Iberia* de igual fecha. *La Monarquía* de 12 de junio de 1889.

(111) Una *Carta de Burgos*, firmada por C., terminaba: «El repetido día 24 fue notificado a los reos de Nava de Roa el indulto de su última pena: al ver tanto indulto de pena capital, ¿no sería más barato suprimirla? Y ¿es esto gobernar? Dicen que sí», *La Unión Católica* de 3 de agosto de 1889.

por la Audiencia de Lerma a varios de los procesados por la inmediata de cadena perpetua(112). A los pocos días se festejaba la gracia, cuando el optimismo comenzaba a decaer(113).

La situación se volvió, aún si cabe, más rocambolesca al presentar *Trillo* y uno de los *Quiterios* un escrito ante el juzgado de Roa en el que «se declaran únicos autores del delito de asesinato y manifiestan la inocencia de los otros ocho condenados a la pena capital. Denuncian como cómplices en la comisión del delito perpetrado a varios vecinos de los pueblos de Fuentecén y Valdezate, de los cuales cuatro se hallan en presidio por atentado a la autoridad en las personas de los serenos de Fuentecén, a quienes causaron lesiones graves. El Juzgado ha tomado declaración a los denunciante y trabaja sin descanso por descubrir a los cómplices de los autores de aquel horroroso crimen»(114). A raíz de esta declaración, *El Liberal* de 26 de julio

(112) «Visto el testimonio de la sentencia dictada por la Sala segunda del Tribunal Supremo declarando no haber lugar al recurso de casación admitido de derecho contra la que pronunció la Audiencia de Lerma, en la cual, por el delito complejo de robo y homicidio, se condena a la pena de muerte a Miguel Medina Villa, Santiago Sanz París, Gumersindo Herrera Villa, Claudio Herrera Villa, Félix Torre Pajares, Apolinar Torre Pajares, Félix Diez Vicente, Julián Francisco Melero, Mariano Gómez Pérez y Juan Requejo Cordobés: Considerando que si bien los malos tratamientos de los reos causaron la muerte ocurrida treinta días después de D. Bartolomé Quintana, hay motivos fundados para suponer que no tuvieron intención de causar un mal grande como el que produjeron, cuya circunstancia, caso de ser apreciable, no podía tenerse en cuenta como atenuante con arreglo a lo terminantemente dispuesto en el núm. 1, art. 516 del Código. Visto el art. 29 de la Ley provisional de 18 de junio de 1870, que reguló el ejercicio de la gracia de indulto: Tomando en consideración los informes del fiscal y la Sala sentenciadora favorables respecto de uno de los procesados y desfavorables en cuanto a los demás. De acuerdo con el parecer de mi Consejo de Ministros. En nombre de mi Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII, y como Reina Regente del Reino, Vengo en conmutar la pena de muerte impuesta a Miguel Medina Villa, Santiago Sanz París, Gumersindo Herrera Villa, Claudio Herrera Villa, Félix Torre Pajares, Apolinar Torre Pajares, Félix Diez Vicente, Julián Francisco Melero, Mariano Gómez Pérez y Juan Requejo Cordobés, por la inmediata de cadena perpetua. Dado en San Ildefonso a veinticuatro de julio de mil ochocientos ochenta y nueve. María Cristina. El ministro de Gracia y Justicia, José Canalejas y Méndez». *Gaceta de Madrid* de 29 de julio de 1889. Llama la atención que en *El Eco Nacional* de 12 de julio ya aparezca la concesión de esta gracia por la reina regente «con motivo del día de su santo».

(113) *El Papa-Moscas* de 28 de julio de 1889 dio noticia de la recepción del indulto cuando «esperaban en Lerma de un momento a otro la orden para la expiación de sus crímenes. El Sr. Gobernador civil, con un celo que le honra, se apresuró a poner la noticia en conocimiento de la prensa, ya que ésta en unión de otras corporaciones y personas había pedido a la Reina Regente piedad para aquellos infortunados, que saldrán en breve a pasar el resto de su vida en el presidio de Cartagena».

(114) *La Época* de 11 de julio de 1889. También en *El Día* de 12 de julio. En *El Papa-Moscas* de 21 de julio de 1889 se publicaba una carta dirigida al director y fechada en Lerma el día 19 según la cual, «hoy se me ha entregado un escrito firmado

concluía, tras la concesión del indulto, que el Gobierno había hecho bien en aconsejar dicha gracia, «pues a más de librar al pueblo de Nava de Roa el tristísimo espectáculo de levantar diez patíbulos, han resultado inocentes a última hora la mayor parte de los procesados».

Con independencia del incidente anterior, durante el mes de julio de 1889 los únicos indultos concedidos de pena capital beneficiaron a los acusados del crimen de Nava de Roa (115). Pero no toda la prensa se mostró conforme con dicha concesión, ni en general con los que se estaban otorgando. En un artículo publicado en *La Época* de 4 de agosto de 1889, bajo el título *El abuso en la gracia de indulto* y centrándonos solo en el hecho que nos ocupa, se defendía lo siguiente:

«[...] vemos que ni los habitantes de Madrid, ni los de ninguna otra población de España, dicen una sola palabra acerca del indulto recientemente concedido a los feroces asesinos del boticario de Nava de Roa, los cuales, como es a todos notorio, aventajaron de mucho en perversidad y salvajismo a Higinia Balaguer y sus cómplices, si es que los tuvo. Porque los sentenciados de Nava de Roa asaltaron en las sombras de la noche la casa de un anciano respetable y pacífico, de un excelente padre de familia, le sorprendieron en su lecho, y después de martirizarle en mil distintas formas con el hierro, y el fuego para que les descubriese el lugar donde guardaba sus modestos ahorros, fruto honroso del trabajo de toda su vida, no solo le robaron, sino que le dieron muerte lenta con un refinamiento de saña y malignidad de que hay escasos ejemplos, por fortuna, en la historia criminal de nuestra patria. Hasta cabe decir, sin exageración, que al lado de lo que hicieron semejantes bandidos, la simple puñalada en el corazón para robar al prójimo casi puede pasar por un acto generoso y caballeresco. Y, no obstante, esos miserables, rubor causa pensarlos, han sido indultados de la pena capital, sin más razón, según se cree, que haber merecido hasta diez de ellos tan ejemplar castigo; lo que viene a sentar un nuevo principio en nuestra legislación, y es que la pena de muerte no puede ejecutarse sino cuando el número de reos no exceda de dos o tres, que esto nadie lo sabe, regla que de seguro tendrán muy presente los forajidos en sus ulteriores fechorías. Está bien; pero, interprete el Gobierno como quiera el silencio de la prensa, de una cosa puede estar persuadido: de que el indulto de los criminales de Nava de Roa ha causado general asombro y no poco disgusto en

por Mariano Gómez (a) *Trillo* y Félix de la Torre (a) *Quiterio*, condenados a la última pena por el asesinato del boticario de Nava de Roa, cuyo encabezamiento dice. *Todo lo que sé respecto al crimen de Nava de Roa*. El documento es por demás curioso; yo no respondo de su veracidad, pero ellos, los firmantes, aseguran que los otros ocho *no saben una palabra y están tan inocentes como nuestro Señor Jesucristo*. Palabras textuales».

(115) Vid. *Gaceta de Madrid* de 3 de agosto de 1889 en la que se publica los indultos concedidos y denegados en el mes de julio. Se denegaron 167 y se concedieron 23, de los cuales 10 lo eran de pena de muerte y corresponden al crimen de Nava.

todas partes, principalmente en las provincias de Burgos y Valladolid, donde se conoce el estado moral de aquel pueblo y su comarca y se adivinan los resultados de este deplorable caso de impunidad. Pregunte el Gobierno, pregunte el señor ministro de Gracia y Justicia, si gusta, a los presidentes de los tribunales, a los jueces, a los abogados y a todas las personas sensatas de dichas provincias, y se convencerá de que no tiene nada de temeraria nuestra afirmación. En fin, comparezcamos al primer infeliz a quien, más por efecto de su mala estrella que por la fealdad de sus delitos, le toque ser ahorcado, y ahora y entonces y después no cesemos de dirigir al Gobierno del Sr. Sagasta esta sencilla súplica: Ya que no haya justicia para los grandes criminales, haya siquiera un poco de equidad en la aplicación de la pena de muerte»(116).

Los reos condenados fueron enviados al presidio de Ceuta, en el que cumplirían la cadena perpetua(117). De ellos no he vuelto a encontrar referencia alguna.

IV. CONCLUSIONES

Los periódicos han informado desde la comisión del delito hasta el indulto y el traslado a presidio. No solo le interesa a la opinión pública conocer el castigo de los culpables, también quiere enterarse de los beneficios concedidos. Una publicidad que en ocasiones marca asimismo la intervención de las autoridades judiciales y gubernativas,

(116) *La República* de 6 de agosto de 1889 replicó a este artículo: «No hay más que un medio para evitar estas lamentaciones. Suprimir la pena de muerte». Tras esta respuesta, no he vuelto a encontrar más información periodística sobre este crimen y su proceso. Sobre el número de ejecuciones y de indultos durante la Restauración me remito a mi trabajo, «Las cifras de la pena de muerte en España durante el siglo XIX», *op. cit.*, pp. 556-558. Acerca de la presión para la imposición de duros castigos, BASCUÑÁN OLIVER, O., «Justicia popular: el castigo de la comunidad en España, 1895-1923», en *Hispania*, 263, 2019, pp. 699-725.

(117) *El Día* de 7 de octubre de 1889: «Anteayer salió de la cárcel de San Fernando, con dirección a Ceuta, una cuerda de criminales compuesta de 27 individuos, todos indultados de pena capital. Entre ellos figuran los diez autores y cómplices del asesinato del farmacéutico de Nava de Roa; el autor del asesinato del alcalde de Villegas y un individuo indultado dos veces de la pena capital por homicidio de dos serenos en Brihuega». En *La Correspondencia de España* de 11 de octubre de 1889: «San Fernando 9. Han salido de la cárcel de este término con dirección a Ceuta, una cuerda de criminales compuesta de 17 individuos, todos indultados de pena capital. Entre ellos figuran los diez autores y cómplices del asesinato del farmacéutico de Nava de Roa».

pues la comunidad exige conocer en qué manera el delito ha sido castigado realmente en último término.

Se abre un debate en el que los posicionamientos políticos se aprecian también en la redacción de las noticias sobre procesos criminales. Una discusión en la que surgen implícitamente diferentes aspectos: la defensa de la propiedad, el castigo al ladrón, el estado de necesidad familiar, la situación de desamparo de las víctimas, la situación económica en el campo, la severidad, que los jueces muestren en el fallo la ejemplaridad exigida, la benignidad con unos pobres infelices... Todos estos aspectos no quedan en las páginas manuscritas de los autos en los cuales figuran recogidos los escritos de defensa y acusación, puesto que se lanza a la opinión pública a través de los periódicos. Las circunstancias que rodean al proceso dejan de estar ocultas a la comunidad y se evita que queden ocultas en los autos manuscritos de la causa criminal. Ahora todo se analiza y se debate fuera de los estrados, sin duda con mayor intensidad en los círculos sociales medios y altos a los que llega la prensa. Tampoco debemos olvidar la controversia política, expresada a través de los periódicos, sobre la repercusión de la situación socio-económica en la criminalidad.

La alusión a José Canalejas no es baladí. Se ataca una determinada forma de comprensión política hacia el delincuente y las razones que le mueven a delinquir. Pero también se expone cierta acritud contra los correccionalistas o se clama por la defensa de la propiedad burguesa. Los jueces no pudieron ser impasibles a esta nueva situación. No es el rey quien requiere que se actúe de una u otra manera, ahora es la opinión pública o, quizá, las opiniones públicas las que reclaman a los juzgadores actuar de una u otra manera. Ni tampoco debe olvidarse que por desempeñar una u otra profesión hay mayor o menor proclividad a la comisión de delitos(118).

La llamada en la actualidad «pena del telediario» fue mucho antes la «pena del periódico», aunque en el siglo XIX se advierte una mayor inclinación a compadecerse del delincuente. Los jueces juzgan, pero también lo hizo y lo hace la opinión pública. Lejos queda para esta la publicidad requerida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal como salvaguardia de las garantías de los acusados. A lo largo de aquella centuria se generó y fructificó una publicidad ajurídica que, sin embargo, toma información judicial para reelaborarla. A partir de ella,

(118) «El crimen de Roa. En la Audiencia de Burgos empezó a verse el miércoles último la causa seguida por el juzgado de Roa, contra don Conrado y don José Abad, farmacéuticos de dicho pueblo, por haber dado muerte violentamente al médico de aquella villa don Ricardo González y haber herido al hijo de éste, don Santiago», en *El Día de Palencia* de 16 de marzo de 1917.

cualquier persona opina sobre el buen o el mal funcionamiento de la administración de justicia en el hecho enjuiciado y sobre los encausados, teniendo por extremo el sensacionalismo. Esas opiniones son las que acaban prevaleciendo sobre el contenido manuscrito de la causa, originando un imaginario social que no siempre se ajusta a Derecho. No son los juristas los que explican a la sociedad el desarrollo de los procesos criminales y sus resultados penales, son los periodistas cuyos conocimientos e intereses no son, en la mayor parte de los casos, jurídicos. Todo lo cual, sin relegar la visión de que la publicidad periodística de los juicios criminales no era, no es, sino una secuela de la libertad de prensa.

El tratamiento penal de la transmisión de enfermedades ante los nuevos riesgos

SILVIA VALMAÑA OCHAITA
Profesora Titular de Derecho Penal
UCLM

RESUMEN

Los códigos penales españoles y sus sucesivas reformas desde 1822 han dado un diferente tratamiento a los delitos de transmisión dolosa de enfermedades graves, como delito de lesiones o como delito de peligro para la salud pública. Los casos de contagio de enfermedades graves se han circunscrito en los últimos 40 años, en el debate doctrinal y el tratamiento jurisprudencial, a la transmisión del virus de VIH, heredero directo por su etiología y forma y efectos de su transmisión a la tradicional enfermedad venérea. La entrada en escena de nuevas enfermedades graves, muy contagiosas sin un contacto directo, precisa la revisión de los tipos penales existentes y su capacidad de protección de los intereses sociales.

Palabras clave: COVID-19, salud pública, lesiones, homicidio, causalidad, incremento del riesgo, transmisión de enfermedad.

ABSTRACT

The spanish penal codes and their successive reforms since 1822 have given a different treatment to crimes of intentional transmission of serious diseases, as a crime of injury or as a crime of danger to public health. Cases of contagion of serious diseases have been limited in the last 40 years, in doctrinal debate and jurisprudence treatment, to the transmission of the HIV virus, direct heir to its etiology and form and effects of its transmission to the traditional venereal disease. The entry into the scene of serious, highly contagious new diseases without direct contact requires the revision of existing criminal rates and their ability to protect social interests.

Keywords: COVID-19, public health, injuries, homicide, causation, increased risk, transmission of disease.

SUMARIO: 1. Introducción. –2. Antecedentes históricos. 2.1. El Código penal de 1822. 2.2. La supresión del delito de contagio en los Códigos penales de 1848, 1850 y 1870. 2.3. La reaparición. El Código penal de 1928. 2.4. Nuevo cambio de rumbo. El Código penal de 1932. 2.5. El Código penal de 1944 y la reforma de 1958. –3. Marco legal para una respuesta penal. 3.1. Algunos modelos en derecho comparado. 3.2. El Código penal de 1995.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la aprobación del vigente Código penal se ha recrudecido la tradicional pugna entre la consideración del Derecho penal como *ultima ratio* con la progresiva y persistente expansión del Derecho penal en la búsqueda de una pretendida eficacia que, en muchas ocasiones, supone la pura manifestación de los que se conoce como populismo punitivo.

La narración, más o menos sensacionalista, de hechos especialmente despreciables que llenan las páginas de los periódicos y las imágenes de los informativos, son alimento suficiente de la indignación de los ciudadanos. Más aún, cuando las emociones son excitadas desde las redes sociales, sin sistemas eficaces de autocontrol, que pueden ser caldo de cultivo de noticias falsas e insidias interesadas. Si al horror y la excitación de los ánimos vindicatorios sumamos el miedo, la exacerbación de la respuesta penal es el producto esperable.

Afirma Zaffaroni(1), que «siempre que se habilitó el exceso de poder punitivo para resolver los *grandes males*, sirvió a otros intereses y, lamentablemente, quedaron millones de muertos por el camino. (...) es posible que montajes de poder razonables en tiempos de emergencia se intenten mantener cuando se supere esta situación». Estos riesgos adoptan en ocasiones un exagerado sesgo apocalíptico para la democracia, como el que se aprecia en las reflexiones de Agamben(2)

(1) ZAFFARONI, E.R., «Perspectivas del poder punitivo postpandemia», en RIVERA BEIRAS, I. (Coord.), *Pandemia. Derechos humanos, sistema penal y control social (en tiempos de coronavirus)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 202.

(2) AGAMBEN, G., «L'invenzione di un'epidemia». *Quodlibet*. Disponible en <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione-di-un-epidemia> Recuperado el 15 de febrero de 2021.

al contraponer a las medidas de contención de la pandemia, «frenéticas, irracionales y totalmente inmotivadas medidas de emergencia» adoptadas por los Estados, que podrían incluso englobarse en la categoría de *fake news* y que parecen vinculadas con el pensamiento de Foucault y la noso-política(3).

Por el contrario, Ferrajoli(4) señala que, aunque existan leyes de emergencia que puedan parecer injustificadas e, incluso, inconstitucionales, estos juicios «genéricos y sumarios» contra las restricciones concretas de libertades durante la pandemia pueden restar credibilidad a las denuncias de reversiones auténticas de derechos que se puedan producir. El grito injustificado y conspiranoico de «que viene el lobo», no protege a las ovejas del ataque real.

Más ponderadas aparecen otras voces(5), también críticas con la respuesta institucional restrictiva de libertades, que Paredes(6) no duda en calificar, con especial dureza, de «enfoque radicalmente autoritario, tecnocrático y burocrático» las medidas adoptadas por las administraciones públicas españolas, en las que es suficiente «con que los técnicos (=expertos en salud pública) identifiquen ciertas modificaciones del comportamiento habitual de la ciudadanía como deseables para que sean convertidas en deberes jurídicos; y en el que, además, se supone que basta con promulgar las normas jurídicas que impongan tales deberes de conducta y con fijar sanciones a la infracción de los mismos, para que los destinatarios pasen inmediatamente a modificar su conducta». Una presunción que subyace en la hipertrofia normativa que en relación con el Covid-19 se ha producido en España en forma de un total de 337 nuevas normas jurídicas de diferente rango y origen(7).

Corren en paralelo el temor, más o menos fundado, a la tentación antidemocrática del Estado y al populismo punitivo, que exacerba la respuesta penal y que tantas veces van de la mano cuando se inocular el

(3) FOUCAULT, M., «La política de la salud en el siglo XVIII», en *Saber y Verdad*, Ed. La Piqueta, Madrid, 1984, pp. 89 y ss.

(4) FERRAJOLI, L., *Pandemia y democracia: por un Constitucionalismo global*, en RIVERA BEIRAS, I., *op. cit.*, p.159.

(5) *Vid.*, ampliamente, *infra*, notas 14 a 16.

(6) PAREDES CASTAÑÓN, J., «Control de los riesgos sanitarios de la COVID-19 mediante la regulación de conductas: enseñanzas del caso español», en *Foro FICP. Tribuna y Boletín de la FICP*. 2020-3, p. 65.

(7) A 30 de marzo, el número de referencias incluidas era de 341, de las que solo 4 se corresponden a normas de carácter general y previas a la pandemia, y en una de esas mismas referencias se engloba toda la normativa producida por la Unión Europea. Dicho de otra forma, 337 normas específicas en un año. Vid. MARINERO PERAL, A.M. (Comp.), *COVID-19: Derecho Europeo y Estatal*, 30 de marzo de 2021, BOE. En https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=355&modo=2¬a=1 Recuperado el 1 de abril de 2021.

miedo a toda la sociedad. Hoy la causa de ese horror es un coronavirus ocupando la posición que, como señala Arroyo(8), antes tenía el SIDA como revitalizador de «la preocupación por la intervención del Derecho penal frente a la transmisión o contagio de las enfermedades infecciosas en general» y, antes del SIDA, otras enfermedades que revistieran «las características que atribuyó Boccacio a la mortífera pestilencia que castigó a Florencia «por obra de los cuerpos celestes o enviada sobre los mortales por la justa ira de Dios para escarmiento de nuestros inicuos actos».

Por unas cosas o por otras, la política criminal está siendo sustituida con frecuencia por la ideología y la orientación del legislador proviene con mayor frecuencia de canales informales y plataformas de recogidas de firmas, que de las auténticas comisiones de expertos, tradicionalmente constituidas a través de la Comisión General de Codificación, algo que, por desgracia, conozco de primera mano. En el máximo paroxismo hipertrófico normativo, nos encontramos con iniciativas legislativas surgidas directamente en el Parlamento a través de Propositiones de Ley, abandonando el clásico sistema de los Proyectos de Ley remitidos por el gobierno para su debate y aprobación en las Cortes Generales y eludiendo por esta vía la solicitud de los informes preceptivos del Consejo General del Poder Judicial en materia penal, o los tradicionales y convenientes del Consejo Fiscal y del Consejo de Estado, e incluso esquivando los informes de otros ministerios distintos al del proponente.

Es evidente que de este tipo de tentaciones no se sustraen ni gobiernos, ni parlamentos, ni países(9), pero conviene recordar los principios tradicionales de la política criminal que establece la *Société Internationale de Défense Sociale*(10) y Arroyo(11) recrea en torno a cuatro postulados fundamentales:

(8) ARROYO ZAPATERO, L., «La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del SIDA», en *Derecho y salud*, Vol. 4, N.º 1, 1996, p. 210

(9) ARROYO ZAPATERO, L., DELMAS-MARTY, M., DANET, J. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Ed.): *Securitarismo y Derecho Penal, Por un Derecho penal humanista*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. 2013. *Passim*

(10) *Vid.* los establecidos en sus estatutos y más específicamente en su programa mínimo para una política criminal humanística. *Société Internationale de Défense Sociale: Programme minimum de la Société Internationale de Défense Sociale pour une politique criminelle humaniste*. 1954. Con la Addenda adoptada en Milán el 15 de diciembre de 1984. Recuperada el 10 de octubre de 2019 en http://blog.uclm.es/defensesociale/files/2019/02/estatutos_f.pdf

(11) ARROYO ZAPATERO, L: «Presentación», en ARROYO ZAPATERO, L., DELMAS-MARTY, M., DANET, J., ALCALÉ SÁNCHEZ, M., *op. cit.* p. 15.

a) No crear con las normas penales más daño social e individual que el estrictamente necesario para combatir el delito.

b) Someter las reformas penales a evaluación técnica y científica, que garantice al Parlamento que la responsabilidad legislativa y de gobierno no se rige por criterios partidistas y de manipulación de la opinión pública.

c) Recordar que lo que conocemos como principios y garantías penales desde el tiempo de Beccaria no es el producto de un partido, ni de un sector profesional, sino un patrimonio cultural y científico que forma parte del contenido esencial del Estado de Derecho.

d) Que los problemas penales son en su mayor parte –salvo los derivados de las nuevas tecnologías– problemas viejos, que han sido enfrentados por generaciones de legisladores, juristas y científicos y que despreciar ese patrimonio de experiencias y de conocimientos es bien ajeno a la prudencia que debe regir la acción del Príncipe».

¿Estamos un «frenesí asegurador»(12) que desemboca en un proceso deshumanización del derecho penal(13)? ¿O solamente ante la resistencia doctrinal frente a un cambio de paradigma que demanda la sociedad? ¿Estamos realmente antes una crisis de la legalidad penal que nos enfrenta a una regresión medieval en la represión del delito(14) que se ha acentuado con el anuncio del último jinete del apocalipsis liberticida?

Vivimos un momento en el que no es extraño que la opinión pública y la academia hayan vuelto sus ojos, desde diferentes perspectivas, al nuevo/clásico(15) escenario de la respuesta eficaz a la plaga,

(12) DELMAS-MARTY, M., «Deshumanización del Derecho Penal», en ARROYO ZAPATERO, L., DELMAS-MARTY, M., DANET, J. y ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (Ed.): *op.cit.* P. 24.

(13) Como proclama el título del artículo original de DELMAS-MARTY, M., «Déhumanisation du droit pénal», en *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Éditions Du Seuil. Paris, 2010.

(14) MORALES PRATS, F., «Represión penal y estado de derecho cuatro décadas después», en MORALES PRATS, F., TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R. M. (coordS.), *Represión penal y estado de derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, 2018. Pp. 189-205. Especialmente esclarecedor, en el mismo sentido, MORALES PRATS, F., «La Nueva Edad Media: la llegada de la peste», Opinión. Diario *La Vanguardia*, 4 de junio de 2020. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/opinion/20200604/481596159813/la-nueva-edad-media-la-llegada-de-la-pestes.html> Recuperado el 22 de diciembre de 2020.

(15) No solo debemos a Francos Rodríguez, médico y ministro, «la primera manifestación sistemática y de resonancia en favor de incorporar al Código la transmisión de enfermedades contagiosas en general», tal y como nos cuenta Luis Arroyo en su trabajo citado *supra*. También resuenan actuales sus palabras de para describir la situación en la epidemia de gripe de 1918: «En los días tristes de epidemia, como en todos los trances críticos del vivir humano, la acción egoísta ejerce desenfrenado imperio. El hogar no se acuerda del vecino y se resiste a la declaración del mal con-

que no solo se aborda desde las ciencias de la naturaleza, sino que exige una respuesta adecuada en el campo de las ciencias sociales y jurídicas, cuestión que ya anticipaba Arroyo(16) de forma incisiva: «El Proyecto de 1994 se sustrajo por completo a cualquier tentación y, en consecuencia, el nuevo Código de 1995 carece de alusión al contagio en los delitos contra la vida y contra la salud, así como del delito de contagio contra la salud pública. Sin embargo, es bien probable que el debate esté tan solo aletargado, por lo que conviene reproducir su esencia, de tal modo que los argumentos se encuentren disponibles cuando cualquier caso de los que producen alarma social despierte las propuestas criminalizadoras».

Estoy de acuerdo en que la respuesta no puede acomodarse a la demanda de un chivo expiatorio en el que saciar los instintos básicos que se alimentan del miedo; miedo a la enfermedad, miedo a perder un estilo de vida, la prosperidad, la seguridad. Pero creo que tampoco podemos permanecer impasibles, en el pedestal de cristal de la razón fría y aséptica que, instalada en la convicción moral superior, desatiende y se muestra indiferente hasta que es arrastrada por el tsunami normativo-represivo(17) del que cuesta décadas recuperarse.

De la fuerza de esa opinión pública desbocada hemos tenido frecuentes ejemplos en los últimos años y no solo en España. El reto es abordar la respuesta a la demanda social de seguridad sin que se tambaleen los derechos y las garantías que hemos conquistado durante años.

Y no es solo el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal lo que se puede ver comprometido, sino incluso la propia exigencia del cumplimiento escrupuloso del principio de legalidad, que al menos de momento se mantiene a salvo por la impecable aplicación que del mismo está haciendo el Tribunal Supremo. Aplicación y defensa que declara de forma expresa cuando señala que «El principio de legalidad

*tagioso para no sufrir las torturas del aislamiento. El pueblo se olvida de los contagios y oculta el mal transmisible para que no le impongan medidas dañosas a sus particulares intereses. La nación prescinde de las fronteras para que las resoluciones sanitarias no le acarreen la miseria; pero como el bien de los más ha de superponerse a las conveniencias de los menos, el hogar se allana para bien del prójimo, el pueblo se somete a órdenes vejatorias en provecho de todo el país y un Estado sufre imposiciones de los demás para combatir contra los gérmenes que en el ambiente, en las aguas o con las personas difunden el estrago». FRANCOS RODRÍGUEZ, J., «El problema sanitario y sus titulares», en *La España Médica (La epidemia de gripe en España. Su aspecto sanitario y clínico)*. n.º 281, Madrid, 10 de noviembre de 1918.*

(16) ARROYO ZAPATERO, L., *op. cit.*, 1996, p. 215.

(17) Sobre la aceleración normativa en tiempos de pandemia, *vid.* JIMÉNEZ SEGADO, C., «Excepción y derecho penal en la globalización de las catástrofes», *La Ley Penal* n.º 144, mayo-junio 2020: *Delitos en tiempo de emergencia sanitaria*, Editorial Wolters Kluwer, 1 de mayo de 2020.

y la consecuente exigencia de taxatividad en la definición de los tipos penales operan como límites infranqueables en la aplicación de la ley penal. No toda conducta socialmente reproachable tiene encaje en un precepto penal. Contemplar los tipos penales como contornos flexibles y adaptables coyunturalmente para dar respuesta a un sentir mayoritario supone traicionar las bases que definen el derecho penal propio de un sistema democrático (...)»(18).

Las «leyes excepcionales» dictadas en España con los decretos que declaraban los sucesivos estados de alarma se han visto excesivas(19) o ineficaces(20), o ambas y tampoco han incluido una previsión de creación o aplicación de un derecho sancionador para los casos de contagio de la enfermedad; ello ha determinado el surgimiento de un sentimiento de orfandad a la hora de dar respuesta a las muchas cuestiones que se plantean para prevenir las conductas de riesgo y de lesión derivadas de los incumplimientos normativos y de los deberes de cuidado y, además, establecer las posibles responsabi-

(18) Auto del Tribunal Supremo 11985/2020, de 18 de diciembre de 2020, p. 24.

(19) Muchas de ellas, por la propia elección del instrumento de un estado de alarma cuando en su contenido se producía una suspensión de derechos fundamentales, principalmente el de libre circulación, haciéndola pasar por una «limitación», lo que ha sido señalado por algunos autores como una «grosera manipulación» del texto constitucional; en ÁLVAREZ GARCÍA, J., «Estado de alarma o de excepción», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL Universidad de Santiago de Compostela. 2020. P. 13. Disponible en file:///E:/Perfil/Downloads/6706-Texto%20del%20art%C3%ADculo-34405-1-10-20200403.pdf, Recuperado el 18 de noviembre de 2020. En el mismo sentido, MORALES PRATS, F., «Pandemia y Libertades», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 59, julio-septiembre de 2020, pp.13 a 15. También en contra de la utilización del Estado de alarma como instrumento para la suspensión de derechos fundamentales, vid. DÍAZ REVORIO, F. J., *Cosas de juristas*, Disponible en <https://javierdiazrevorio.com/cosas-de-juristas/> Recuperado el 18 de noviembre de 2020. NOGUEIRA LÓPEZ, N., «Confinar el coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción», en *El cronista del estado social y democrático de derecho*. n.º 86-87. En contra de esta interpretación, entre otros, DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Límite y restricción, no suspensión», en el diario *El País*, 8 de abril de 2020. LOZANO CUTANDA, B., «Análisis de urgencia de las medidas administrativas del estado de alarma», *Diario La Ley*, n.º 9601, de 25 de marzo de 2020, *passim*.

(20) Sólo como ejemplo, en dos momentos diferentes, *vid.*, «Barones del PSOE y del PP exigen a Sánchez medidas más duras contra el coronavirus», en *El confidencial digital*, 22 de marzo de 2020, https://www.vozpopuli.com/politica/barones-PSOE-Page-Sanchez-coronavirus_0_1339066420.html. «Las CCAA se cansan de la inacción del Gobierno y del ‘candidato Illa’ ante la cuarta ola de Covid», en *Economía Digital*, el 15 de enero de 2021, <https://www.economiadigital.es/politica/las-ccaa-se-cansan-de-la-inaccion-del-gobierno-y-del-candidato-illa-ante-la-cuarta-ola-de-covid.html>. «El Gobierno se resiste a endurecer el estado de alarma pese a la catástrofe de los datos de la Covid», en *El Español*, 19 de enero de 2021, https://www.elespanol.com/espana/politica/20210119/gobierno-resiste-endurecer-alarma-catastrofe-datos-covid/552196147_0.html.

dades de personas físicas y jurídicas, de particulares, administraciones y responsables políticos, en relación con los resultados de muerte, lesiones, privaciones y limitaciones de derechos, daños materiales y pérdidas económicas asociadas a las acciones y omisiones realizadas; responsabilidades que no solo se podrían situar en el ámbito penal, sino también y preferiblemente(21), en el civil y en el patrimonial de la administración.

Es necesario reflexionar sobre la suficiencia de la legislación existente para la adecuada respuesta penal ante los casos de transmisión dolosa e imprudente de enfermedades graves. Estamos ante un nuevo desafío de un problema viejo. Se trata de establecer si los instrumentos que sirvieron en la «peste» de los 80, el SIDA, son los suficientes en la nueva «peste» de cuarenta años después.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La intermitente presencia del delito de contagio como un delito de peligro en los códigos penales españoles ni siquiera puede asociarse de manera clara a la presencia de enfermedades transmisibles especialmente peligrosas o contagiosas; así, aunque la última gran epidemia de peste se sitúa en Mallorca en 1820(22), la presencia continuada de enfermedades infectocontagiosas durante todo el siglo XIX no permite afirmar una vinculación con la aparición de los delitos contra la salud pública relacionados con la propagación de esos contagios. Paludismo, cólera, tífus exantemático, fiebre amarilla, y los más comunes y endémicos sarampión, viruela, gripe, escarlatina y difteria(23) fueron frecuentes durante toda la vigencia de los Códigos de 1822(24), 1848, 1850 y 1870, con desigual tratamiento en los mismos.

(21) MESTRE DELGADO, E., «Editorial: ¿Será la vieja excepcionalidad la nueva normalidad en el derecho penal? », en *La Ley penal*, n.º 144, mayo-junio 2020: Delitos en tiempo de emergencia sanitaria, pp. 1 a 3.

(22) DE LA FIGUERA VON WICHMANN, E., «Las enfermedades más frecuentes a principios del S. XIX y sus tratamientos», p. 151. Disponible en <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/29/16/11figuera.pdf> Rescatado el 12 de agosto de 2020.

(23) DE LA FIGUERA VON WICHMANN, E., *cit.*, p. 154 y ss.

(24) Sobre la cuestionada vigencia del Código penal de 1822, *vid.* LÓPEZ REY, O., «El Código penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz en el 50 aniversario de su doctorado», en ADPCP, 2018. Vol. LXXI, pp. 347 y ss.

2.1. El Código penal de 1822

El Código penal de 1822 trataba entre los delitos contra la salud pública un tipo de transmisión de enfermedades contagiosas que, a pesar de la objetivación en su redacción, aparece vinculada a la remota aplicación de una versión del principio de culpabilidad del artículo primero, 1 y 2, del mismo texto legal, es decir, tanto dolosa como imprudentemente: «*Los que introdujeran ó propagaren enfermedades contagiosas ó efectos contagiados, y los que quebrantaren las cuarentenas y los cordones de sanidad, ó se evadan de los lazaretos, sufrirán las penas establecidas ó que se establecieron en el reglamento respectivo*» (sic)(25); y se configura como un delito contra la salud pública, sin perjuicio de la regulación de los delitos de homicidio y lesiones para los resultados causados a través de dicho contagio. Sin embargo, la brevedad en la aplicación del Código de 1822(26) apenas ha dejado indicios de cómo pudieron derivarse hacia una y otra posibilidad tal transmisión de enfermedades, tanto venéreas como de capacidad de contagio comunitario.

2.2. La supresión del delito de contagio en los códigos penales de 1848, 1850 y 1870

La desaparición de un delito contra la salud pública en los códigos de 1848, 1850 o 1870 constituyen, sin lugar a duda, una elección del legislador. Así lo indica Groizard(27), comentando el Código de 1870: «En ningún artículo del presente capítulo se habla de los delitos que contra la salud pública se cometen en épocas de epidemias. Lo aplaudimos. El código no debe reflejar más que los medios jurídicos protectores de la sociedad en sus condiciones normales. Las medidas enérgicas y los procedimientos excepcionales (sic) tienen su razón de ser en las angustias y necesidades que experimentan los pueblos cuando sufren o ven próximas las catástrofes epidémicas. En tales circunstancias los preceptos científicos de la imputabilidad y la graduación de las penas son deficientes. Sus moradores, en guerra

(25) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.): *Códigos penales españoles*. Akal. Madrid, 1988, p. 91.

(26) LÓPEZ REY, O., «El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación. En memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz en el 50 aniversario de su doctorado». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, BOE, 2018, pp. 347 a 401.

(27) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870 [Texto impreso]. Concordado y comentado por D. (Alejandro) Groizard y Gómez de la Serna*, T. IV. Ed. Esteban Hermanos, Impresores. Salamanca, p. 30.

contra las fuerzas de la naturaleza que amenazan la vida de todos con la pestilencia del aire, el envenenamiento de las aguas y la infección de los alimentos no se preocupan ni detienen ante la legalidad de las armas con que combaten, usan las más eficaces. La necesidad impone sus preceptos y el instinto de conservación prevalece sobre los cálculos de la razón y las enseñanzas jurídicas. En tan anormal estado, la más lógica y eficaz expresión del derecho son las leyes excepcionales: ellas con la oportunidad, rapidez y variedad de sus prohibiciones y sanciones son las únicas que pueden amparar la multitud de derechos e intereses sociales heridos y amenazados».

Es claro que la desaparición es deliberada, sin que ello suponga nada más que la búsqueda de otro instrumento para la persecución de los delitos cometidos «*en contravención de las leyes sanitarias en tiempos de epidemia*»(28), excluyéndolos expresamente de la aplicación del Código Penal, como establece el artículo 7 del Código Penal de 1848. Entre las modificaciones que introduce el Código de 1850 se encuentra precisamente la fórmula menos precisa, pero ampliada, que se realiza en referencia a la exclusión de los delitos «*que se comenten en contravención á las leyes sanitarias, ni los demás que estuvieren penados por leyes especiales*»(29).

Así lo manifiesta también Antón(30) cuando señala, en relación con las modificaciones más interesantes que el Código de 1850 introdujo, que «El artículo 7 del Código del 48 precisaba los delitos especiales no sujetos a las disposiciones del Código: los militares, los de imprenta, los de contrabando, los que se comentan en contravención a las leyes sanitarias en tiempo de epidemia: La de 1850 agregó «*Y las demás que estuvieren penadas por leyes especiales*». Dada la amplitud de esta frase, holgaba la mención de las anteriores, y, por ello, el legislador de 1870 prescindió de citarlas». Porque el Código penal de 1870 establece en su artículo 7 que «*No quedan sujetos á las disposiciones de este Código los delitos que se hallen penados por leyes especiales*»(31).

Sin embargo, y a pesar de su posición favorable a las leyes especiales como mejor mecanismo de tipificación de la conducta de contagio de enfermedades en épocas de epidemia, Groizard se inclina

(28) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.) *cit.*, p. 196.

(29) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.) *cit.*, p. 328.

(30) ANTÓN ONECA, J., «El Código Penal de 1870», en *ADPCP* 1970, II, pp. 231 y 232.

(31) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.) *cit.*, p. 498

por una tipificación expresa de la propagación intencionada del contagio: «Un hecho hay, sin embargo, que no debería por su extraordinaria gravedad dejarse de describir ni castigar en el Código Penal: la propagación intencional del contagio. Por odio á una familia un hombre puede introducir clandestinamente en una casa las ropas de un colérico con el depravado fin de llevar á ella la desolación y la muerte. ¿Quién puede negar que este infame proceder presenta de relieve todos los caracteres de un verdadero delito? Supongamos que el edificio donde los efectos apestados se introducen es un cuartel, un hospicio ó un hospital, un sitio, en una palabra, donde la gente viva aglomerada, ¿quién podría calcular las consecuencias de tan detestable propósito? Nuestro Código, sin embargo, no castiga este hecho. Quizás se ha creído que no habría entre los hombres ninguno tan malvado que á tal extremo le condujesen (*sic*) sus desapoderadas pasiones. Pero este modo de discurrir es impropio del legislador. Donde el entendimiento conciba la posibilidad de la perpetuación de un crimen, ese crimen debe estar castigado. Si las maldades humanas no llegan hasta el punto de causar en la sociedad la prevista perturbación, felicitémonos de ello: nada se habrá perdido porque la ley haya calculado su magnitud y haya indicado la pena de su represión».(32)

Sin embargo, el número 7 del artículo 471 del Código penal de 1848 castiga con la pena de cinco a quince días o multa de «cinco a quince duros» a los que «infringieren las reglas higiénicas ó (*sic*) de salubridad acordadas por la Autoridad en tiempo de epidemia o contagio»(33), configurando como una falta grave la conducta de desobediencia o desatención de las normas, sin que se requiera peligro concreto o abstracto de transmisión de la enfermedad, formato que se mantiene con idéntica redacción en el artículo 485,6 del Código penal de 1850(34).

Se trata de un delito de desobediencia a las órdenes de la autoridad gubernativa, sin que se requiera ningún tipo de peligro, concreto o abstracto en relación con la salud pública, sino más bien contra el orden público, tipificado junto con conductas tan dispares como bañarse faltando a las normas de decencia, infringir las normas sanitarias sobre prostitución o arrojar animales muertos, basuras o escombros en las calles, entre otras.

(32) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *op.cit.*, T. IV, pp. 30 y 31.

(33) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.) *cit.*, p. 302.

(34) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.) *cit.*, p. 441.

De forma más sistemática, el Código penal de 1870 tipifica en su artículo 596,3 como una falta contra los intereses generales y régimen de las poblaciones la conducta de infringir «las disposiciones sanitarias dictadas por la Autoridad en tiempos de epidemia ó (*sic*) contagio»(35). Aún cuando la redacción del precepto no supone una revisión de la redacción mantenida desde el Código de 1848, sí conviene señalar que «las reglas de cuya infracción se trata no son las que se ha dado en diferentes épocas en que una o más comarcas de España han sido invadidas de alguna epidemia ó contagio, sino que las particulares que se dicten por el Gobierno ó por las Autoridades locales, cuando desgraciadamente sobrevengan tales azotes; pues, como se comprende, las disposiciones que se establecen en estos csao han de ser por lo general variables, según la naturaleza especial del mal ó contagio ó las circunstancias del país ó comarca invadidos»(36)

2.3. La reaparición. El Código penal de 1928

La desaparición del delito de contagio del catálogo de delitos hasta su breve reaparición en el Código penal de 1928 no parece vinculada ni a estas reflexiones ni a la existencia de graves epidemias, sin que pueda deducirse la influencia de la mal llamada «gripe española» de 1918 en la introducción de un capítulo II en el Título VIII, dentro de los delitos contra la salud pública, rubricado como de *Propagación de epidemias y riesgo para la salud pública*, que tipifica a lo largo de los artículos 547 a 552(37) la responsabilidad de los sujetos a través de diferentes conductas, con el denominador común de la exigencia de

(35) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.) *cit.*, p. 646.

(36) VIADA Y VILASECA, S., «Código penal reformado de 1870», Ed. Fernando Fe, A. San Martín, Donato Guío, Tomo III, 4.ª edición, 1890, p. 732.

(37) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.) *cit.*, pp. 856 y 857. También disponible en La Gaceta de Madrid, n.º 257, 13 de septiembre de 1928. Disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1928/257/A01450-01526.pdf>. Recuperado el 8 de agosto de 2020.

«Artículo 547. El que, a sabiendas, infringiere las disposiciones sanitarias sobre aislamiento o vigilancia, o las prohibiciones de importación legalmente establecidas para evitar la introducción o propagación de alguna epidemia o enfermedad contagiosa, será castigado con la pena de dos meses y un día a un año de prisión o multa de 1.000 a 5.000 pesetas, al prudente arbitrio del Tribunal. Sí por consecuencia de la infracción hubiere sido atacada de enfermedad contagiosa alguna persona, la pena se aplicará en el grado máximo.

Artículo 549. El que maliciosamente propagare una enfermedad peligrosa y transmisible a las personas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años.

dolo, mediante la exigencia de actuar *a sabiendas* o *maliciosamente*. Además, el Código de 1928 contempla en el artículo 534 la posibilidad de causar lesiones, no solo a través de la fórmula, presente desde el mismo inicio del proceso codificador, consistente en describir la conducta típica como herir, golpear o maltratar, sino como la posibilidad de aplicar las penas de los delitos de lesiones «*al que sin ánimo de matar causare a otro alguna de las lesiones mencionadas, administrándole a sabiendas substancias o bebidas nocivas o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu*»(38). En todo caso, la ausencia de aplicación jurisprudencial de ambos delitos(39), por la breve vigencia de este Código, impidió conocer su eficacia práctica.

También el Código de 1928 contempla, dentro de las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones, algunos tipos en relación con infracción de deberes en tiempos de epidemia, si bien con la peculiaridad de que no se limita, de forma más amplia e imprecisa de la contenida en los códigos precedentes, a castigar a «los que infringieren las reglas dictadas por la Autoridad en tiempos de epidemia o contagio» en el artículo 809.3, sino que introduce otra conducta en el apartado 4 del mismo artículo, la de infringir «las disposiciones de la legislación sanitaria relativas a la declaración de enfermedades contagiosas y de epidemias, así como los que quebrantaren los preceptos referentes a desinfección», estableciendo en ambos casos la pena de multa de 50 a 500 pesetas, salvo que constituyan delito del Libro II; es decir, que la conducta no suponga la comisión de un delito de los artículos 547 y 549 del citado texto legal, al no atender las disposiciones sanitarias sobre aislamiento o vigilancia, o las prohibiciones de importación legalmente establecidas de forma negligente o por transmitir maliciosamente la enfermedad, respectivamente.

Artículo 552. Las penas señaladas en los artículos anteriores se entienden sin perjuicio de las que corresponderían si el hecho constituyere un delito de mayor gravedad». Se añade un artículo 553 referido a la contaminación de aguas, que no está directamente vinculado con el objeto de este trabajo.

(38) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.) *cit.*, pp. 852. También disponible en *La Gaceta de Madrid*, n.º 257, 13 de septiembre de 1928, Disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1928/257/A01450-01526.pdf>. Recuperado el 8 de agosto de 2020.

(39) SAINZ CANTERO, J. A., «El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1967.

2.4. Nuevo cambio de rumbo. El Código penal de 1932

El Código penal de 1932 quiere apartarse del modelo penal del Código de la dictadura, volviendo a las fórmulas establecidas en los Códigos de 1848 y más directamente de 1870, brevemente restablecido por la República hasta la aprobación de este(40). Por una parte, mantiene la posibilidad, ya prevista en el Código de 1928, de aplicar las penas correspondientes a los delitos de lesiones a quien, sin ánimo de matar, causara «a otro algunas de las lesiones graves», a través de la administración de sustancias nocivas, o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu, en los términos establecidos en el artículo 424 del nuevo Código.

Lo más notable es que, en el Título II del Libro III, dentro de las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones, se mantiene la tipificación de la infracción de «las reglas dictadas por la Autoridad en tiempos de epidemia o de contagio» en el artículo 572, pero desaparece la concreta fórmula introducida por el Código penal de 1928 sobre la obligación de declarar la enfermedad contagiosa o la infracción de las normas de desinfección.

Sin embargo, curiosamente no refiere la infracción de normas sanitarias o de salubridad, tal y como se requería en los Códigos decimonónicos, sino que mantiene la fórmula introducida por el Código de la dictadura, más amplia e imprecisa, que supone que la comisión de la falta recogida en el artículo 572 se produce por el incumplimiento de cualquier tipo de normas, que del tenor literal del precepto podría desprenderse su extensión incluso a aquellas reglas que no tuvieran relación con la epidemia, sino que bastaría con que se hubieran dictado dentro del tiempo marcado por dicha situación de epidemia.

2.5. El Código penal de 1944 y la reforma de 1958

Como en el Código de 1932, el Código de 1944 mantiene como falta la infracción de las reglas dictadas por la autoridad en tiempos de epidemia o contagio (artículo 577,3)(41) y tampoco contempla el delito de transmisión de enfermedades, tanto en su versión de delito contra la salud pública como a través de la «administración de sustancias».

(40) GARCIA VALDÉS, C., «La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias» *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXXXII, BOE. 2012, p.38.

(41) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (rec.) *cit.*, p. 1335.

Es con la reforma de 1958(42) a este último Código cuando se introduce un artículo 348 bis, que recupera, dentro de los delitos contra la salud pública, la tipificación de todo tipo de contagio, y no solo el venéreo, siempre que esta transmisión fuera dolosa: «el que maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con la pena de prisión menor. No obstante, los tribunales, teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare, podrán imponer la pena superior inmediata, sin perjuicio de castigar el hecho como correspondiera si constituyera un delito más grave». Respecto de este delito señala Quintano dos aspectos especialmente significativos: por una parte, y derivado de su posición sistemática, al final del capítulo, la no inclusión *ex lege* de la posibilidad de comisión doloso-eventual del delito de transmisión de enfermedades; de otra, la conveniencia de encuadrar este tipo, por su *maliciosidad*, dentro de los delitos contra las personas, «donde tradicionalmente la encuadra la jurisprudencia, sobre todo en los supuestos de contagio sexual»(43).

Esta redacción permaneció inalterada toda la vigencia del Código penal, hasta que la aprobación del Código penal de 1995, el llamado Código penal de la democracia, supuso la derogación del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

3. MARCO LEGAL PARA UNA RESPUESTA PENAL

3.1. Algunos modelos en derecho comparado

Los delitos relacionados con la transmisión dolosa de enfermedades han ido desapareciendo de muchos de los Códigos penales europeos(44), en un proceso de despenalización que limitaba la tipici-

(42) Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código Penal, BOE n.º 99, 25 de abril de 1958, p.738. Disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1958/099/A00738-00739.pdf> . Recuperado el 8 de agosto de 2020.

(43) QUINTANO RIPOLLÉS, A., «Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código penal», en *ADPCP*, 1958, I, p. 72

(44) Sobre su pervivencia en algunos países europeos de tipos autónomos de transmisión de enfermedades contagiosas, *vid.* TURANJANIN, V. y RADULOVIĆ, D., “Coronavirus (COVID-19) and Possibilities for Criminal Law. Reaction in Europe: A Review”, en *Iranian Journal of Public Health*, Vol. 49, Suppl.1, 2020, pp.4 a 11. Dis-

dad de estas conductas a aquellas que eran constitutivas de lesiones o de homicidio.

En Alemania, la transmisión dolosa o imprudente de enfermedades infectocontagiosas, concretamente el SIDA, se resuelve mediante la aplicación de los párrafos 223, 224 y 229 del Código penal alemán(45): El párrafo 223 StGB establece el tipo básico del delito de lesiones, configurado como un maltrato de obra o la causación por cualquier procedimiento de años en la salud, incluidos los psíquicos. Por su parte el párrafo 224 StGB tipifica los delitos más graves contra la salud, entre los que incluye su lesión cuando se produzca a través de la utilización de veneno u otras sustancias nocivas para la salud o tratamientos que pongan en peligro la vida de las personas. El párrafo 229 StGB establece la responsabilidad por lesiones imprudentes. En relación con la aplicación del párrafo 223 StGB a los casos de contagio por Covid-19, recientemente el tribunal de distrito de Braunschweig ha dictado sentencia en el orden civil, estableciendo una indemnización de 250 € en el caso de una persona que, en abril de 2020, tosió en la cara de forma deliberada sobre un vigilante del mercado que insistió en que cumpliera las medidas de distancia social establecidas para la prevención de los contagios. Lo más llamativo es que no se realizó ninguna prueba a los implicados en el caso para detectar si alguno de ellos era portador del virus Sars-CoV2, con lo cual la indemnización se estableció basándose en que toser intencionadamente en tiempos de pandemia debía calificarse como un atentado contra la salud, por el alto riesgo de infección por una enfermedad

ponible en <https://ijph.tums.ac.ir/index.php/ijph/article/view/20535>, Recuperado el 7 de enero de 2021.

(45) StGB § 223 Körperverletzung

(1) Wer eine andere Person körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

StGB § 224 Gefährliche Körperverletzung:

(1) Wer die Körperverletzung

1. durch Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen,

(...)

5. mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begeht, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

StGB § 229 Fahrlässige Körperverletzung

Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung einer anderen Person verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

potencialmente grave o incluso mortal, además de los daños psíquicos producidos por la preocupación del posible contagio(46).

Aunque los tribunales alemanes aún no se han pronunciado sobre la aplicación de los párrafos 223 y 224 StGB para el caso del Covid-19, parece que no hay mucha discusión sobre su pertinencia en el caso de transmisión dolosa de la enfermedad, establecido por el precedente de la jurisprudencia en relación con el VIH, por la que basta el contagio del virus y no el desarrollo posterior de la enfermedad para que se produzca la consumación del delito de lesiones. En este sentido, el informe del servicio científico del Parlamento alemán(47), de 18 de febrero de 2021, no sólo recoge esta doctrina con carácter general, sino que atribuye la posibilidad de comisión de estos delitos a las autoridades y funcionarios públicos en aplicación del párrafo 340 del Código penal alemán(48), y tanto por acción como por omisión.

Por su parte, el Código penal francés tipifica estas conductas a través de los delitos de homicidio o lesiones dolosos o imprudentes(49), como delitos de resultado, con las mismas consecuencias y características del derecho alemán y español en lo que se refiere a la

(46) Sentencia de 9 de octubre de 2020, AG Braunschweig (112 C 1262/20) El demandante reclama al demandado el pago de daños y perjuicios por el dolor y el sufrimiento debido a la tos intencionada.(§ 253 párrafo 2 BGB, § 823 párrafo 1 BGB): “[...] *das Anhusten gegen das Gesicht, bei dem unweigerlich körperliche Aerosole freigesetzt werden, unter diesen Umständen über die Grenze hinzunehmender Bagatellen hinaus geeignet, das körperliche Wohlbefinden und die Gesundheit zu beeinträchtigen.*”

(47) WISSENSCHAFTLICHE DIENSTE, “Die Ausfuhr von SARS-CoV-2-Impfstoff aus der Europäischen Union. Strafrechtliche Aspekte des Verhaltens der Exekutive”, expediente n.º WD 7 - 3000 - 012/21. En <https://www.bundestag.de/resource/blob/829898/542c143a0152558970c821201b06999c/WD-7-012-21-pdf-data.pdf> Recuperado el 26 de marzo de 2021.

(48) StGB § 340 Körperverletzung im Amt (1) *Ein Amtsträger, der während der Ausübung seines Dienstes oder in Beziehung auf seinen Dienst eine Körperverletzung begeht oder begehen läßt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.*

(49) Code pénal Article 221-5

Le fait d’attenter à la vie d’autrui par l’emploi ou l’administration de substances de nature à entraîner la mort constitue un empoisonnement.

L’empoisonnement est puni de trente ans de réclusion criminelle.

Il est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu’il est commis dans l’une des circonstances prévues aux articles 221-2, 221-3 et 221-4.

Les deux premiers alinéas de l’article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l’infraction prévue par le présent article.

Article 221-6

Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l’article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort

necesaria prueba de la relación de causalidad entre el acto de contagio y la lesión o el homicidio producido. Sin embargo, el artículo 223-1 del Código penal francés (50) establece la tipicidad del hecho de exponer directamente a otra persona a un riesgo inmediato de muerte o lesiones que pueda producirle una mutilación o invalidez permanente, en los casos en que ese riesgo provenga de la violación manifiestamente deliberada de una determinada obligación de seguridad o prudencia impuesta por la ley o el reglamento; en estos casos, este delito de peligro, que no requiere la concreta causación de la lesión, sino la mera exposición al riesgo, se castiga con un año de prisión y una multa de 15.000 euros.

Sin embargo, en Francia, desde la llamada ley Fauchon, el artículo 121.1 del Código penal establece la responsabilidad por imprudencia(51), según la cual también hay delito, cuando así lo disponga la

d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende.

En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75000 euros d'amende.

Article 222-15

L'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui est punie des peines mentionnées aux articles 222-7 à 222-14-1 suivant les distinctions prévues par ces articles.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à cette infraction dans les mêmes cas que ceux prévus par ces articles.

(50) Code pénal art. 223-1

«Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende».

(51) Code pénal art. 121.3.

«Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.

Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer.

Il n'y a point de contravention en cas de force majeure».

ley, en caso de imprudencia, negligencia o incumplimiento de una obligación de prudencia o seguridad prevista en la ley o en el reglamento, si se demuestra que el autor de los hechos no tuvo la diligencia normal, teniendo en cuenta, en su caso, la naturaleza de sus obligaciones o funciones, sus competencias y el poder y los medios de que disponía. En estos casos, también pueden responder penalmente los cargos electos que no hayan causado directamente el daño, pero que hayan creado o contribuido a crear la situación que permitió que este se produjera o que no hayan tomado las medidas para evitarlo, serán penalmente responsables si se demuestra que han violado de forma manifiesta y deliberada una obligación particular de cuidado o seguridad prevista por la ley o los reglamentos, o que han cometido una falta grave que ha expuesto a otros a un riesgo especialmente grave que no podían ignorar, que es directamente aplicable a los responsables públicos que debieron prevenir la transmisión de las enfermedades, en función de las acciones y omisiones que realizaron y de los medios y capacidades de que disponían. La responsabilidad por imprudencia alcanza a la que se produce de forma directa por contravenir un deber de diligencia concreto, que puede suponer la directa transmisión del virus o favorecer su expansión a través de las decisiones, órdenes, actuaciones y omisiones en relación con el confinamiento o desconfinamiento, provisión de equipos, apertura o cierre de negocios o escuelas, etc.

El espíritu de la Ley Fauchon se ha visto reforzado, que no sustituido, con la ley n° 2020-546 de 11 mayo de 2020, por la que se prorroga el estado de emergencia sanitaria y disposiciones complementarias, cuando en su artículo 1.º modifica la ley de sanidad pública, y en consecuencia establece que el artículo 121-3 del Código Penal es aplicable «teniendo en cuenta la competencia, el poder y los medios de que dispone el autor en la situación de crisis que justificó el estado de emergencia sanitaria, así como la naturaleza de sus misiones o funciones, en particular como autoridad local o empleador»(52).

La controversia que la enmienda que introdujo esta cuestión durante la aprobación de esta ley durante su debate parlamentario entre el gobierno, que descartaba la posibilidad de que se produjera

(52) Article 1er de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions a introduit dans le code de la santé publique un article L. 3136-2 relatif aux conditions d'engagement de la responsabilité pénale en cas de catastrophe sanitaire «L'article 121-3 du code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur».

una «amnistía adelantada» con una despenalización de cualquier responsabilidad, y la evidente intención de dotar de cierta seguridad «psicológica», como algunos han afirmado, ha quedado zanjada en la redacción final del precepto, al garantizarse que se trata de una norma interpretativa, que no altera el contenido del citado art. 121.3, y que ha sido convalidada por el Consejo Constitucional francés en su resolución de 11 de mayo de 2020, rechazando la posibilidad de que la inclusión de esta previsión pudiera de alguna manera suponer la vulneración del principio de igualdad frente a la ley penal(53). No obstante, la responsabilidad en otros ámbitos se mantiene, como la que dio lugar a que la empresa Amazon tuviera que restringir su actividad a la distribución de productos esenciales(54) en aplicación del artículo L4121-1 del Código de trabajo francés.

A diferencia de lo que ha sucedido en Alemania, Francia y, como veremos más adelante en España, Italia ha dictado normas penales a través de las cuales ha creado una tipificación específica del delito de incumplir la orden de confinamiento en la residencia a los portadores del virus, por cuarentena obligatoria. Esta medida ha sido introducida por el artículo 4,6 del Decreto Ley n.º 19(55) y establece, en el número 7 del citado precepto, las penas de prisión de 3 meses a 18 meses y multa de entre 500 y 5.000 euros para la referida «contravvenzione», agravando la inicialmente prevista por la legislación sanitaria(56).

(53) *Vid.* ampliamente en RADISSON, L., «Loi état d'urgence: un encadrement de la responsabilité pénale en trompe-l'œil». Actu-Environnement.com, 11 de mayo de 2020. En <https://www.actu-environnement.com/ae/news/deconfinement-responsabilite-penale-etat-urgence-sanitaire-prolongation-projet-loi-35452.php4> Recuperado el 4 de marzo de 2021.

(54) *Vid.* en BARRY, M., «[Coronavirus] Condamnation d'Amazon: quels enseignements pour sécuriser son activité?». NETPME par les éditions législatives. En <https://www.netpme.fr/actualite/coronavirus-condamnation-damazon-quels-enseignements-pour-securiser-son-activite/> Recuperado el 4 de marzo de 2021.

(55) Decreto-Legge de 25 marzo 2020, n. 19 «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», convertido, con modificaciones, en la Ley de 22 de mayo de 2020, n. 35. Art. 4,6: «Salvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 del codice penale o comunque piu' grave reato, la violazione della misura di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e), e' punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo unico delle leggi sanitarie, come modificato dal comma 7».

(56) Decreto-Legge de 25 marzo 2020, n. 19 Art. 4,7: «Al comma 1 dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo unico delle leggi sanitarie, le parole «con l'arresto fino a sei mesi e con l'ammenda da lire 40.000 a lire 800.000» sono sostituite dalle seguenti: «con l'arresto da 3 mesi a 18 mesi e con l'ammenda da euro 500 ad euro 5.000».

Es precisamente este Decreto Ley el que contempla de forma expresa la posibilidad de aplicar el delito de epidemia imprudente del artículo 452 del Código penal italiano(57), o incluso la alusión a un delito más grave que se refiere, como señala la doctrina(58), al delito doloso de epidemia(59).

(57) Art. 452 - Delitti colposi contro la salute pubblica (1)

«Chiunque commette, per colpa, alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 438 e 439 è punito (2):

1. con la reclusione da tre a dodici anni, nei casi per i quali le dette disposizioni stabiliscono la pena di morte (3);

2. con la reclusione da uno a cinque anni, nei casi per i quali esse stabiliscono l'ergastolo (4);

3. con la reclusione da sei mesi a tre anni, nel caso in cui l'articolo 439 stabilisce la pena della reclusione.

Quando sia commesso per colpa alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 440, 441, 442, 443, 444 e 445 si applicano le pene ivi rispettivamente stabilite ridotte da un terzo a un sesto».

(1). A questi reati si applicano le disposizioni dell'art. 162-bis c.p., così come introdotto dall'art. 126, L. 24 novembre 1981, n. 689, che modifica il sistema penale, secondo quanto dispone l'art. 127 dello stesso provvedimento. I reati previsti dalla L. 10 maggio 1976, n. 319, sulla tutela delle acque dall'inquinamento, dalla L. 13 luglio 1966, n. 615, nonché dalla L. 31 dicembre 1962, n. 1860 e dal D.P.R. 13 febbraio 1964, n. 185; dalla L. 29 marzo 1951, n. 327, e dalla L. 30 aprile 1962, n. 283 (salvo che per le contravvenzioni previste dagli artt. 8 e 14), e dall'art. 221 del T.U. delle leggi sanitarie, approvato con R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, sono esclusi dalla depenalizzazione, ai sensi dell'art. 34, L. 24 novembre 1981, n. 689. Vedi la L. 8 luglio 1986, n. 349, sull'istituzione del Ministero dell'ambiente e in materia di danno ambientale.

(2). Vedi l'art. 249 R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, di approvazione del testo unico delle leggi sanitarie.

(3). La pena di morte per i delitti previsti dal codice penale è stata abolita con l'art. 1, D.Lgs.Lgt. 10 agosto 1944, n. 224, che ad essa ha sostituito la pena dell'ergastolo.

(4). I delitti previsti in questo numero, consumati o tentati, sono attribuiti al tribunale in composizione collegiale, ai sensi dell'art. 33-bis del codice di procedura penale, a decorrere dalla sua entrata in vigore.

(58) CUPELLI, C., «Il diritto penale alla prova dell'emergenza Covid-19 nuove esigenze di tutela e profili sanzionatori. Criminal Law and COVID-19: New Protection Requirements and Penalty Measures», Cassazione penale, Vol. 60, n.º 6, 2020, p. 2214.

(59) Art. 438 – Epidemia (1)(2).

«Chiunque cagiona un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni è punito con l'ergastolo.

Se dal fatto deriva la morte di più persone, si applica la pena di morte (3)».

(1). A questo reato si applicano le disposizioni dell'art. 162-bis c.p., così come introdotto dall'art. 126, L. 24 novembre 1981, n. 689, che modifica il sistema penale, secondo quanto dispone l'art. 127 dello stesso provvedimento. I reati previsti dalla L. 10 maggio 1976, n. 319, sulla tutela delle acque dall'inquinamento, dalla L. 13 luglio 1966, n. 615, concernente provvedimenti contro l'inquinamento atmosferico, nonché dalla L. 31 dicembre 1962, n. 1860 e dal D.P.R. 13 febbraio 1964, n. 185, relativi

Con ello se mantiene la doble posibilidad de incriminar conductas de riesgo y de lesión en tanto su Código penal contempla la aplicación de los delitos de lesiones en sustitución de los derogados delitos de contagio venéreo(60), junto con los actualizados y reforzados de epidemia dolosa o imprudente, o como señala Perrota(61), el desafío que supone la recuperación, y desarrollo interpretativo de esas normas de referencia, casi nunca aplicadas en Italia y que, además, podemos añadir, suponen prácticamente una regulación que precisa de continuas remisiones normativas de actualización.

Por otra parte, el Decreto Ley 19 deroga la previsión contenida en el número 3 del artículo 4 del Decreto Ley 6/2020(62) que tipificaba el incumplimiento de las medidas de contención contempladas en dicho decreto remitiendo la pena al artículo 650 del Código Penal italiano, salvo en el caso de que el hecho constituyese un delito más grave. La corta vida de esta «contravvenzione» pudo tener su causa precisamente en la remisión al delito del artículo 650, un delito «baga-

all'impiego pacifico dell'energia nucleare, sono esclusi dalla depenalizzazione ai sensi dell'art. 34 dello stesso provvedimento.

(2). A coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale si applicano le disposizioni del Capo II del Titolo I del Libro I del Codice delle leggi antimafia di cui al D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, ai sensi di quanto disposto dalla lettera d) del comma 1 dell'art. 4 dello stesso D.Lgs. n. 159/2011.

(3). La pena di morte per i delitti previsti dal codice penale è stata abolita dall'art. 1, D.Lgs.Lgt. 10 agosto 1944, n. 224, che ad essa ha sostituito la pena dell'ergastolo.

(60) Vid. el derogado Art. 554 - Contagio di sifilide e di blenorragia

Chiunque, essendo affetto da sifilide e occultando tale suo stato, compie su taluno atti tali da cagionargli il pericolo di contagio, è punito, se il contagio avviene, con la reclusione da uno a tre anni.

Alla stessa pena soggiace chi, essendo affetto da blenorragia e occultando tale suo stato, compie su taluno gli atti preveduti dalla disposizione precedente, se il contagio avviene e da esso deriva una lesione personale gravissima [c.p.p. 31, 235].

In ambedue i casi il colpevole è punito a querela della persona offesa

Se il colpevole ha agito a fine di cagionare il contagio, si applicano le disposizioni degli articoli 583, 584 e 585.

(61) PERROTTA, E., «Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive: la responsabilità individuale da contagio nel sistema di common but differentiated responsibility», en *Rivista italiana di diritto e procedura*. 2020. Vol. 63, n.º1, p. 182.

(62) Decreto-Legge 23 de febrero de 2020, n. 6, convertido, con modificaciones, en Ley L. 5 marzo 2020, n. 13 Art. 3,4: *Salvo che il fatto non costituisca piu' grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto e' punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale.*

tela» que agotaría las energías de las autoridades sin reportar beneficios reales en la contención de las conductas incumplidoras(63).

3.2. El Código penal de 1995

Con el Código penal 1995 desaparece nuevamente la transmisión dolosa de enfermedades de enfermedades graves como delito de la salud pública. Este hecho, junto con la dificultad de la demostración de la relación de causalidad en los contagios masivos, ha venido circunscribiendo la aplicación del tipo penal de lesiones a contagios muy concretos, herederos del tradicional contagio venéreo, que, en forma de transmisión del SIDA, planeó en la mente del legislador(64) y se concretó en la aplicación jurisprudencial de estas realidades(65).

La cuestión no es nueva; Romeo(66) se preguntaba en los albores del milenio, cuando apenas apreciábamos a intuir lo que hoy es una desdichada realidad, «si el nuevo régimen penal establecido por el CP de 1995 es suficiente para hacer frente a las nuevas y en ocasiones muy graves formas de manifestación de atentados contra la salud colectiva (...). Algunos sucesos de especial impacto social (p. ej., los casos de la talidomida, del síndrome tóxico del aceite de colza, del SIDA transmitido a través de la sangre u otros componentes biológicos humanos y, más recientemente, el de la encefalopatía espongiiforme bovina –EEB–, que en el ser humano se manifiesta como la enfermedad de Kreutzfeld-Jakob), por haberse visto afectados grupos numerosos de la población, en ocasiones, plantearon serias difi-

(63) *Vid.* ampliamente en GATTA, G.L., «Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19». *Sistema penale*, 26 de marzo de 2020. En <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/decreto-legge-19-del-2020-covid-19-coronavirus-sanzioni-illecito-amministrativo-reato-inosservanza-misure> Recuperado el 2 de febrero de 2021.

(64) ARROYO ZAPATERO, L., *op. cit.*, (1996).

(65) Sobre el análisis de esa aplicación jurisprudencial y su posible traslación a los casos de contagio por COVID-19 *vid.* MUÑOZ CUESTA, F. J., «Delito de lesiones por contagio de VIH y COVID-19», *Revista Aranzadi Doctrinal* num.6/2020. Ed. Aranzadi, *passim*. No me resulta satisfactorio su planteamiento por cuanto infiere de una relación de acciones del sujeto, causalidad y ánimo en la misma categoría, quizá debido a la fecha de publicación del trabajo y la falta de certezas en los primeros momentos de la pandemia sobre las vías de transmisión del virus.

(66) ROMEO CASABONA, C., «Los delitos contra la salud pública ¿ofrecen una protección adecuada de los consumidores?», en ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Dirs.): *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: «in memoriam»*, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2002, pp. 624 y 625.

cultades de tipicidad, de causalidad (ante la imposibilidad de contar la evidencia científica que acreditara el vínculo causal, aspecto éste cada vez más frecuente)(67) e incluso la cuestionable idoneidad de la respuesta punitiva».

Lo que ha supuesto el Código penal de 1995 ha sido la destipificación del delito de transmisión de enfermedades contagiosas, configurado, como debería haber sido hecho, como un delito «de peligro concreto (...) sancionador de conductas que supongan la ampliación de la *probabilidad de contagio* de enfermedades, sin que se hayan contagiado realmente»(68).

Posiblemente la desaparición del delito se deba, como señala Romeo(69), a «la impresión de la virtual inaplicabilidad de este precepto, dada su rígida estructura típica, así como las propias dificultades que generaba su interpretación, en algunos casos excesivamente restrictiva, así como su comprobada falta de aplicación, conducían a la conclusión de que debía desaparecer del CP, criterio que era no solo compartido por la doctrina de forma unánime, sino también por el propio (pre-)legislador, pues ya previeron su supresión el Proyecto de CP de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de nuevo CP de 1983. Como quedó dicho, esta decisión ha sido asumida por fin por el legislador de 1995». Dicho de otra manera, el tipo desapareció porque pocos podían imaginar un escenario tan dramático como el actual, en el que este tipo de enfermedades parecían propias de otros tiempos o de otros lugares y la sensación de sentirnos a salvo convirtió a este delito en prescindible.

La necesidad de una norma que permita la inclusión de las conductas generadoras de riesgo, aunque no vayan asociadas a un resultado concreto, se desprende del contenido del Auto del Tribunal Supremo 11985/2020, de 18 de diciembre de 2020 cuando señala que «La Sala está encadenada al principio de legalidad. Las exigencias de *lex certa* derivadas de la regla de taxatividad que ha de inspirar la descripción de los tipos penales y su consecuente aplicación, cierran cualquier posibilidad de persecución de unos hechos que, por más que

(67) Vid. MARZANO, M. G., «Brevi note sulla prova della causalità nel contagio da Covid-19», en *Cassazione penale*. N.º 9, 2020, pp. 3106-3116; SÁNCHEZ GÓMEZ, R., «El enjuiciamiento de la transmisión deliberada de enfermedades infectocontagiosas (COVID-19)», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 59, 2020, pp. 190 y ss.

(68) BOIX REIG, J., «Consideraciones críticas sobre el artículo 348 bis del Código penal (Propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas)», en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Colección de estudios. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia, 1977, p. 111.

(69) ROMEO CASABONA, C., *cit.*, pp. 628.

su realidad pudiera quedar acreditada en fase de investigación, carecen de relevancia penal»(70). Esta cuestión no solo afecta a la responsabilidad por acción (u omisión) de las autoridades gubernativas, que vendrá determinada por la existencia o no de una relación de causalidad probada entre aquella y los resultados (muerte, lesiones, daños) que se les atribuyen(71); afecta también a las que se derivan del riesgo en sí mismo considerado, del concreto peligro al que están siendo sometidos otros sujetos, con independencia de cual sea, particular, profesional o responsable administrativo o político, quien realice la conducta de riesgo.

No se trata de buscar el fundamento a posibles delitos cometidos por las autoridades cuando dictan resoluciones que pueden calificarse como prevaricación, en una huida hacia adelante ante la incapacidad gestora. Para eso ya existen los recursos en nuestro Código y suficiente tradición en la aplicación de nuestros tribunales para depurar si se da o no el hecho que pueda fundamentar la existencia o no de delito.

(70) Auto del Tribunal Supremo 11985/2020, de 18 de diciembre de 2020, p. 26.

(71) Auto del Tribunal Supremo 11985/2020, de 18 de diciembre de 2020, *passim*.

«El punto de partida no es controvertido. Las autoridades gubernativas –ya sean de la Administración Central, ya de la Administración Autonómica– tienen el inexcusable deber de evitar la propagación del virus. Conforme a la estructura jurídico-administrativa que delimita sus respectivos campos de actuación, han de adoptar las medidas requeridas para preservar a los ciudadanos del riesgo de muerte o de padecer graves secuelas como consecuencia de la enfermedad. Ese deber es algo más que un deber testimonial. Tiene dimensión jurídica. Se deriva de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, de la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, actualizada por el Real Decreto-Ley 6/2020, de 11 de marzo y del Real Decreto 463/2020, 14 de marzo, que acordó el estado de alarma.

Es cierto que, por la propia naturaleza del virus que está en el origen de la pandemia, el riesgo de contagio preexistía a cualquier decisión gubernamental. Pero también lo es que la intensificación de ese riesgo, cuando se vincula a acciones u omisiones político-administrativas, puede generar una responsabilidad jurídica, cuya determinación dependerá de un segundo nivel de análisis. No basta, pues, con afirmar que un daño es antijurídico para precipitar la apertura de un proceso penal. Para ello es necesario algo más.

(...) la ausencia en el Código Penal de un delito de riesgo que sancione la intencionada o negligente ocultación de la información científica precisa para conocer y paliar los efectos de una pandemia, generando así un grave riesgo para las personas, impide abrir un proceso penal para la investigación de una conducta que ya de antemano sabemos que es atípica. Los delitos contra la seguridad colectiva –título XVII del libro II del CP– y de riesgo catastrófico –capítulo I, arts. 341 a 350– incluyen graves sanciones para conductas dolosas e imprudentes relacionadas con la liberación de energía nuclear y radiaciones ionizantes. También para los daños provocados por materiales explosivos, inflamables o sustancias corrosivas, tóxicas y asfixiantes. Pero no incorporan en la descripción de las conductas punibles las acciones u omisiones que los querellantes y denunciadores atribuyen al Gobierno o a otros responsables políticos».

Tampoco es necesario añadir más sobre la posible responsabilidad por imprudencia del personal sanitario, y su aplicabilidad a la crisis sanitaria que vivimos, que tiene amplia trayectoria jurisprudencial y que excluye dicha responsabilidad en algunos supuestos que nos recuerdan mucho a los que se están viviendo en nuestros hospitales y centros de salud, tanto en los casos de falta de especialización y medios, como por falta de competencia organizativa de los recursos, e incluso por la ausencia o sucesivos cambios en los protocolos que constituyen la *lex artis* que rige su actividad(72).

De lo que se trata es de ver si es suficiente el mecanismo del delito de lesiones, con todo el acervo de su aplicación para la transmisión de algunas enfermedades, como el SIDA, que por su propia etiología son de contagio por un contacto más directo y estrecho, que permite conocer el hecho y establecer la causalidad, al menos indiciariamente, de una forma más concreta. Las mismas vías de transmisión de la enfermedad que estigmatizaron durante tanto tiempo a los portadores del virus, condenándoles al lazareto social, son el mejor mecanismo de prueba para la imputación de los resultados que se derivasen de dicho contagio, así como del dolo o la imprudencia con la que fue realizada la acción o la omisión que provocó el mismo. Y la opción del legislador ha sido por la exigencia de un resultado para la tipicidad de las conductas que crean estos riesgos para la salud(73). Dicho de otra manera, parece que en España la solución a los problemas que plantea la transmisión de enfermedades contagiosas pasa por adecuar la conducta típica al delito de lesiones o, en su caso, al de homicidio. La otra alternativa, sobre la que se pronunciaron en un primer momento nuestros juzgados(74) con desigual fortuna, es la del delito de desobediencia.

Ahora estamos ante una gravísima situación de pandemia provocada por el COVID-19. Y estamos ante una enfermedad en la que el contagio se realiza, al menos en la teoría vigente (hasta que nos digan otra cosa), a través de aerosoles. No hay trazabilidad generalizada de la transmisión de la enfermedad. Los recursos materiales y personales al servicio de la contención de la epidemia se están viendo claramente desbordados. En este escenario, ¿hay alguien capaz de determinar esa relación de causalidad necesaria para castigar por lesiones? Y sin esa

(72) MERCHÁN GONZÁLEZ, A., «Posibles consecuencias penales de la praxis médica durante el estado de alarma: los delitos imprudentes del profesional sanitario», en La Ley Penal, n.º 9738, de 18 de noviembre de 2020, *passim*.

(73) Una de las últimas e importantes sentencias que nos los recuerdan fuera dictada precisamente el día 11 de marzo de 2020, STS 806/2020.

(74) LARRAYOZ SOLA, I., «Primeras resoluciones penales tras la declaración del Estado de Alarma por el COVID-19». *Aranzadi digital* num.1/2020. Ed. Aranzadi.

causalidad no hay posibilidad de aplicar el delito de lesiones o el de homicidio. De las muchas causas abiertas por acciones y omisiones imprudentes en relación con estos resultados lesivos, así como por la comisión de otros delitos durante la primera oleada de la epidemia en España, la respuesta penal es incierta.

No es equiparable tampoco, en cuanto al riesgo aceptable, con una epidemia de sarampión o de gripe(75), aunque sean enfermedades susceptibles de causar la muerte o graves lesiones. Y no es comparable con los efectos que, no hace muchos años se vislumbraron(76) sobre lo que un contagio masivo del virus del ébola podría suponer, por poner un ejemplo aún más aterrador, si cabe. Este riesgo aceptable ha visto modificados sus parámetros.

Cómo responder frente a que, sabiendo que está contagiado, no cumple la instrucción del aislamiento y no guarda, además, las concretas medidas de seguridad, tales como uso adecuado de mascarilla y gel hidroalcohólico, por ejemplo. ¿Es suficiente la infracción administrativa, aunque de esa conducta se derive un peligro concreto para la vida o la salud de muchos? Porque en una situación de contagio comunitario, cómo determinar que ha sido esa y no otra la fuente de dicho contagio. Desde luego, no con la actual legislación, que es capaz de resolver adecuadamente los riesgos epidémicos del tiempo en que se aprobó el Código penal, en las postrimerías del siglo XX.

Quizá porque la comparación se está realizando a partir de la tradicional vinculación de la transmisión de enfermedades con el contagio venéreo en su versión clásica o moderna, en lugar de hacerlo con otros tipos penales que tampoco son de aplicación sin violentar el principio de taxatividad. Me refiero a otros delitos contra la salud pública, el medio ambiente o incluso los delitos de riesgo catastrófico, que harían inaplicable, incluso como delito de terrorismo(77), la conducta de una posible guerra bacteriológica, como la de infectarse

(75) Aunque se trata de un debate clásico, por directamente aplicado al COVID-19, *vid.* BARDAVIO ANTÓN, C., «Imputación de resultados lesivos y muerte por contagio de covid-19: ¿modificación de la tolerancia del riesgo?», en *La Ley Penal* n.º 144, mayo-junio 2020: Delitos en tiempo de emergencia sanitaria, *passim*.

(76) RODRIGUEZ FERRÁNDEZ, S., «Responsabilidad penal y contagio de ébola. Reflexiones desde la doctrina de la imputación», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 16-17, 2014. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc> Recuperado el 9 de septiembre de 2020.

(77) El artículo 573 CP dispone que «1. Se considerará delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de

deliberadamente con un patógeno transmisible y capaz de causar una catástrofe hasta ahora solo imaginada en la literatura o el cine, por cuanto no está contemplado como delito contra la salud pública el contagio, imprudente o deliberado, de una enfermedad.

Considero que los tipos actuales no sirven para castigar conductas de contagio(78) cuando no es posible probar la imputación del riesgo en el resultado. Ni siquiera sería fácil determinar la ya de por sí difusa frontera entre el dolo eventual y la culpa consciente(79), cuando estamos ante prohibiciones de carácter general o restricciones concretas por razón de la enfermedad, en casos de mera sospecha o de portadores confirmados de virus, ante escenarios de contagio probable en un determinado entorno y de contagio comunitario, con múltiples posibles fuentes de infección.

Por eso creo necesario tipificar las conductas de peligro concreto de contagio, equivalentes a aquellas de peligro concreto ya existentes que no son aplicables en virtud del principio de taxatividad. Creo que el nuevo escenario no puede resolverse con los mismos recursos penales que hace tan pocos años dieron la respuesta más eficaz y mejor desde el punto de vista técnico jurídico.

Coincido con Boix(80) que, en su lúcida anticipación, establecía la necesidad de un tipo penal que debería incluir «todas aquellas conductas que supusieran un quebranto de la normativa sanitaria (...) existente en relación con estas enfermedades transmisibles y que hagan referencia a exigencias de notificación de las mismas, cautelas, etcétera...». Una tipificación, además, que incluyera solamente los contagios de enfermedades muy graves, con un importante potencial mortífero y que pongan en grave peligro no solo la salud individual, sino la salud pública. Con ello se respetaría el tan reclamado principio de intervención mínima del Derecho penal y evitaríamos la tentación del frecuentemente invocado populismo punitivo.

Que ese tipo penal se encuentre en el Código penal, entre los delitos contra la salud pública, es una posibilidad técnicamente impecable. Que se limite más con su inclusión, como proponía Groizard(81), a

aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades...».

(78) En contra, ESCANILLA, M., «Sobre la intervención del Derecho Penal en la transmisión de enfermedades contagiosas», *Diario La Ley*, n.º 9622, de 28 de abril de 2020, Editorial Wolters Kluwer, *passim*.

(79) CANESTRARI, S., «La estructura del *dolus eventualis*. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo». *Revista de derecho penal y criminología*, 2.ª época, n.º 13 (2004), pp. 81-133.

(80) BOIX REIG, J., *op. cit.*, pp. 111 y 112.

(81) GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *op. cit.*, T. IV, pp. 30 y 31.

través de una ley especial, una opción. En España tenemos la posibilidad a través de una necesaria reforma de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, pero también a través de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Ambas han sido capaces, con limitaciones, de dar respuestas, pero con una relajada aplicación del principio de legalidad, algo que no debería volver a suceder. Porque peor que la creación de un nuevo tipo penal es la proscrita distorsión del existente.

Parafraseando a Arroyo(82), «si la función del Derecho penal se justificara y fundamentara tan solo en el hacer justicia, en dar a cada cual lo que se merece, podría aceptarse la incriminación de conductas como las mencionadas. Pero para que sea legítima una incriminación tiene que ser, además de justa, útil a la sociedad, lo que en el caso que nos ocupa quiere decir que debe ser útil a la política general de contención de la extensión del COVID-19, que persigue reducir el número y clase de conductas apropiadas a producir contagio y el número de nuevos infectados». Y ante esta reflexión, la respuesta afirmativa me resulta obvia.

(82) ARROYO ZAPATERO, L., *op. cit.*, (1996), p. 2015.

Los persistentes problemas de la investigación criminológica en España en el ámbito de la delincuencia juvenil. Un análisis a partir de las estadísticas policiales (1)

MIGUEL ÁNGEL CANO PAÑOS

Profesor Titular de Derecho Penal y Criminología
Universidad de Granada (2)

RESUMEN

Cuando se pretende llevar a cabo un estudio criminológico sobre la incidencia, evolución y estructura de la delincuencia, las cifras oficiales de delitos registrados en sede policial deberían constituir la más exhaustiva y regular fuente de información. Sin embargo, en lo que respecta a la situación española, los datos que actualmente se publican en el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior siguen mostrando unas deficiencias alarmantes. Ello se observa, por ejemplo, en el contexto de la delincuencia juvenil; ámbito en el que se echan en falta datos relevantes sobre la distribución etaria de las infracciones registradas, el origen de los presuntos infractores o la incidencia de determinadas tipologías delictivas como son los delitos sexuales o la violencia filio-parental. Por ello, el objeto del presente trabajo es denunciar dichas deficiencias que presentan las estadísticas policiales, que actualmente siguen impi-

(1) Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación «NEXO. Criminología, evidencias empíricas y política criminal. Sobre la incorporación de datos científicos para la toma de decisiones en relación con la criminalización de conductas». Universidad Miguel Hernández de Elche. Investigador principal: Fernando Miró Llinares. Referencia DER2017-86204-R.

(2) Quisiera agradecer a María Isabel Garzón Nofuentes y Oriol García Martínez, alumnos de 4.º Curso del Grado en Criminología en la Universidad de Granada, su inestimable ayuda a la hora de confeccionar las tablas y gráficos que aparecen en el presente trabajo.

diendo en España cualquier investigación criminológica que presuma de ser seria y rigurosa.

Palabras clave: estadísticas de delincuencia, delincuencia juvenil, Anuario Estadístico, menores infractores, delincuencia de extranjeros.

ABSTRACT

When one is intended to carry out a criminological study on the incidence, evolution and structure of crime, the official figures of crimes registered in the police statistics should constitute the most exhaustive and regular source of information. However, with regard to the Spanish situation, the data currently published in the Statistical Yearbook of the Home Office still shows alarming deficiencies. This is observed, for example, in the context of juvenile delinquency; area in which relevant data is lacking on the age distribution of the registered offenses, the origin of the alleged offenders or the incidence of certain criminal typologies such as sexual crimes or child-to-parental violence. For this reason, the aim of this paper is to denounce these deficiencies presented by Spanish police statistics, which currently continue to prevent in Spain any criminological investigation that presumes to be serious and rigorous.

Keywords: crime statistics, juvenile delinquency, Statistical Yearbook, juvenile offenders, delinquency of foreigners.

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Las estadísticas policiales en España. Validez y fiabilidad.–3. Evolución de la delincuencia juvenil en España a partir de los datos oficiales.–4. Problemas que presentan las estadísticas oficiales. 4.1 Inexistencia de una estadística nacional sobre la delincuencia juvenil. 4.2 Escasez de datos sobre la distribución etaria de la delincuencia juvenil. 4.3 Insuficiencia de datos sobre menores infractores extranjeros; 4.4 Datos deficientes con respecto a determinadas categorías delictivas (delitos sexuales, malos tratos en el ámbito familiar).–5. Un espejo en el que mirarse: la delincuencia juvenil en Alemania a partir de los datos oficiales. 5.1 Evolución de la delincuencia juvenil en Alemania. 5.2 Aspectos destacables de las estadísticas oficiales alemanas en relación a la delincuencia juvenil.–6. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de delincuencia y de su análisis, en general, existen dos verdades que resultan irrefutables. La primera de ellas es la que establece la estrecha conexión entre la Criminología, el Derecho

penal y la Política criminal como las tres «patas del taburete» sobre las que se sustenta el fenómeno delictivo y la reacción al mismo. La Criminología, como ciencia empírica, estudia fundamentalmente el delito, el delincuente, la víctima y el control social de la delincuencia. Por su parte, el Derecho penal, como ciencia normativa, establece tanto los principios de la normativa penal como las conductas delictivas susceptibles de reproche jurídico. Por último, la Política criminal se sitúa a medio camino entre las dos ciencias anteriores. Efectivamente, si bien esta se basa en unos principios fundados en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, al mismo tiempo está dirigida a la valoración y crítica del Derecho penal vigente y a la proposición de futuros contenidos para una mejor respuesta al delito.

La segunda verdad irrefutable es que, en cualquier país que *presuma* de ser democrático, existe una interacción permanente –a la vez que inevitable– entre los medios de comunicación, la opinión pública y el discurso político en el sentido siguiente: La presentación que, llegado el caso, los *mass media* realizan de la criminalidad, colocándola como una realidad dramática y amenazante, despliega un desasosiego y temor en el seno de la población, consumidora de esos contenidos mediáticos; desasosiego y temor que traslada a los órganos de decisión política quienes, para seguir gozando del respaldo de la ciudadanía en forma de votos, se ven en la tesitura de crear nuevas estrategias para hacer frente al fenómeno de la delincuencia, bien sea mediante la creación de respuestas de carácter eminentemente represivo, bien sea mediante la modificación (endurecimiento) de las ya existentes. Este proceso, este triángulo compuesto también por tres vértices interconectados y que, a su vez, se retroalimentan entre sí, dio en su día origen a la creación de un concepto en el ámbito de la Criminología: el «círculo de reforzamiento político-periodístico», acuñado a finales de la década de 1970 por Scheerer, y que, cuarenta años más tarde, sigue gozando de plena actualidad(3).

Pues bien, en las dos verdades irrefutables que se acaban de describir en los párrafos anteriores hay un elemento de unión que, en principio, debería constituir la base empírica y científica que sirviese a la vez de guía a todos los demás elementos a los que se ha hecho mención. Se trata de las estadísticas policiales. Como se sabe, las mismas contienen (o deberían contener) no solo el número de delitos

(3) SCHEERER, S., «Der politisch-publizistische Verstärkerkreislauf. Zur Beeinflussung der Massenmedien im Prozeß strafrechtlicher Normgenese», *Kriminologisches Journal*, núm. 10, 1978, pp. 223-227 (existe una traducción del texto al español publicada en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, núm. 8, 2012, pp. 403-410).

conocidos anualmente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FFCCSS), fruto tanto de su investigación como de las denuncias presentadas por la ciudadanía, sino también la incidencia de las distintas conductas delictivas, así como aspectos relacionados con las personas detenidas o investigadas. De entre todas las estadísticas que reflejan la criminalidad en una determinada sociedad, son las estadísticas policiales las que se encuentran más cerca del fenómeno delictivo concebido como conducta humana. Pues bien, esta «foto fija» de la delincuencia debería constituir la base de actuación y discusión para la Criminología, el Derecho Penal, la Política Criminal, los medios de comunicación, la ciudadanía y los órganos de decisión política. Sin embargo, y como se analizará en el epígrafe siguiente, el estado actual de las estadísticas sobre el delito en España, si no lamentable, se acerca mucho a ello(4).

En el contexto descrito, el objetivo del presente trabajo es poner de manifiesto, con datos fehacientes, la actual inoperatividad de las estadísticas policiales existentes en España a la hora de analizar la delincuencia juvenil, su evolución y sus características(5). Ello se antoja crucial debido a que no pocas asunciones imperantes tanto en la población en general como en el concreto caso del legislador penal español, con respecto a la delincuencia llevada a cabo por menores de edad,(6) carecen del necesario respaldo empírico que las sustenten. Esto es algo que puede confirmarse plenamente a partir de la formulación de las siguientes preguntas: (1) ¿Presenta la delincuencia cometida por menores de 14 años, en términos tanto cuantitativos como cualitativos, la suficiente gravedad como para reclamar una disminución de la edad de responsabilidad penal?; (2) ¿Es más elevada la

(4) SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción a la Criminología*, 4.ª Ed., Madrid, 2005, p. 145.

(5) Algo que, en este concreto ámbito, viene denunciando la doctrina desde hace tiempo. Véase, a modo de ejemplo: CÁMARA ARROYO, S., «Delincuencia juvenil femenina: apuntes criminológicos para su estudio en España», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXVI, 2013, pp. 297-299; MONTERO HERNANZ, T., «La justicia juvenil en España en datos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, núm. 8, 2012, p. 537.

(6) Al igual que ocurre con la delincuencia adulta, la delincuencia juvenil es tanto masculina como femenina. Existen incluso algunas tipologías delictivas, como es el caso del *bullying* o la violencia filio-parental, en las cuales el porcentaje de menores de edad de sexo femenino resulta especialmente alto. Teniendo en cuenta estas consideraciones, en el presente trabajo, y con el fin de evitar la sobrecarga gráfica que supondría utilizar la constante terminación en «o/a» para una marcada existencia de ambos sexos, se ha optado por emplear el masculino genérico clásico, dejando claro que todas las menciones en tal género representan siempre a hombres y mujeres.

incidencia delictiva en la franja de edad situada entre los 14 y 15 años, que la comprendida entre los 16 y 17? ; (3) ¿Resultó en su momento acertada la decisión de no aplicar el Derecho penal juvenil a los denominados jóvenes semi-adultos de entre 18 y 20 años, debido al volumen y gravedad de los delitos cometidos por esta concreta franja de edad?; (4) ¿Los menores de edad de nacionalidad extranjera presentan unas tasas más altas de criminalidad que los menores autóctonos, en las distintas edades comprendidas entre los 14 y 17 años?; (5) ¿Delinquen más los menores extranjeros en función del país de origen?; (6) ¿Es cierto que en las últimas fechas han aumentado de forma preocupante los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, así como los delitos ubicables dentro de la denominada violencia filio-parental, en el contexto de los menores de edad? Aunque en los próximos epígrafes se intentará dar respuesta a estas cuestiones planteadas, basta apuntar aquí que, en la actualidad, los datos contenidos en las estadísticas policiales que se publican en España no permiten, a partir de un análisis científico-estadístico, contestar a las cuestiones planteadas con un mínimo rigor científico.

La base empírica fundamental de este trabajo va a venir constituida por los datos que anualmente publica el Ministerio del Interior en su Anuario Estadístico. No obstante, y precisamente para denunciar las debilidades que presenta dicho Anuario,(7) se van a utilizar también tanto las estadísticas que publica la Fiscalía General del Estado en su Memoria anual, como las estadísticas judiciales que aparecen recogidas en el Instituto Nacional de Estadística. Además, y para denunciar las debilidades que muestran las estadísticas policiales españolas, en este trabajo se van a presentar los datos que, con respecto a la delincuencia juvenil, publica todos los años en Alemania la Oficina Federal de Policía Criminal (*Bundeskriminalamt*) en su conocida *Polizeiliche Kriminalstatistik*. Quizá el confrontar la realidad empírica española, en relación a sus estadísticas policiales, con otra realidad de un país del ámbito cultural europeo, pueda servir, por fin, para que el legislador español se decida a realizar las modificaciones necesarias de cara a evitar esta situación diríase que tercermundista. Otra cosa es que el ejecutivo español esté dispuesto —o bien le convenga— facilitar datos más exactos sobre la situación de la delincuencia en España.

(7) Conviene aquí dejar bien claro que este estudio no tiene como objetivo criticar la importante labor que realizan las fuerzas policiales españolas en las tareas de prevención y persecución del delito, ni tampoco el trabajo de los órganos adscritos al Ministerio del Interior en lo concerniente a la recopilación de los datos aportados por la policía. La crítica se dirige más bien hacia un ámbito de marcado carácter institucional y de toma de decisiones.

Aspecto este último que, a pesar de su importancia, no va a ser analizado en el siguiente trabajo.

Hace ahora justo 20 años, se publicó en España un libro que portaba un esclarecedor título: *Los problemas de la investigación empírica en criminología: La situación española*, elaborado por la Sección de Málaga del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología.⁽⁸⁾ En el mismo se denunciaban los problemas que, ya por aquel entonces, presentaban las estadísticas policiales que se publicaban en España, reclamando asimismo la necesidad de dotar tanto a los investigadores como a la ciudadanía en general de una base de datos amplia y exhaustiva sobre la delincuencia. Pues bien, tal y como se podrá comprobar en los sucesivos epígrafes, 20 años después de la publicación de dicho libro, la problemática que en el mismo se planteaba dista mucho de estar resuelta.

2. LAS ESTADÍSTICAS POLICIALES EN ESPAÑA. VALIDEZ Y FIABILIDAD

Es indudable que cualquier intento científico de conocer la realidad criminológica de un determinado país hace necesario acudir, como fuente de información primaria, a los datos oficiales sobre el registro de delitos y delincuentes, dado que las conductas delictivas son descubiertas, bien directamente por las fuerzas policiales, bien tras la correspondiente denuncia presentada por parte de la ciudadanía. Junto a las estadísticas policiales, resultan también de interés las estadísticas judiciales, las cuales recogen los procedimientos incoados durante un determinado lapso temporal, señalando también aquellos que concluyen con una sentencia condenatoria. Una última fuente de información sobre la realidad criminológica viene constituida por las estadísticas penitenciarias.

En el concreto caso de la delincuencia juvenil, junto a las estadísticas policiales conviene destacar también las que publica el Ministerio Fiscal, ya que cabe recordar que, en el sistema de justicia juvenil, el fiscal de menores es el órgano encargado de incoar el correspondiente procedimiento, siendo también el que lleva a cabo la investigación. Dignas de mención son también las estadísticas judiciales, donde se recoge el número de condenas impuestas a menores de edad en un

(8) DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Los problemas de la investigación empírica en criminología: La situación española*, Valencia, 2001.

determinado lapso temporal, junto con la clase de medida impuesta(9). Mientras que en las estadísticas judiciales y en las del Ministerio Fiscal se habla de datos por hecho delictivo, los datos de la Policía son datos por sujeto. Con todo, es indudable que, entre todas las estadísticas mencionadas, son las policiales las que tienen un mayor peso cuando se trata de analizar la delincuencia, ya que son las que se encuentran espacio-temporalmente más cerca de la mencionada realidad criminal. Los datos que figuran en las estadísticas policiales son los primeros que se recogen, por lo que están menos contaminados, no han sido manipulados, todavía, por las personas que integran las diferentes instancias por las que pasa el delito, por lo que no contienen sesgos(10). Esto hace que, dentro de la investigación criminológica, las estadísticas policiales gocen en principio de mayor fiabilidad frente a las judiciales y las del Ministerio Fiscal(11). En el caso de España, las estadísticas policiales son publicadas en el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior (AEMI), el cual va a constituir el instrumento central de análisis en el presente trabajo.

Tal y como acertadamente señala Serrano Tárrega, «las estadísticas sobre la criminalidad tienen una gran importancia para la Criminología, el Derecho penal y la Política criminal, porque conocer el volumen de la delincuencia es útil y necesario para diseñar una adecuada política criminal que pueda cumplir con su objetivo, el control de la criminalidad, así como adoptar las medidas necesarias para la prevención de la criminalidad y para evitar la reincidencia»(12).

Sin embargo, las estadísticas oficiales solo proporcionan información sobre la delincuencia que llega a conocimiento del sistema de justicia penal, es decir, a los órganos de control social formal, no pudiendo por tanto reflejar todos los delitos que, o bien no son objeto de denuncia o investigación, o bien ni tan siquiera son percibidos como tales por parte de la víctima. Esto es lo que se conoce como la

(9) Al respecto es necesario indicar que el Instituto Nacional de Estadística (INE), tras haber firmado convenios con el Consejo General del Poder judicial y con el Ministerio de Justicia, publica información completa sobre las estadísticas de condenados y de menores, lo que hace mediante un formato que permite tener acceso directo a las matrices de los datos. Un estudio pormenorizado de la evolución de la delincuencia juvenil en España entre 2007 y 2010, a partir de los datos publicados en el INE, puede consultarse en: MONTERO HERNANZ, *op. cit.*, pp. 542 y ss.

(10) SERRANO TÁRRAGA, M. D., «La medición del delito y la importancia de sus aportaciones para la Criminología contemporánea», *Revista de Derecho UNED*, núm. 20, 2017, p. 135.

(11) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI», *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 1, núm. 4, 2006, p. 2.

(12) SERRANO TÁRRAGA, *op. cit.*, p. 130.

«cifra negra» de la delincuencia. Además, las estadísticas oficiales presentan numerosos problemas de validez y fiabilidad(13). De fiabilidad por sus errores metodológicos; de validez, porque no miden exactamente la «delincuencia» sino otra cosa, a saber, las actuaciones de las distintas instituciones; ya incluso de la ciudadanía.

Por consiguiente, si bien las estadísticas policiales son de un valor considerable para el estudio de la delincuencia infantil y juvenil, desde hace tiempo se reconoce que las mismas se ven afectadas y distorsionadas por una serie de factores, entre los que cabe destacar los siguientes: (1) Las variaciones en el registro de conductas; (2) las políticas de mantenimiento del orden (por ejemplo, en la selección de determinados grupos de «sospechosos» o a la hora de perseguir con más celo determinadas conductas delictivas en una coyuntura político-social concreta); (3) la conducta de las víctimas en lo referido a denunciar con mayor o menor asiduidad determinados comportamientos delictivos(14). En el concreto caso del AEMI, las limitaciones de las estadísticas policiales allí contenidas han sido señaladas y denunciadas en diferentes ocasiones y por variados autores(15), llegándose incluso a afirmar que las estadísticas policiales españolas no parecen propias de un país desarrollado(16). Hace justo diez años, Serrano Gómez ya puso de manifiesto la necesidad de hacer una gran reestructuración de las estadísticas policiales(17). Algo que, desgraciadamente, sigue sin suceder bien entrados ya en el año 2021.

Por otra parte, quizá no esté de más añadir que algunos organismos con responsabilidad sobre las estadísticas parecen mostrar ciertas

(13) FERNÁNDEZ MOLINA, E., «Datos oficiales de la delincuencia juvenil: valorando el resultado del proceso de producción de datos de la Fiscalía de menores», *InDret*, núm. 2, 2013, p. 4; GARCÍA ESPAÑA, E. y PÉREZ JIMÉNEZ, F., *Evolución de la delincuencia en España y Andalucía: Análisis e interpretación de las estadísticas oficiales*, Málaga, 2004, p. 13; SERRANO TÁRRAGA, *op. cit.*, p. 132.

(14) «Las denuncias por delitos sexuales aumentan un 50 % respecto a 2015», diario *La Vanguardia*, edición *online* de 5 de marzo de 2020. Disponible en Internet: <https://www.lavanguardia.com/vida/20200305/473975607461/las-denuncias-por-delitos-sexuales-aumentan-un-50-respecto-a-2015.html> (último acceso: 11 de abril de 2021). Véase, además: ABADÍAS SELMA, A., *Delincuencia juvenil. Temas para su estudio*, 1.ª Ed., A Coruña, 2021, p. 133; AEBI, M. y LINDE, A., «El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-07, 2010, p. 2; FERNÁNDEZ MOLINA, *op. cit.*, p. 4; SERRANO MAÍLLO, *op. cit.*, pp. 148 y ss.

(15) Véase, por todos: AEBI/LINDE, *op. cit.*, p. 5.

(16) *Ibid.*, p. 27; SERRANO MAÍLLO, *op. cit.*, p. 145.

(17) SERRANO GÓMEZ, A., «Dudosa fiabilidad de las estadísticas policiales sobre criminalidad en España», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, núm. 6, 2011, p. 425.

reticencias cuando se trata de poner a disposición de la ciencia los necesarios datos empíricos de cara a realizar una investigación sobre las cifras reales de la delincuencia. Es, además, harto probable que esas reticencias se propaguen también sobre los propios investigadores; esto es, que aquellos temen que dichos datos estadísticos puedan ser utilizados por estos de manera partidista e incluso abiertamente política para evaluar y criticar sus actividades(18). Ello ha dado lugar incluso a que, desde la Criminología, se haya denunciado abiertamente «el secretismo de Interior sobre criminalidad»(19).

3. EVOLUCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL EN ESPAÑA A PARTIR DE LOS DATOS OFICIALES

Los datos que a continuación se reproducen proceden del análisis de los distintos anuarios publicados actualmente por el Ministerio del Interior, a los que se puede tener acceso libre a través de Internet(20).

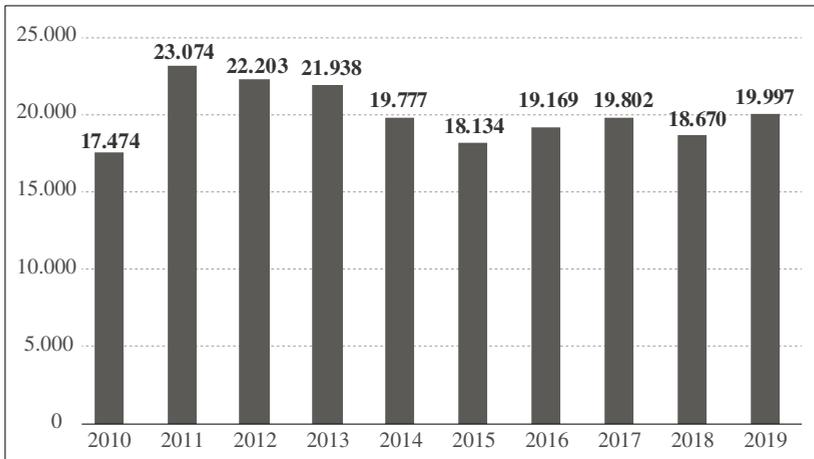
De la evolución de la delincuencia juvenil en España, desde el año 2010, puede observarse cómo el pico de detenidos e investigados menores de edad (de entre 14 y 17 años) se alcanzó en el año 2011, con un total de 23.074 (*Gráfico 1*). En los dos años siguientes, la cifra se mantuvo en torno a las 22.000 detenciones, para a continuación ir descendiendo hasta alcanzar la cifra de 18.134 en el año 2015. En los últimos años, las cifras se han mantenido constantes, sin superar en ningún caso la barrera de los 20.000 detenidos (2017: 19.802, 2018: 18.670, 2019: 19.997), si bien en el año 2019 hay que certificar un ligero repunte en la cifra de detenidos menores de edad.

(18) SERRANO MAÍLLO, *op. cit.*, p. 146.

(19) «Investigadores y académicos denuncian el secretismo de Interior sobre criminalidad», diario *El Imparcial*, edición *online* de 23 de marzo de 2010. Disponible en Internet: <https://www.elimparcial.es/noticia/59836/nacional/investigadores-y-academicos-denuncian-el-secretismo-de-interior-sobre-criminalidad.html> (último acceso: 12 de abril de 2021).

(20) <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/anuario-estadistico-de-2018> (último acceso: 21 de abril de 2021).

Gráfico 1. Evolución de la delincuencia juvenil en España (2010-2019)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del AEMI

Estos datos son en principio útiles de cara a realizar un estudio sobre la evolución de la delincuencia juvenil en España. Estudio que sin duda permite destruir el mito del aumento desenfrenado de los delitos cometidos por menores de edad, como así lo considera un importante sector de la población española, respaldada o aleccionada por los *mass media*. No obstante, como se verá a continuación, estos datos presentan una serie de deficiencias importantes, tanto en lo relativo a la propia recogida de datos, como con respecto a la edad de los presuntos victimarios y las conductas delictivas por ellos realizadas.

4. PROBLEMAS QUE PRESENTAN LAS ESTADÍSTICAS OFICIALES

4.1. Inexistencia de una estadística nacional sobre la delincuencia juvenil

Los datos estadísticos que publica el AEMI se refieren a la «cifra de detenciones e investigados». Sin embargo, estos datos publicados anualmente pertenecen a todos los cuerpos policiales que actúan en el Estado español, excepto los *Mossos d'Esquadra*, policía autónoma desplegada en Cataluña, una comunidad con

una población de 7.780.479 habitantes, a 1 de enero de 2020(21). A esta circunstancia se añade otra, y es que la *Ertzaintza* (policía autonómica desplegada en el País Vasco) no desglosa los datos correspondientes a las detenciones por homicidios dolosos y asesinatos consumados(22). En consecuencia, al contrario de lo que sucede en otros países, en España no se publica actualmente una estadística nacional sobre la delincuencia(23). Para paliar esta dificultad de disparidad de fuentes, el Pleno del Congreso de los Diputados, de 13 de septiembre de 2011, aprobó una resolución en la que se solicitaba al Ministerio del Interior que ofreciera datos a nivel nacional, señalándose en el Diario de sesiones del Congreso de los Diputados lo siguiente: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a establecer un sistema estadístico que permita integrar los datos de las policías locales, de las policías autonómicas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para tener un conocimiento global de la evolución de la criminalidad en el conjunto de España»(24). Casi diez años después de esta declaración de intenciones, el Ministerio del Interior español sigue sin cumplir con los requerimientos emitidos en sede parlamentaria.

La deficiencia señalada en el párrafo anterior podría, en principio, ser fácilmente subsanada, acudiendo para ello a las estadísticas policiales publicadas por el Cuerpo de los *Mossos d'Esquadra* (ME). Con respecto a la temática analizada en el presente trabajo, se trataría simplemente de adicionar a los datos estadísticos publicados en el AEMI las cifras de detenidos e investigados menores de edad en el espacio territorial que comprende la Comunidad Autónoma de Cataluña. Pues bien, si se acude a la página web de los ME(25), existe un apartado donde aparecen

(21) <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=2915> (último acceso: 8 de abril de 2021).

(22) MINISTERIO DEL INTERIOR, *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior correspondiente al año 2019*, Madrid, 2020, p. 179.

(23) AEBI/LINDE, *op. cit.*, p. 4.

(24) Véase: ABADÍAS SELMA (2021), *op. cit.*, p. 128. Al respecto cabe señalar también que el AEMI correspondiente al año 2019 señala que el RD 952/2018, de 27 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, establece que el Gabinete de Coordinación y Estudios tendrá, entre sus funciones, la de desarrollar, implantar y gestionar la Estadística Nacional de Criminalidad, integrando todos los datos procedentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, policías autonómicas y policías locales. MINISTERIO DEL INTERIOR (2020), *op. cit.*, p. 160.

(25) https://mossos.gencat.cat/ca/els_mossos_desquadra/indicadors_i_qualitat/estadistica/ (último acceso: 10 de abril de 2021).

estadísticas que hacen referencia a la actividad policial de este Cuerpo. Así, desde el año 2010, se publica un documento titulado «*Evolució dels fets penals coneguts per la Policia de Catalunya*» (Evolución de los hechos penales conocidos por la Policía de Cataluña). Sin embargo, si se consulta, por ejemplo, el «*Balanç de seguretat i activitat policial 2019*» (Balance de seguridad y actividad policial 2019) (26), dicho documento –inserto en el anteriormente mencionado «*Evolució dels fets penals coneguts per la Policia de Catalunya*»– no contiene información alguna sobre las cifras de detenidos e investigados por franjas de edad, por lo que no es posible saber, por ejemplo, el número de detenidos menores de edad por la presunta comisión de una actividad delictiva en el territorio que comprende la comunidad autónoma de Cataluña. Por su parte, el *Departament d'Interior* de la *Generalitat de Catalunya* publica en su página web un documento titulado «*Informe sobre la seguretat a Catalunya*» (Informe sobre la seguridad en Cataluña). (27) Pues bien, en el último de ellos, correspondiente al año 2016 (¡!), tampoco se contiene dato alguno sobre la distribución etaria de las personas detenidas e investigadas en Cataluña por su presunta comisión de un hecho delictivo. Por lo explicado, a día de hoy, resulta imposible tener una estadística nacional fiable sobre la evolución, distribución etaria y estructura de la delincuencia juvenil.

Por tanto, puede concluirse que las estadísticas de las fuerzas policiales autonómicas son en algunos casos inexistentes y, en otros, aún más generales que las elaboradas por el Ministerio del Interior. En consecuencia, en la actualidad no resulta posible combinar las estadísticas de las FFCCSS con las de las fuerzas policiales autonómicas –en este caso los ME– para construir una estadística nacional de la delincuencia (28).

(26) https://mossos.gencat.cat/web/.content/home/01_els_mossos_desquadra/indicadors_i_qualitat/estadistica/evolucio_fets_penals_ocorreguts_policia_catalunya_2019.pdf (último acceso: 7 de abril de 2021).

(27) http://interior.gencat.cat/ca/el_departament/publicacions/seguretat/estudis-i-enquestes/informes_de_seguretat/ (último acceso: 7 de abril de 2021).

(28) AEBI/LINDE, *op. cit.*, p. 27.

4.2. Escasez de datos sobre la distribución etaria de la delincuencia juvenil

Como se sabe, el Derecho penal juvenil contenido en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM), resulta de aplicación a la franja de edad comprendida entre los 14 y los 17 años, si bien, en su redacción primigenia, contemplaba la posibilidad de, en determinadas situaciones y bajo determinados requisitos, aplicar sus disposiciones a los denominados jóvenes semi-adultos entre los 18 y los 20 años. Con la redacción vigente, los niños menores de 14 años son inimputables y penalmente irresponsables. Con todo, no cabe duda de que, año tras año, este sector de la población se ve confrontado con hechos delictivos. A partir de determinados casos aislados de cierta gravedad, en los cuales se han visto implicados niños menores de 14 años, se ha llegado incluso a plantear por distintos colectivos la necesidad de rebajar la edad de responsabilidad penal de los menores de los vigentes 14 a los 12 años(29).

Pues bien, a partir de lo indicado en el párrafo anterior, lo primero que hay que señalar es que los datos publicados actualmente por el AEMI no contienen el número de detenidos e investigados menores de 14 años, como sí se hacía en años anteriores. Efectivamente, si por ejemplo se acude a los datos que se contenían en el AEMI correspondiente al año 1999, los mismos hacían referencia al número de menores de 14 años detenidos por la policía (Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil y Policía autonómica vasca), según la tipología delictiva presuntamente cometida (Tabla 1)(30).

(29) «Los expertos abogan por rebajar la edad penal cuando los menores cometen delitos mayores», diario *El Norte de Castilla*, edición online de 21 de mayo de 2018. Disponible en Internet: <https://www.elnortedecastilla.es/castillayleon/ciclodelajusticia/expertos-abogan-rebajar-20180521113324-nt.html> (último acceso: 11 de abril de 2021).

(30) MINISTERIO DEL INTERIOR, *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior correspondiente al año 1999*, Madrid, 2000, p. 239. Es de reseñar que el AEMI correspondiente al año 1999 también reproducía una serie de datos sociodemográficos referentes a los menores de edad (en concreto con respecto a las categorías «consumo de alcohol», «consumo de drogas», «antecedentes», «nivel educativo» y «domicilio». MINISTERIO DEL INTERIOR (2000), *op. cit.*, pp. 239-240. Dichos datos también fueron recogidos por Anuarios posteriores.

Tabla 1. *Detenidos menores de 14 años (año 1999)*

MOTIVO DETENCIÓN	MENORES DE 14 AÑOS		
	Hombres	Mujeres	Total
Robos con fuerza en las cosas	702	62	764
Robos violencia o intimidación	487	88	575
Tirones	46	6	52
Sustracción interior vehículos	238	4	242
Sustracción de vehículos	480	23	503
Hurtos	232	52	284
Otros contra el patrimonio	234	31	265
Homicidio/Asesinato	3	0	3
Lesiones	110	17	127
Otros contra las personas	20	2	22
Estupefacientes	91	19	110
Contra la libertad sexual	105	2	107
Otros en general	744	87	831
TOTAL	3.492	393	3.885

Fuente: Elaboración propia a partir del AEMI correspondiente al año 1999

El último Anuario donde se reproducen datos sobre los menores de 14 años detenidos por la presunta comisión de una infracción delictiva es el correspondiente al año 2006. Además, como se puede comprobar en la Tabla 2, los datos estadísticos facilitados en ese año 2006 por el Ministerio del Interior con respecto a la delincuencia juvenil resultan ciertamente ridículos, ya que, en relación al ámbito de aplicación de la LORPM, las cifras presentadas únicamente recogen el número de detenidos de entre 14 y 15 años, no haciendo referencia alguna a los menores con edades comprendidas entre los 16 y 17 años, los cuales, como se sabe, también quedan sometidos a las disposiciones de la LORPM. Con respecto a los menores de 14 años, se desconocen las razones que llevaron al Ministerio del Interior a decidirse, desde el año 2006, a no facilitar más dicha información a la ciudadanía.

Tabla 2. Detenidos menores de edad, por franja de edad. Año 2006

MOTIVO DETENCIÓN	EDAD					Total de 13 a 15
	Menores de 13	13	14	15		
Robo con fuerza en las cosas	27	27	527	764	1.318	
Robos con violencia o intimidación	23	17	563	810	1.390	
Tirones	0	3	50	73	126	
Sustracción en interior de vehículos	6	2	126	241	369	
Sustracción de vehículos	8	20	403	707	1.130	
Hurtos	29	17	255	353	625	
Otros contra el patrimonio	17	16	212	304	532	
Homicidio/Asesinato	1	0	1	17	18	
Lesiones	14	10	123	220	353	
Otras contra las personas	10	3	53	104	160	
Estupefacientes	6	0	19	65	84	
Contra la libertad sexual	4	2	67	89	158	
Otros en general	44	12	248	441	701	
TOTAL	189	129	2.647	4.188	6.964	
NACIONALIDAD						
Españoles	91	86	2.078	3.380	5.544	
Extranjeros	98	43	569	808	1.420	

Fuente: Elaboración propia a partir del AEMI correspondiente al año 2006

Si para intentar arrojar algo de luz a la cuestión se acude a la Memoria de la Fiscalía General del Estado (FGE), se puede observar cómo la misma sí que hace referencia expresa a la incidencia criminológica de los delitos cometidos por menores de 14 años, señalando lo siguiente: «En 2019 se archivaron 7.526 diligencias al ser los investigados menores de menos de catorce años. Una variación poco relevante frente a los 7.359 del año 2018. La trayectoria de los últimos años ha sido de bruscas subidas y bajadas: 2014 (7.734 archivos); 2015 (8.048 archivos); 2016 (9.496 archivos) y 2017 (8.553 archivos). (...) Prescindiendo de esas cifras globales y yendo provincia por provincia, resulta verdaderamente preocupante la implicación creciente en delitos de violencia filio parental y, más aún, en delitos contra la libertad sexual. En Madrid se ha contabilizado un 9,4 % de los casos de violencia de hijos sobre padres. En una provincia de población pequeña, como Zamora, de las 14 diligencias incoadas, 9 lo fueron con denunciados menores de esa edad. Numerosas secciones alertan de la existencia de conductas de contenido

sexual a edades muy precoces (Madrid, Toledo, Jerez, Jaén), protagonizadas por menores de edades progresivamente más tempranas que reproducen estereotipos procedentes, quizá, del consumo de pornografía *online*, en la actualidad más fácilmente accesible a menores de muy corta edad. Como muestra significativa, en Madrid de las 67 agresiones sexuales registradas, 11 correspondieron a menores de esa edad; y de los 195 abusos sexuales, en 47 se vieron implicados menores de menos de 14 años». (31) Resulta interesante observar cómo la Memoria de la FGE correspondiente al año 2019, de entre todas las infracciones penales susceptibles de ser cometidas por menores de edad, enfoca su relato en la delincuencia sexual y en la violencia filio-parental. A ambas conductas delictivas se hará especial referencia en un epígrafe posterior. Sin embargo, más allá de esos sucintos datos, tampoco la Memoria de la FGE aporta información detallada sobre la estructura de la delincuencia cometida por menores de 14 años, en general, y sobre las tipologías delictivas con mayor incidencia, en particular.

Por otro lado, los datos que publica el AEMI en relación a la delincuencia juvenil únicamente integran la franja de edad que va de los 14 a los 17 años *in totum*, no diferenciando por tanto las franjas de edad de 15-16 y de 16-17 (Tabla 3). (32) Lo que sí hace el AEMI es indicar el número de detenidos e investigados por sexos. Al respecto cabe recordar que la LORPM, en su art. 10, contempla una penalidad distinta para ambas franjas de edad, mostrando una mayor severidad para los menores de 16 y 17 años.

(31) FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria del año 2019*, Madrid, 2020, pp. 948-949.

(32) MINISTERIO DEL INTERIOR (2020), *op. cit.*, p. 181.

Tabla 3. Detenidos menores de edad (14 a 17 años). Año 2019

	SEXO		
	Masculino	Femenino	Total
I. Contra las personas	3.540	1.002	4.542
1. Homicidios dolosos/asesinatos	46	5	51
<i>Homicidios/asesinatos consumados</i>	10	1	11
2. Lesiones	2.001	585	2.586
3. Malos tratos ámbito familiar	1.336	378	1.714
4. Otros contra las personas	157	34	191
II. Contra la libertad	1.382	396	1.778
1. Malos tratos hab. ámbito familiar	197	46	243
2. Otros contra la libertad	1.185	350	1.535
III. Contra la libertad sexual	708	19	727
1. Agresión sexual con penetración	86	1	87
2. Corrupción de menores o incapacit.	25	1	26
3. Pornografía de menores	124	7	131
4. Otros contra la libertad/indemnidad sexual	473	10	483
IV. Relaciones familiares	4	3	7
V. Contra el patrimonio	8.732	1.728	10.460

Fuente: Elaboración propia a partir del AEMI correspondiente al año 2019

Hay que decir que esta diferenciación sí que tenía lugar en anuarios anteriores, como por ejemplo el correspondiente al año 1999.(33) De los datos suministrados por anteriores anuarios podía extraerse que las cifras de delitos cometidos por el tramo de edad comprendido entre los 16 y 17 años eran casi siempre más altas que en el tramo precedente,

(33) MINISTERIO DEL INTERIOR (2000), *op. cit.*, p. 239.

duplicando e incluso triplicando en algunos casos las cifras(34). Sin embargo, dicha afirmación no puede actualmente sustentarse empíricamente debido a la parquedad de los datos que publica el AEMI.

Por tanto, sería conveniente que el AEMI realizase las modificaciones oportunas de cara a reflejar con mayor detalle los datos relativos a la delincuencia juvenil, por franjas de edad. No parece que eso deba constituir una empresa inabordable, ya que en su momento el AEMI sí que hacía la mencionada distinción. Basta para ello reproducir aquí una de las tablas que aparecen en el AEMI correspondiente al año 2002 (Tabla 4):

Tabla 4. *Niños, menores de edad y jóvenes semi-adultos detenidos. Año 2002*

MOTIVO DETENCIÓN	EDAD									
	Menores de 13	13	14	15	Total de 13 a 15	16	17	Total de 16 a 17	Total Menores	De 18 a 20
Robo con fuerza en las cosas	61	87	648	994	1.729	1.316	1.519	2.835	4.625	4.507
Robos con violencia o intimidación	43	90	749	1.072	1.911	1.232	1.291	2.523	4.477	3.105
Tirrones	10	7	68	136	211	204	185	389	612	514
Sustracción en interior de vehículos	24	35	224	389	648	565	613	1.178	1.850	2.073
Sustracción de vehículos	62	95	748	1.219	2.062	1.358	1.556	2.914	5.038	3.284
Hurtos	79	74	361	497	932	608	760	1.368	2.379	3.113
Otros contra el patrimonio	26	36	177	263	476	405	475	880	1.382	2.093
Homicidio/Asesinato	1	3	7	11	21	18	26	44	66	154
Lesiones	6	17	84	178	279	267	383	650	935	1.355
Otras contra las personas	1	1	8	11	20	49	57	106	127	239
Estupefacientes	10	6	32	84	122	189	346	535	667	2.167
Contra la libertad sexual	6	7	40	55	102	55	76	131	239	286
Otros en general	92	88	409	824	1.321	1.205	1.564	2.769	4.182	20.719
TOTAL	423	548	3.565	5.749	9.862	7.501	8.884	16.385	26.670	43.710

Fuente: *Elaboración propia a partir del AEMI correspondiente al año 2002*

Conviene señalar al respecto que el Instituto Nacional de Estadística (INE) publica datos sobre menores condenados, permitiendo su base de datos conocer en concreto la distribución etaria de dichas condenas (14, 15, 16 y 17 años). Incluso resulta posible saber el número de condenados en función de la infracción delictiva por la que se con-

(34) Díez RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 14.

dena(35). Por consiguiente, si sobre la base de las estadísticas judiciales se puede llegar a conocer la distribución etaria de sujetos condenados menores de edad, no se entiende muy bien por qué esa distinción, importante desde un punto de vista tanto criminológico como legal, no se hace en relación a los menores detenidos e investigados, ya que está fuera de toda duda de que las FFCCSS, en el momento de realizar una detención e instruir el correspondiente atestado, conocen y reflejan por escrito la edad del menor (presuntamente) infractor.

4.3. Insuficiencia de datos sobre menores infractores extranjeros

Las estadísticas del AEMI, si bien contienen datos relativos al número de detenidos e investigados de nacionalidad extranjera, no establecen actualmente diferenciaciones por franjas de edad (Tabla 5), por lo que no resulta posible disponer de datos de aquellos menores de nacionalidad extranjera detenidos e investigados, a una concreta edad(36).

Tabla 5. *Detenidos e investigados de nacionalidad extranjera. Cifras totales. Año 2019*

	SEXO		
	Masculino	Femenino	Total
I. Contra las personas	21.710	3.473	25.185
1. Homicidios dolosos/asesinatos	265	22	287
<i>Homicidios/asesinatos consumados</i>	88	11	99
2. Lesiones	6.528	1.464	7.991
3. Malos tratos ámbito familiar	14.493	1.923	16.416
4. Otros contra las personas	424	65	489
II. Contra la libertad	6.779	1.240	8.019
1. Malos tratos hab. ámbito familiar	2.212	184	2.396
2. Otros contra la libertad	4.567	1.056	5.623
III. Contra la libertad sexual	2.373	104	2.477
1. Agresión sexual con penetración	381	4	385

(35) <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=26028> (último acceso: 7 de abril de 2021).

(36) MINISTERIO DEL INTERIOR (2020), *op. cit.*, p. 188.

MOTIVO DETENCIÓN/ INVESTIGACIÓN	SEXO			
	2. Corrupción de menores o incapacit.	19	2	21
	3. Pornografía de menores	73	5	78
	4. Otros contra la libertad/indemnidad sexual	1.900	93	1.993
	IV. Relaciones familiares	205	121	336
	V. Contra el patrimonio	30.336	7.948	38.284
	1. Hurtos	12.728	5.352	18.080

Fuente: Elaboración propia a partir del AEMI correspondiente al año 2019

Al respecto hay que decir que, en anuarios anteriores, dicha diferenciación entre nacionales y extranjeros sí que se hacía en el contexto de la delincuencia juvenil. Así, en el AEMI correspondiente al año 2005 (Tabla 6) puede observarse cómo se ofrecían datos sobre los menores extranjeros detenidos, en función de su edad.

Tabla 6. Menores detenidos e investigados de nacionalidad extranjera, por franjas de edad. Año 2005

Edad		Menores de 13	13	14	15	Total de 13 a 15	16	17	Total de 16 a 17	Total menores	De 18 a 20
Nacionalidad	Españoles	122	124	2.247	3.797	6.168	4.895	5.318	10.213	16.503	19.783
	Extranjeros	427	223	561	1.063	1.847	1.651	2.145	3.796	6.070	22.420

Fuente: Elaboración propia a partir del AEMI correspondiente al año 2005

Por otro lado, es necesario señalar que el Ministerio del Interior, en el Portal Estadístico de Criminalidad, sí que diferencia entre detenidos e investigados menores de edad (entre 14 y 17 años), en función de su condición de españoles o extranjeros. Así, en relación a los datos correspondientes al año 2019, el número de detenidos e investigados españoles menores de edad se situó en 15.324, mientras que 4.673 tenían nacionalidad extranjera(37). Sorprende por tanto que estos datos, de los cuales dispone el Ministerio de Interior, no se reproduzcan en el AEMI:

Como corolario a lo que se acaba de señalar, el AEMI tampoco ofrece información alguna sobre el país de origen del menor de edad detenido o investigado. Por otro lado, hay que tener en cuenta también que hay meno-

(37) <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/portal/datos.html?type=pcaxis&path=/Datos3/&file=pcaxis> (último acceso: 7 de abril de 2021).

res de edad los cuales, aun siendo de origen extranjero, disponen no obstante de pasaporte español (segundas generaciones). Se trata en este caso de sujetos que necesariamente van a aparecer en las estadísticas policiales como «nacionales», pero que, sin embargo, presentan un trasfondo migratorio.

A efectos únicamente comparativos, basta indicar que en el AEMI correspondiente al año 1999 sí que se distinguían el número de detenidos extranjeros en función de su país de procedencia (Tabla 7)(38). Con todo, dicha distinción en función de la nacionalidad no iba acompañada de la correspondiente distribución etaria, por lo que tampoco era posible disponer de datos estadísticos sobre la nacionalidad en concreto del menor detenido o investigado.

Tabla 7. Detenidos de nacionalidad extranjera, por país de origen. Año 1999

PAIS DE ORIGEN	DELITOS					
	Homic. Asesin.	Lesion.	Otros	Robos viol.	Robos fuerza	Hurtos
Alemania	6	31	13	32	80	17
Bélgica	0	10	2	14	30	9
Gran Bret.	18	85	26	38	150	76
Francia	10	40	9	83	158	158
Holanda	0	12	6	7	19	12
Italia	5	12	2	63	88	74
Polonia	3	8	3	23	61	23
Portugal	12	48	16	117	295	45
Rumania	9	21	12	53	206	548
CEI	0	3	0	0	1	0
Otros	15	70	33	150	417	453
EUROPA	78	340	122	580	1.505	1.404
Angola	0	5	5	19	10	8
Argelia	22	152	27	924	1.282	722
Marruecos	52	333	157	866	1.299	263
Nigeria	1	23	12	26	14	9
Senegal	0	10	3	10	6	5
Otros	10	92	30	155	131	85
ÁFRICA	85	615	234	2.000	2.742	1.092
Argentina	1	10	3	11	21	12
Brasil	2	8	1	6	10	10
Colombia	14	22	5	84	323	81
Cuba	5	10	3	15	17	48
Chile	2	3	2	65	28	84
Ecuador	10	24	18	31	32	59
EE.UU	0	7	0	6	5	2
Perú	1	17	9	19	25	73
R. Domin.	10	24	17	15	21	16
Otros	3	20	6	13	40	28
AMÉRICA	48	145	64	265	522	413
China Pop.	1	18	9	5	9	11
Libano	2	9	1	43	47	44
Palestina	2	16	1	149	79	43
Otros	4	29	10	79	55	75
ASIA	9	72	21	276	190	173
RESTO	0	6	3	8	34	17
TOTAL	220	1.178	444	3.129	4.993	3.099

(38) MINISTERIO DEL INTERIOR (2000), *op. cit.*, p. 238.

PAÍS DE ORIGEN	DELITOS					TOTAL
	Estafa	Otros	Libert. Sexual	Falsedades	Otros	
Alemania	42	107	23	19	375	745
Bélgica	10	45	4	9	107	240
Gran Bret.	39	219	39	29	510	1.229
Francia	147	48	161	18	49	531
Holanda	6	37	5	22	128	254
Italia	44	96	14	66	251	715
Polonia	17	99	11	27	119	394
Portugal	15	167	28	36	577	1.356
Rumanía	37	172	12	121	223	1.414
CEI	0	0	0	0	4	8
Otros	87	299	86	237	580	2.427
EUROPA	345	1.402	240	615	3.405	10.036
Angola	4	17	0	21	60	149
Argelia	57	606	59	167	1.126	5.144
Marruecos	90	839	213	1.719	3.236	9.067
Nigeria	16	25	9	154	194	483
Senegal	8	129	5	21	99	296
Otros	63	146	56	289	1.173	2.2230
ÁFRICA	238	1.762	342	2.371	5.888	17.369
Argentina	33	36	12	9	79	227
Brasil	7	7	9	17	66	143
Colombia	113	125	20	128	537	1.452
Cuba	28	44	10	32	64	276
Chile	21	99	0	25	57	386
Ecuador	161	58	24	246	149	812
EE.UU.	4	9	6	16	36	91
Perú	19	80	18	40	91	392
R. Domin.	11	25	10	36	121	306
Otros	34	44	8	43	136	375
AMÉRICA	431	527	117	592	1.336	4.460
China Pop.	24	36	2	123	136	374
Libano	6	20	1	5	55	233
Palestina	1	42	2	4	105	444
Otros	38	98	13	149	159	709
ASIA	69	196	18	281	455	1.760
RESTO	2	24	3	5	99	201
TOTAL	1.085	3.911	720	3.864	11.183	33.826

Fuente: Elaboración propia a partir del AEMI correspondiente al año 1999

Lo mismo ocurre si se acude en este caso al AEMI correspondiente al año 2006 (Tabla 8). Si bien en el mismo se detallan las infracciones en función de la nacionalidad del (presunto) autor, no se hace en cambio distinción alguna por franjas de edad, por lo que tampoco es posible saber en este caso el país de origen con respecto a los menores de edad infractores.

Tabla 8. Detenidos de nacionalidad extranjera, por país de origen. Año 2006

	Contra las personas			Contra el patrimonio				Contra la libertad sexual	
	Homicidio	Lesiones	Otros	Robos con v/i	Robos con f.	Hurtos	Estafa	Otros	Total
Alemania	10	49	181	30	88	40	56	96	28
Bélgica	0	11	37	13	45	4	22	26	6
Francia	16	42	120	60	130	99	67	173	10
Reino Unido	38	197	539	64	147	43	80	257	61
Italia	4	37	132	75	139	57	66	118	18
Holanda	0	13	61	17	18	9	62	37	7
Polonia	10	54	181	53	158	66	12	125	24
Portugal	7	91	255	89	231	82	32	201	45
Rumania	66	554	1.169	714	2.287	2.048	249	957	419
U.R.S.S.	0	0	1	0	1	0	0	0	0
Otros europeos	55	312	83	307	1.234	515	168	599	148
Argentina	9	53	228	95	64	70	39	90	31
Brasil	7	59	151	41	55	20	20	50	32
Chile	2	23	82	96	79	130	29	70	6
Colombia	54	286	1.023	335	293	161	74	208	109
Cuba	7	51	129	60	78	335	52	50	16
Dominicana	19	140	338	163	60	24	19	55	29
Ecuador	49	496	2.485	527	121	285	80	281	281
EE.UU.	5	3	31	5	18	1	6	10	4
Perú	6	39	375	77	36	87	31	41	48
Otros americanos	25	338	1.381	183	204	202	76	175	147
Angola	0	10	9	11	7	7	4	10	4
Argelia	20	98	138	302	361	371	16	231	35
Marruecos	98	964	1.553	1.968	1.756	446	115	1.972	372
Nigeria	5	38	234	56	12	17	123	37	33
Otros africanos	4	162	442	224	152	128	258	3.388	75
China popular	5	72	90	6	15	49	56	1.018	20
Libano	11	0	7	7	14	16	0	2	2
Palestina	0	5	3	29	41	39	2	28	5
Otros asiáticos	1	39	133	60	56	59	56	534	46
Otros países	1	5	3	12	12	6	7	13	5
Sin nacional	0	0	0	1	0	0	0	0	0
TOTAL	530	4.261	12.367	5.680	8.273	5.416	1.877	10.852	2.056

Fuente: Elaboración propia a partir del AEMI correspondiente al año 2006

Acudiendo en este caso nuevamente al Portal Estadístico de Criminalidad, el mismo ofrece más datos sobre el país de procedencia de los sujetos detenidos o investigados; sin embargo, dichos datos no diferencian por franjas de edad, sino que se refieren al número de sujetos extranjeros detenidos o investigados, en su conjunto(39).

Hay que decir que en las estadísticas que publica anualmente el INE en relación a los menores de entre 14 y 17 años condenados, sí que se realiza una distinción no solo entre menores autóctonos y

(39) <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/-portal/datos.html?type=pcaxis&path=/Datos3/&file=pcaxis> (último acceso: 7 de abril de 2021).

extranjeros, sino que también, con respecto a esta última categoría, se especifica algo más sobre su lugar de origen. Así, el INE distingue entre las siguientes zonas geográficas: País de la Unión Europea (UE) sin contar España, País de Europa sin contar los pertenecientes a la UE, África, América, Asia y Oceanía(40). Nuevamente, se desconoce el motivo de por qué esta información no aparece en los datos contenidos en el AEMI. Respecto al origen de los menores de nacionalidad extranjera objeto de condena, los que contaban con un número más elevado en la comisión de infracciones penales en el año 2019 eran los menores procedentes de África (con un total de 1.721 infracciones penales), seguidos por los procedentes de países de la Unión Europea (555 infracciones en total) y de los menores procedentes de América (480 infracciones en total). Durante ese año 2019, el 79,72% de los menores condenados tenían la nacionalidad española, mientras que el 20,28% eran extranjeros. Nuevamente conviene señalar que, dentro de ese 79,72%, es muy probable que haya menores que, aun disponiendo de pasaporte español, tienen origen extranjero (segundas generaciones). Hay que decir que el mayor porcentaje de condenados menores de edad de nacionalidad española es algo que se viene repitiendo a lo largo de los últimos años.

Así, según las estadísticas judiciales, el 83,1% de los menores (14-17 años) condenados por sentencia firme en los Juzgados de Menores de toda España durante el año 2007 eran de nacionalidad española. Los extranjeros suponían el 13,3% de los menores que habían cometido alguna infracción penal durante el año 2007, no realizándose eso sí ninguna especificación acerca del país de origen de los mismos(41). Por su parte, en el 3,6% de los casos no se conocía la nacionalidad. Por otro lado, tal como señalan García Pérez *et al.*, las estadísticas del Ministerio del Interior de los años 2000 a 2004 muestran cómo el porcentaje de menores de edad extranjeros detenidos por la policía presenta una tendencia al alza, puesto que si en el año 2000 el porcentaje de menores extranjeros detenidos era del 18,26%, en el año 2004 había aumentado hasta el 25,5%(42). Evidentemente, estos datos deberían ser complementados con una serie de variables adicionales dignas de tener en cuenta, ya que, sin ir más lejos, es muy posible que

(40) <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=25721> (último acceso: 7 de abril de 2021).

(41) Importante es señalar al respecto que las estadísticas judiciales ofrecen por primera vez desde octubre de 2008 información referente a la nacionalidad de los menores condenados por sentencia judicial (expresada en continentes).

(42) GARCÍA PÉREZ, O. (Dir.), DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., PÉREZ JIMÉNEZ, F. Y GARCÍA RUÍZ, S. (2008), *La delincuencia juvenil ante los Juzgados de Menores*, Valencia, 2008, pp. 80-81.

un número nada despreciable de estos menores extranjeros detenidos por la policía carezca de un domicilio estable en España, entre otras consideraciones.

La importancia de la delincuencia cometida por menores y jóvenes, bien de nacionalidad extranjera, bien de origen extranjero, se muestra claramente si se hace un estudio criminológico comparado(43). En el caso de Holanda, las distintas tipologías delictivas se distribuyen de forma desigual cuando las mismas se atribuyen a determinados colectivos de extranjeros(44). Además, existen estudios que indican una prevalencia de determinadas conductas delictivas en función del país de origen del joven infractor. Así, siguiendo con el caso de Holanda, se encuentran mayores proporciones de delitos contra la propiedad entre marroquíes y antillanos, además de delitos violentos y actividades delictivas relacionadas con el tráfico de drogas entre los colectivos de nacionalidad u origen extranjero en comparación con los jóvenes holandeses autóctonos. A su vez, estos últimos y los turcos cuentan con más infracciones relacionadas con la seguridad vial. Los marroquíes parecen cometer delitos contra la propiedad de mayor gravedad, en grupo, debiendo destacar los robos violentos. Además, al igual que ocurre en otros países europeos, también en Holanda sobresale el elemento grupal de la violencia generada por jóvenes de segunda generación, la cual se relaciona con la presencia de bandas urbanas en las principales ciudades del país(45). Algo semejante ocurre en Alemania. En este país, tanto las estadísticas policiales como las encuestas de auto-informe señalan que los menores y jóvenes de nacionalidad u origen extranjero tienen unas tasas de incidencia más altas que los menores y jóvenes autóctonos en categorías delictivas como los delitos de lesiones o de robo con violencia(46). Al respecto hay que destacar que el colectivo de menores y jóvenes extranjeros que año tras año son detenidos en Alemania proceden o son originarios sobre todo de países como Turquía, así como de la zona de los Balcanes.

(43) FERNÁNDEZ-PACHECO ALISES, G., *Entendiendo la relación entre menores de origen migrante y delincuencia: Una aportación criminológica*, Cizur Menor, 2021, pp. 77 y ss.; SAN JUAN GUILLÉN, C. y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (eds.), *Menores extranjeros infractores en la Unión Europea. Teorías, perfiles y propuestas de intervención*, Bilbao, 2006, pp. 31 y ss.

(44) FERNÁNDEZ-PACHECO ALISES, *op. cit.*, pp. 79-80.

(45) *Ibid.*, p. 80.

(46) WALBURG, C., «Migration und Kriminalität – Erfahrungen und neuere Entwicklungen», *Bundeszentrale für politische Bildung*, 2020. Disponible en Internet: <https://www.bpb.de/politik/innenpolitik/innere-sicherheit/301624/migration-und-kriminalitaet> (último acceso: 11 de abril de 2021).

Por otro lado, una cuestión importante a señalar es que los datos oficiales muestran una sobrerrepresentación de los menores y jóvenes de nacionalidad extranjera en las estadísticas de infracciones penales en relación con su peso poblacional en la franja de edad infantil y juvenil residente en España. Efectivamente, mientras que en el año 2007 los menores y jóvenes extranjeros de entre 14 y 17 años contaban con un peso poblacional del 9,9% de los sujetos residentes en España comprendidos en dicha franja de edad, aquellos representaban en cambio el 13,3% de los menores y jóvenes que habían cometido una infracción delictiva.(47) Estos datos pueden corroborarse si se analizan las cifras de población, autóctona y extranjera, residente en territorio español. Así, a 1 de enero de 2019, el número total de personas residentes en España con edades comprendidas entre los 10 y los 19 años era de 4.813.817. De esta cifra, 439.763 tenían nacionalidad extranjera, lo que supone un 9,13% del total de personas residentes en la mencionada franja de edad.(48) Sin embargo, en el año 2019, los menores y jóvenes extranjeros representaban el 20,3% de los menores condenados por delito(49).

Por lo demás, hay que señalar la existencia en España de diversos estudios criminológicos que han analizado la incidencia y características de la delincuencia cometida por menores extranjeros, bien sea en un determinado territorio(50), bien con respecto a determinados colectivos extranjeros como son los Menores Extranjeros no Acompañados (MENA)(51), bien en el conjunto del país(52). Sin embargo, dicho estudios solo han podido acreditar lo siguiente: los menores de nacionalidad extranjera están representados en las estadísticas policiales en menor número que los menores autóctonos, si bien el porcentaje de menores extranjeros detenidos e investigados con respecto al total de la delincuencia juvenil registrada es mayor que su peso poblacional en relación al total de menores residentes en territorio español. Dicho con otras palabras: si la comparación se lleva a cabo en relación al porcentaje de población que ocupan los menores extranjeros con respecto al número total de menores residentes en España, la cosa

(47) FERNÁNDEZ-PACHECO ALISES, *op. cit.*, p. 88.

(48) <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/e245/p08/10/&file=01002.px&L=0> (último acceso: 19 de abril de 2021).

(49) FERNÁNDEZ-PACHECO ALISES, *op. cit.*, p. 88.

(50) SALMERÓN CEJUDO, F.y ZENNI GÓMEZ, E. (2005), «Análisis de la delincuencia de menores extranjeros en la provincia de Málaga», *Boletín Criminológico*, núm. 78, 2005 (febrero/marzo), pp. 1 y ss.

(51) GARCÍA ESPAÑA, E., «De menores inmigrantes en protección a jóvenes extranjeros en prisión», *InDret*, núm. 3, 2016, pp. 1 y ss.

(52) FERNÁNDEZ-PACHECO ALISES, *op. cit.*, pp. 85 y ss.

cambia. Por el contrario, en dichos estudios, nada se dice ni sobre la incidencia de infracciones delictivas a una edad determinada, ni tampoco sobre el país de procedencia de estos menores. Y nada se dice porque nada se puede saber si se acude a las estadísticas policiales. En este sentido, como simple dato a apuntar aquí, la delincuencia juvenil en España, con respecto a menores extranjeros, no puede en modo alguno reducirse a determinados «colectivos» como los MENAS o los menores latinoamericanos integrados en bandas juveniles. Y es que existen otros menores extranjeros que sin duda se pueden ver confrontados con actividades delictivas, como por ejemplo es el caso de jóvenes europeos de entre 14 y 17 años que, bien residen en zonas turísticas del territorio español, bien acuden a las mismas en calidad de turistas. Es por ello que se hace necesario incorporar a las estadísticas policiales el país de origen del menor de edad detenido e investigado; y ello no con la finalidad de llevar a cabo mecanismos de estigmatización de determinados «colectivos», sino más bien para conocer la realidad del fenómeno asociado a la criminalidad de menores de nacionalidad extranjera. Con ello, muy probablemente, podrían destruirse una serie de «mitos» existentes en torno a los menores extranjeros que habitan en España. Al hilo de lo explicado, si en este caso se acude a la información proporcionada por los medios de comunicación –conviene aquí recordar de nuevo, uno de los tres vértices del denominado «círculo de reforzamiento político-periodístico» analizado *supra*– puede observarse cómo en no pocos casos se enfatiza el eventual protagonismo que tienen los menores de edad extranjeros, o determinados «colectivos» dentro de estos, en las cifras de delitos cometidos por este sector poblacional(53). Está fuera de toda duda que esta información llega a la ciudadanía, influyendo decisivamente en su miedo al delito y en su percepción con respecto a determinados «colectivos criminógenos», en este caso menores de edad de nacionalidad u origen extranjero(54). La pregunta que uno

(53) «Aumenta la delincuencia de “menas” en Madrid: ya son tres de cada cuatro menores detenidos», diario *El Mundo*, edición *online* de 12 de junio de 2020. Disponible en Internet: <https://www.elmundo.es/madrid/2020/06/12/5ee36ae7fdddf01a88b475e.html> (último acceso: 9 de abril de 2021); «La fiscalía advierte de la “reactivación” de la actividad criminal de las bandas latinas», diario *El País*, edición *online* de 8 de septiembre de 2016. Disponible en Internet: https://elpais.com/ccaa/2016/09/07/madrid/1473268254_973462.html (último acceso: 13 de abril de 2021).

(54) «El temor a los niños inmigrantes», diario *El País*, edición *online* de 19 de marzo de 2019. Disponible en Internet: https://elpais.com/politica/2019/03/16/actualidad/1552748296_972569.html (último acceso: 11 de abril de 2021).

debe inmediatamente hacerse es la base empírica o estadística que sustenta dicha información difundida por los medios.

En definitiva, partiendo de los datos estadísticos disponibles, la delincuencia juvenil de menores que no tienen la nacionalidad española no puede ni siquiera ser investigada utilizando el concepto «extranjero», un término desde luego demasiado amplio que puede referirse a muy diversas realidades(55). Y ello a falta de poder trabajar con otros niveles más específicos como la nacionalidad del menor infractor, o bien, incluso, su trasfondo migratorio. La razón de todo ello estriba en que la delincuencia llevada a cabo por ciudadanos extranjeros en territorio español se reproduce en el AEMI de forma global, sin diferenciar ni tan siquiera entre franjas de edad.

4.4. **Datos deficientes con respecto a determinadas categorías delictivas (delitos sexuales, malos tratos en el ámbito familiar)**

Los datos que publica anualmente el AEMI informan también sobre los delitos por los que son detenidos e investigados los sujetos con edades comprendidas entre los 14 y los 17 años. Esto es lo que comúnmente se conoce como la estructura de la delincuencia juvenil(56). Sin embargo, la información que publica el AEMI a este respecto no resulta detallada. Es evidente que hay tipologías delictivas contenidas en el Código Penal (CP) que no pueden ser cometidas por menores de edad (piénsese, a modo de categoría criminológica, en los delitos de cuello blanco o en aquellos ligados a la función pública del sujeto activo). Sin embargo, las estadísticas policiales omiten datos en torno a conductas que sí están más o menos presentes en la fenomenología de la delincuencia juvenil. Efectivamente, si bien el AEMI proporciona datos aceptables en torno a los delitos contra la propiedad y el patrimonio, no ocurre lo mismo en el caso de los delitos contra las personas, donde se observa la ausencia de conductas tradicionalmente presentes en la estructura de la delincuencia juvenil como son las amenazas, las coacciones (piénsese en el fenómeno del *bullying*), las detenciones ilegales o incluso los homicidios imprudentes cometidos, por ejemplo, en el contexto grupal. Con respecto a la estructura de la delincuencia juvenil, a continuación se va a hacer referencia a dos tipologías delictivas que en los últimos años han suscitado –por su

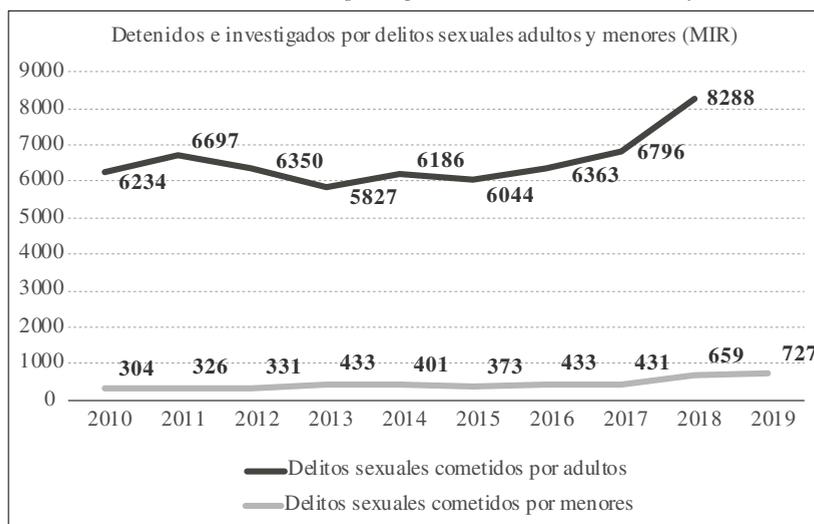
(55) SAN JUAN GUILLÉN Y DE LA CUESTA ARZAMENDI, *op. cit.*, p. 35.

(56) CANO PAÑOS, M. A., *El futuro del Derecho penal juvenil europeo*, Barcelona, 2006, p. 72.

aparente aumento y gravedad— la atención, no solo de los medios de comunicación, sino también de la ciudadanía en general y, a la postre, del legislador penal: los delitos sexuales y la violencia filio-parental (VFP)(57).

Si se acude en primer lugar a los datos publicados por el AEMI, la evolución en los últimos años de los delitos sexuales cometidos por menores de edad, en relación a los llevados a cabo por los adultos mayores de 18 años, es la siguiente (Gráfico 2):

Gráfico 2. *Detenidos e investigados por delitos sexuales (adultos y menores)*



Fuente: *Elaboración propia a partir de los datos del AEMI(58)*

Sin embargo, esos datos que ciertamente indican un aumento en los últimos años de los delitos sexuales cometidos por menores de edad no permiten un análisis exhaustivo de las distintas tipologías que

(57) «Suben un 29% los menores condenados por delitos sexuales el último año en España», diario *El País*, edición *online* de 21 de septiembre de 2020. Disponible en Internet: <https://elpais.com/sociedad/2020-09-21/suben-un-29-los-menores-condenados-por-delitos-sexuales-el-ultimo-ano-en-espana.html> (último acceso: 10 de abril de 2021); «Alertan del aumento de casos de violencia filio-parental durante la pandemia», diario *20 minutos*, edición *online* de 19 de febrero de 2021. Disponible en Internet: <https://www.20minutos.es/noticia/4590519/0/alertan-del-aumento-de-casos-de-violencia-filio-parental-durante-la-pandemia/> (último acceso: 10 de abril de 2021).

(58) Agradezco a Marta Fernández Cabrera, profesora de la Universidad de Málaga, el haberme facilitado dicha gráfica para la elaboración de este trabajo.

engloba esta actividad delictiva (agresiones sexuales, abuso sexual y acoso sexual, fundamentalmente), ya que las distintas tablas publicadas en el AEMI consignan el número de detenciones con respecto a las siguientes conductas: «agresión sexual con penetración», «corrupción de menores o incapacitados», «pornografía de menores», «otros contra la libertad e indemnidad sexual» (Tabla 9)(59).

Tabla 9. *Detenidos e investigados menores de edad en relación a la delincuencia sexual. Año 2019*

MOTIVO	SEXO								
	Masculin o			Femenino			Total		
	2018	2019	Variación % 2019-2018	2018	2019	Variación % 2019-2018	2018	2019	Variación % 2019-2018
Contra la libertad sexual	636	708	11,3	23	19	-17,4	659	727	10,3
1. Agresión sexual con penetración	83	86	3,6	1	1	0,0	84	87	3,6
2. Corrupción de menores o incapacit	22	25	13,6	4	1	-75,0	26	26	0,0
3. Pornografía de menores	111	124	11,7	7	7	0,0	118	131	11,0
4. Otros contra la libertad e indemnidad sexual	420	473	12,6	11	10	-9,1	431	483	12,1

Fuente: *Elaboración propia a partir del AEMI correspondiente al año 2019*

Con estos datos poco se puede saber sobre las características de los delitos sexuales cometidos por menores de edad, ya que, sin ir más lejos, el delito de abuso sexual no aparece por ningún lado, al igual que sucede con el tipo básico de la agresión sexual. Debería realizarse, fundamentalmente, una división acorde con las distintas tipologías previstas en el Código Penal en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, a saber, agresión sexual tipo básico (art. 178 CP), violación (art. 179 CP), abuso sexual con y sin acceso carnal (art. 181 CP), ya incluso acoso sexual (art. 184 CP)(60).

(59) MINISTERIO DEL INTERIOR (2020), *op. cit.*, p. 181.

(60) Al respecto resulta necesario señalar que en el Portal Estadístico de Criminalidad, el cual como se sabe publica el Ministerio del Interior, se realiza, dentro de los delitos de agresión sexual, la siguiente diferenciación: «agresión sexual», «agresión sexual con penetración». Sin embargo, nada se dice sobre conductas como el abuso sexual o el acoso sexual. Véase: <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/portal/datos.html?type=pcaxis&path=/Datos3/&file=pcaxis> (último acceso: 7 de abril de 2021).

La gravedad de las distintas tipologías comprendidas dentro de la delincuencia sexual conlleva una penalidad distinta. Y es que el desvalor jurídico-penal de una conducta consistente, por ejemplo, en realizar tocamientos obscenos a la víctima sin violencia o intimidación es menor que el llevar a cabo un acceso carnal por vía vaginal, utilizando para ello la violencia. Dicha distinción en las conductas circunscritas a la delincuencia sexual debería tener un reflejo más claro en las estadísticas policiales.

Resulta interesante destacar al respecto que, en el año 2019, el Ministerio del Interior, a través del Gabinete de Coordinación y Estudios, publicó un interesante documento titulado «Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España». Pues bien, en un epígrafe de dicho estudio, dirigido a analizar el perfil del victimario con una edad comprendida entre los 14 y 17 años, los datos que allí se reproducen hacen referencia con todo lujo de detalles (diferenciando incluso entre victimario nacional y extranjero) las distintas tipologías incluidas en la delincuencia sexual, haciéndose referencia explícita al abuso sexual, la agresión sexual, la agresión sexual con penetración (violación), el abuso sexual con penetración e incluso el acoso sexual (Tabla 10)(61). Nuevamente cabe plantear la pregunta de por qué esa información tan detallada, facilitada en sede del Ministerio del Interior, no se utiliza también en las estadísticas contenidas en el AEMI.

Tabla 10. *Detenidos e investigados menores de edad (14 a 17 años) en el contexto de la delincuencia sexual. Año 2019*

	SEXO			Total
	Masculino	Femenino		
TIPOLOGÍA PENAL	Abuso sexual	287	3	290
	Agresión sexual	178	2	180
	Agresión sexual con penetración	111	1	112
	Abuso sexual con penetración	53	0	53
	Acoso sexual	10	1	11

Fuente: *Elaboración propia a partir de los datos publicados en el Estudio: Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España*

(61) MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España*, Madrid, 2019, p. 31.

Del mismo modo, las conductas relacionadas con los malos tratos en el ámbito familiar o asimilado no aparecen claramente reflejadas en los datos estadísticos, y ello a pesar de la remarcable incidencia que dichas tipologías tienen en el contexto de los menores de edad (violencia de género o violencia filio-parental, por poner dos ejemplos). Así, dentro de los delitos contra las personas, el AEMI contempla la conducta relativa a los «malos tratos ámbito familiar», mientras que en los delitos contra la libertad hace referencia a los «malos tratos hab. ámbito familiar» (Tabla 11)(62). Siguiendo las tipologías previstas en el CP, debería diferenciarse entre, por un lado, los malos tratos previstos en el art. 153 CP (violencia de género) y, por otro, los delitos de violencia doméstica habitual (art. 173.2 CP), ya que dentro de esta última categoría se incluyen los casos de violencia filio-parental.

Tabla 11. *Detenidos e investigados menores de edad en relación a la violencia filio-parental. Año 2019*

MOTIVO DETENCIÓN/ INVESTIGACIÓN	SEXO			Total
	Masculino	Femenino		
	Malos tratos ámbito familiar	1.336	378	1.714
Malos tratos hab. ámbito familiar	197	46	243	

Fuente: *Elaboración propia a partir del AEMI correspondiente al año 2019*

No existe ciertamente en el Código Penal un delito específico de violencia filio-parental, de forma que las conductas en las que esta se concreta quedan enmarcadas en tipos penales ya existentes. Fundamentalmente, estos tipos penales pueden ser los siguientes: malos tratos (*ex art. 153 CP*), amenazas (*ex art. 171 CP*), coacciones (*ex art. 172 CP*), daños (*ex art. 263 CP*), llegándose incluso a conductas mucho más graves como las lesiones en todas sus modalidades (*ex arts. 147 a 150 CP*), el homicidio (*ex art. 138 CP*), o el asesinato (*ex art. 139 CP*)(63) Ahora bien, tal y como indica el propio Abadías

(62) MINISTERIO DEL INTERIOR (2020), *op. cit.*, p. 181. Es de suponer que la primera de las dos tipologías delictivas señaladas hace referencia a lo que comúnmente se denomina como «violencia de género», mientras que los malos tratos habituales en el ámbito familiar se deben corresponder en principio con la «violencia doméstica».

(63) ABADÍAS SELMA, A., «La violencia filio-parental en los tiempos de la COVID-19: entre la “patología del amor” y la pandemia», *La Ley Penal*, núm. 146, 2020, p. 15.

Selma(64), en relación a la definición de lo que es la violencia filio-parental, consensuada por la mayor parte de la doctrina científica(65), hay que entender que las conductas asociadas a la VFP encuentran una mejor concreción jurídica en la violencia que regula el art. 173.2 CP, precepto dedicado al maltrato familiar habitual, también conocido como violencia doméstica. Por lo explicado, en principio no habría problema alguno en que las estadísticas que publica el AEMI hiciesen referencia expresa a las conductas de menores infractores subsumibles en la categoría del mencionado art. 173.2 CP.

Si con respecto a las dos tipologías delictivas objeto de estudio en el siguiente trabajo, se acude a continuación a los datos estadísticos publicados en otras fuentes oficiales, la información que se obtiene parece ser en principio más precisa.

Así, en las estadísticas que publica el INE con respecto a los menores de edad (de entre 14 y 17 años) condenados, sí que se hace una distinción más clara en relación a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, al distinguirse en concreto entre agresiones sexuales, abusos sexuales y otros delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Quizá se echa en falta una distinción necesaria entre la agresión sexual tipo básico (art. 178 CP) y el tipo cualificado de violación previsto como se sabe en el art. 179 CP(66). Con todo, los datos del INE son sin duda más detallados y útiles que los publicados en el AEMI.

Sin embargo, en relación a la concreta tipología delictiva de la VFP, las estadísticas que publica el INE no permiten tampoco saber la incidencia de la misma en la delincuencia cometida por menores de edad, ya que, dentro de la categoría de «infracciones», en los datos estadísti-

(64) *Ibid.*, p. 15.

(65) La Sociedad Española para el Estudio de la Violencia Filio-Parental (SEVIFIP) ha propuesto la siguiente definición de VFP, la cual goza del beneplácito de buena parte de la doctrina que ha estudiado el tema: «Conductas *reiteradas* de violencia física, psicológica (verbal o no verbal) o económica, dirigida a las y los progenitores, o a aquellas personas que ocupen su lugar. Se excluyen las agresiones puntuales, las que se producen en un estado de disminución de la conciencia que desaparecen cuando esta se recupera (intoxicaciones, síndromes de abstinencia, estados delirantes o alucinaciones), las causadas por alteraciones psicológicas (transitorias o estables) (el autismo o la deficiencia mental severa) y el parricidio sin historia de agresiones previas». Véase: PEREIRA, R. *et al.*, «Propuesta de definición de violencia filio-parental: Consenso de la Sociedad Española para el Estudio de la violencia filio-parental (SEVIFIP)», *Papeles del Psicólogo*, Vol. 38(3), 2017, p. 220 (cursivas añadidas). El concepto de «reiteración» que aparece en esta definición es lo que permite diferenciar jurídico-penalmente las conductas del art. 153 CP (violencia de género, donde no se exige reiteración) y violencia doméstica del art. 173.2 CP, donde la reiteración constituye un elemento del tipo.

(66) <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=26028> (último acceso: 7 de abril de 2021).

cos solo se contienen las tipologías referidas a las lesiones, amenazas y coacciones, no contemplándose por tanto las categorías anteriormente señaladas de «violencia de género» y «violencia doméstica».

Por su parte, la Memoria de la FGE sí que contempla unos datos algo más detallados. «Con carácter general, persiste el alza de delitos no asociados a la marginalidad, sino a una deficiente educación: los delitos de violencia doméstica contra los padres y delitos contra la libertad sexual» (Tabla 12)(67). Repárese cómo la FGE ubica la VFP dentro del art. 173.2 CP, al mencionar expresamente el concepto «violencia doméstica». Así, la Memoria de la Fiscalía General del Estado sí que diferencia de forma taxativa entre «Violencia doméstica hacia ascendientes y hermanos» y «violencia de género»(68). Asimismo, dentro de los delitos contra la libertad sexual, la FGE, en su Memoria anual, establece la diferenciación entre las agresiones sexuales y los abusos sexuales (Tabla 12)(69), sin realizar, sin embargo, una diferenciación adicional, dentro de las agresiones sexuales, entre los tipos previstos respectivamente en los arts. 178 y 179 CP. «Durante los cuatro años precedentes se ha consignado el importante incremento del número de delitos contra la libertad sexual. Se apuntó a la reforma del CP por LO 1/2015 como una de las causas fundamentales del aumento de los abusos sexuales, pues la reforma legislativa elevó de trece a dieciséis años la edad para prestar consentimiento en las relaciones sexuales. Hay que lamentar una nueva subida durante el año 2019, menos pronunciada, en conjunto, que la de 2018. En 2019 se incoaron 1.934 procedimientos frente a los 1.833 de 2018; los 1.386 de 2017; los 1.271 de 2016 y los 1.081 de 2015. Diferenciando por tipos, el incremento apreciado se debe a la subida de los abusos sexuales»(70). Resulta tremendamente interesante esta última apreciación que realiza la FGE, afirmando que el aumento de los delitos sexuales cometidos por menores de edad se debe, sobre todo, al incremento de los abusos sexuales. A esta conclusión no se puede llegar en modo alguno si se acude a las estadísticas ofrecidas por el AEMI, ya que allí el concepto «abuso sexual» no aparece por ningún lado, contemplándose únicamente como variante típica, dentro de los delitos sexuales a los que aquí se hace referencia (agresión, abuso y acoso), la categoría «agresión sexual con penetración».

(67) FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *op. cit.*, p. 936.

(68) *Ibid.*, pp. 938 y ss.

(69) *Ibid.*, pp. 940 y ss.

(70) *Ibid.*, pp. 940-941.

Tabla 12. *Procedimientos incoados a menores de edad por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, violencia doméstica y violencia de género. Año 2019*

TOTALES NIVEL NACIONAL										
DELITO		Total, Nal. 2019	Total, Nal. 2018	Total, Nal. 2017	Total, Nal. 2016	Total, Nal. 2015	Total, Nal. 2014	Total, Nal. 2013	Total, Nal. 2012	Total, Nal. 2011
	Agresión sexual	564	648	451	476	417	440	575	537	594
	Abuso sexual	1.370	1.185	935	795	664	641	549	680	657
	Violencia doméstica	5.055	4.871	4.665	4.355	4.898	4.753	4.659	4.936	5.377
	Violencia de género	788	944	684	543	433	409	327	632	473

Fuente: *Elaboración propia a partir de la Memoria de la FGE correspondiente al año 2019*

La cuestión que cabe plantear tras la presentación de estos datos es la siguiente: ¿Por qué el AEMI se muestra reticente a especificar, sobre la base de los tipos contenidos en el CP, las distintas tipologías ubicables en la delincuencia sexual, cuando en sede judicial (Fiscalía y Juzgados) sí se hace? Y dentro de la violencia intrafamiliar o asimilada, ¿por qué el AEMI no distingue claramente entre las categorías «violencia de género» y «violencia doméstica», cuando las mismas son contempladas taxativamente en el Código Penal?

5. UN ESPEJO EN EL QUE MIRARSE: LA DELINCUENCIA JUVENIL EN ALEMANIA A PARTIR DE LOS DATOS OFICIALES

5.1. Evolución de la delincuencia juvenil en Alemania

Las estadísticas policiales sobre criminalidad y su evolución en Alemania son publicadas anualmente por la Oficina Federal de Policía Criminal (*Bundeskriminalamt*, BKA) en la Estadística Criminal Policial (*Polizeiliche Kriminalstatistik*, PKS), a la cual se puede tener acceso a través de Internet⁽⁷¹⁾.

Los datos estadísticos publicados anualmente en la PKS permiten realizar un estudio pormenorizado de la evolución de la delincuencia juvenil en Alemania, atendiendo a las distintas franjas de edad, todo ello

(71) https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/pks_node.html (último acceso: 11 de abril de 2021).

con una información mucho más exhaustiva que la que facilita el AEMI. Así, las estadísticas policiales alemanas incluyen en sus datos a los sospechosos menores de 14 años, si bien los mismos, como se indicará posteriormente, son penalmente irresponsables. También se refiere específicamente a los allí denominados jóvenes semi-adultos (*Heranwachsende*) con edades comprendidas entre los 18 y los 20 años, los cuales, en determinados casos, pueden ser juzgados con arreglo a las disposiciones del Derecho penal juvenil. Por si fuera poco, la PKS también distingue, en las distintas franjas de edad, entre menores autóctonos y menores extranjeros. Al respecto, como se señaló anteriormente, las estadísticas del AEMI, si bien contienen datos relativos al número de detenidos e investigados de nacionalidad extranjera, no establecen diferenciaciones por franjas de edad, por lo que no resulta posible disponer de datos de aquellos menores de edad de nacionalidad extranjera detenidos e investigados, a una concreta edad. Ello sí es posible en Alemania. Por ello, a continuación se va a hacer un breve análisis de la evolución de la delincuencia juvenil en Alemania, distinguiendo para ello a los menores de nacionalidad alemana y aquellos otros extranjeros.

A modo de preámbulo, lo primero que hay que remarcar es que las altas cifras de detenciones de menores que se observan en la PKS no deben llevar a engaño. La razón es que en el ordenamiento jurídico alemán existe una serie de conductas que son calificadas como delito, las cuales no son contempladas como infracción penal en el caso del ordenamiento español. Para ello basta poner como ejemplo las conductas calificadas en Alemania como «defraudación de servicios» (*Erschleichen von Leistungen*), que no es otra cosa que el viajar sin billete válido en el transporte público, o bien las infracciones contra la legislación de extranjería, las cuales son consideradas como delito en el Derecho penal alemán.

Una vez hechas estas consideraciones, con respecto a la franja de edad comprendida entre los 14 y los 17 años, puede observarse que, en el caso de los menores alemanes, desde el año 2010 se produce un descenso continuado y apreciable en la cifra de detenidos, con la única excepción de los años 2017 y 2019, en los cuales hay un ligero repunte, sin llegar eso sí en ningún caso a las cifras de años anteriores (Tabla 13). Algo semejante ocurre en relación a los menores extranjeros comprendidos en la misma franja de edad, si bien aquí hay que hacer mención a un hecho particularmente relevante: Desde el año 2010 hasta el año 2012 se produce un continuo descenso en el número de detenidos, aumentando levemente en el año 2013. Pero a partir del año 2014 y hasta el año 2017 se registra un aumento extraordinario en la cifra de detenidos menores de edad extranjeros (Tabla 14). Así, mientras que en el año 2014 se produjeron un total de 43.575 detenciones, un año más tarde se alcanzó la

increíble cifra de 83.243. Es evidente que este aumento tiene una explicación que va más allá de consideraciones jurídicas o criminológicas: Durante el lapso temporal que va de los años 2014 a 2017 se produjo en Alemania la entrada masiva de familias procedentes de distintos lugares del mundo (sobre todo de Siria e Irak), algunas de ellas en busca de refugio y asilo, otras por razones económicas. Ello dio lugar a que se incrementaran exponencialmente los delitos asociados a la legislación de extranjería, los cuales también resultaban de aplicación con respecto a los menores de edad. Como muestra, puede observarse en la Tabla 14 cómo el número de sospechosos (*Tatverdächtige*) menores de 14 años pasó de 14.648 en el año 2014 a 32.016 en el año 2015, alcanzando la asombrosa cifra de 46.709 en el año 2016 para, un año más tarde, volver a situarse en una cifra considerablemente más baja (24.449).

Es evidente que si de las estadísticas oficiales alemanas se extraen para el cómputo de detenidos aquellas infracciones relacionadas con la legislación de extranjería, el número de menores extranjeros detenidos bajaría de forma considerable.

Finalmente, si se observa la evolución de la delincuencia juvenil atendiendo únicamente a aquellos niños, menores y jóvenes semi-adultos de nacionalidad alemana, puede observarse cómo entre los años 2010 y 2016 se produce un continuo descenso en la cifra de detenidos; aumentando levemente en el año 2017 para, un año más tarde, volver a situarse en cifras cercanas al año 2016. En el último año del cual se dispone información (2019), la cifra de niños, menores y jóvenes autóctonos investigados por la policía alemana ha vuelto a sufrir un ligero repunte (306.443 en el año 2019, frente a los 301.120 del año 2018). Con todo, las cifras siguen estando –en sentido positivo– muy lejos de las de los años 2010 y 2011.

Tabla 13. *Evolución de la delincuencia juvenil en Alemania (2010-2019), por grupos de edad. Niños, menores y jóvenes semi-adultos autóctonos*

Años	Niños menores de 14 años	Jóvenes entre 14 y 17 años	Semi-adultos entre 18-19 años	Cifra Total
2010	84.391	189.907	175.488	449.786
2011	72.039	175.002	162.447	409.488
2012	63.618	162.471	152.989	379.078
2013	56.489	152.054	142.590	360.597
2014	53.647	146.777	135.565	335.989
2015	47.355	134.782	126.897	309.034
2016	43.901	130.152	122.832	296.885
2017	50.448	137.916	121.262	309.626
2018	49.259	134.363	117.498	301.120
2019	51.985	136.885	117.573	306.443

Fuente: *Elaboración propia a partir de la Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS)*

Tabla 14. *Evolución de la delincuencia juvenil en Alemania (2010-2019), por grupos de edad. Niños, menores y jóvenes semi-adultos extranjeros*

Años	Niños menores de 14 años	Jóvenes entre 14 y 17 años	Semi-adultos entre 18 y 20 años	Cifra total
2010	16.998	41.636	41.276	99.910
2011	13.516	39.734	42.044	95.910
2012	11.831	37.786	43.266	92.883
2013	12.786	38.151	46.080	97.017
2014	14.648	43.575	56.724	114.947
2015	32.016	83.243	104.529	219.788
2016	46.709	79.656	109.250	235.615
2017	24.449	52.378	74.186	151.013
2018	21.344	43.068	68.025	132.437
2019	20.905	40.197	60.201	121.303

Fuente: *Elaboración propia a partir de la Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS)*

5.2. Aspectos destacables de las estadísticas oficiales alemanas en relación a la delincuencia juvenil

Para corroborar empíricamente las deficiencias denunciadas anteriormente en relación a los datos estadísticos contenidos en el AEMI, a continuación se va a enumerar una serie de aspectos inherentes a las estadísticas policiales alemanas, que sin duda pueden resultar de interés de cara a respaldar con datos la necesidad de mejorar las estadísticas policiales españolas. Así, en relación a las estadísticas alemanas conviene de entrada señalar lo siguiente:

La PKS contiene las conductas delictivas conocidas por la policía, incluyendo aquellas tentativas conminadas con una pena; además reproduce el número de sospechosos investigados, así como una serie de datos sucesivos. En la estadística de la PKS no se recogen las siguientes conductas delictivas: (1) delitos contra la seguridad del Estado; (2) delitos contra la seguridad vial⁽⁷²⁾; (3) contravenciones administrativas; (4) delitos que no son competencia de la policía (por ejemplo, delitos financieros

(72) Con respecto a los delitos contra la seguridad vial, la PKS no recoge aquellos delitos imprudentes que traen causa de accidentes de tráfico. Ahora bien, conductas de lesiones o con resultado de muerte, concebidas como de comisión dolosa, sí que se recogen en las estadísticas policiales cuando las mismas se encuentran en relación con delitos contra la seguridad vial. Véase: BUNDESKRIMINALAMT, *Polizeiliche Kriminalstatistik für das Jahr 2019*, Wiesbaden, 2020, p. 9.

o fiscales); (5) delitos que han sido denunciados directamente al Ministerio Público; (6) delitos que han sido cometidos fuera de Alemania.

También en el caso de Alemania, y más allá de un cambio real –en sentido positivo o negativo– en la tasa de criminalidad, se hace referencia a una serie de factores que pueden influir en la validez y fiabilidad de los datos estadísticos, señalando expresamente, entre otros, los siguientes: (1) el comportamiento de la población a la hora de denunciar delitos; (2) la mayor o menor intensidad en el control de la delincuencia por parte de las fuerzas policiales; (3) cambios en la recopilación de los datos estadísticos; (4) cambios en el Derecho penal. Por tanto, la PKS no ofrece «un reflejo exacto de la realidad del delito», sino más bien una aproximación más o menos precisa a la realidad, y ello en función del tipo de delito(73).

Hechas estas puntualizaciones previas, de cara a realizar una comparación de las estadísticas policiales alemanas con las españolas, los datos sobre la delincuencia publicados anualmente en la PKS presentan las siguientes características dignas de mención(74):

(1) Los mismos hacen referencia al número de sospechosos (*Tatverdächtige*) detenidos por la policía. Los datos que aparecen en la PKS provienen de la información proporcionada por todas y cada una de las Oficinas de Policía Criminal de los distintos *Länder* (16) existentes en Alemania (*Landeskriminalämter*). Por lo tanto, al contrario de lo que ocurre en España, el país germano sí que dispone de una estadística nacional sobre la delincuencia.

(2) En cuanto a la estructura etaria de las personas detenidas en Alemania, el número de niños detenidos con una edad inferior a los 14 años (inimputables según el Derecho penal juvenil alemán), es contabilizado a partir de las siguientes franjas de edad: hasta los 5 años, de 6 a 7, de 8 a 9, de 10 a 11 y de 12 a 13 (*Tabla 15*).⁽⁷⁵⁾ Por tanto, con el fin de obtener una imagen lo más completa posible de la situación de la seguridad comprobable estadísticamente, los datos de la PKS también incluyen delitos cometidos por niños (menores de 14 años) que no son penalmente responsables, así como por enfermos mentales que carecen de capacidad de culpabilidad. Al respecto, la propia PKS señala expresamente que sobre la cuestión relativa a la culpabilidad debe pronunciarse la justicia, no la policía(76).

(73) *Ibid.*, p. 7.

(74) Los lectores interesados en consultar las estadísticas policiales de otros países europeos pueden hacerlo en la Sección *Sources* (Fuentes) al final del Capítulo I de cada edición del *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*. Disponible en Internet: <https://wp.unil.ch/europeansourcebook/> (último acceso: 11 de abril de 2021).

(75) BUNDESKRIMINALAMT, *op. cit.*, p. 27.

(76) *Ibid.*, p. 7.

(3) Por lo que se refiere a los menores de edad sometidos a la legislación penal juvenil (jóvenes, *Jugendliche*, de entre 14 y 17 años), los datos estadísticos publicados en la PKS, al contrario de lo que sucede en España, diferencian las siguientes franjas de edad: entre 14 y 15 años por un lado, y entre 16 y 17 años, por otro (Tabla)(77).

(4) Además, y como se apuntó en el epígrafe anterior, la PKS también registra el número de personas detenidas con edades comprendidas entre los 18 y los 20 años (*Heranwachsende*), las cuales pueden ser enjuiciadas y condenadas según las disposiciones del Derecho penal juvenil, si se cumplen eso sí una serie de requisitos previstos en el párrafo § 105 de la Ley de los Tribunales Juveniles alemana (Tabla 15)(78). Conviene por último señalar que con respecto a las tres categorías etarias que se acaban de analizar (y al igual que sucede con la delincuencia adulta), la PKS diferencia también el número de detenidos en función del sexo.

Tabla 15. Número de niños, menores y jóvenes semi-adultos detenidos en Alemania, por franjas de edad. Año 2019

GRUPO DE EDAD	SOSPECHOSOS DETENIDOS		
	Sexo masculino	Sexo femenino	Cifra Total
Niños	50.636	22.254	72.890
Por debajo de 6 años	1.985	1.576	3.561
Entre 6 y 7 años	2.430	932	3.362
Entre 8 y 9 años	6.121	1.903	8.024
Entre 10 y 11 años	12.672	4.628	17.056
Entre 12 y 13 años	27.672	13.215	40.887
Menores	128.081	49.001	177.082
Entre 14 y 15 años	54.636	25.226	79.862
Entre 16 y 17 años	73.445	23.774	97.862
Jóvenes semi-adultos (entre 18 y 20 años)	140.338	37.436	177.774

Fuente: Elaboración propia a partir de la PKS correspondiente al año 2019

(77) *Ibid.*, p. 27.

(78) *Ibid.*, p. 27. Los datos estadísticos existentes en Alemania muestran que, en más de un 60 por 100 de los casos, los Jueces de Menores aplican la normativa contenida en la Ley de los Tribunales Juveniles (*Jugendgerichtsgesetz*, JGG) a la franja de edad de entre 18 y 20 años. Véase al respecto: CANO PAÑOS, *op. cit.*, p. 158.

(5) Siguiendo con los datos referentes a la delincuencia juvenil en Alemania, la PKS también diferencia entre detenidos con nacionalidad alemana (*deutsche Tatverdächtige*) y detenidos no nacionales (*nichtdeutsche Tatverdächtige*). En este concreto caso, las estadísticas diferencian los siguientes grupos de edad: niños por debajo de los 14 años, jóvenes de entre 14 y 17 años (sin subdivisiones adicionales), así como jóvenes semi-adultos de entre 18 y 20 años (*Tabla 16*)(79). En el sentido apuntado, hay que tener en cuenta la existencia en Alemania de un número considerable de menores de edad, los cuales, aunque disponen de la nacionalidad alemana (al haber, por ejemplo, nacido en el país), presentan, sin embargo, un trasfondo migratorio (por ejemplo: individuos de segunda generación de padres extranjeros). Hay que decir que esta circunstancia no es tenida en cuenta en los datos estadísticos publicados por la PKS, lo cual ha suscitado críticas ya que, al no realizarse una tal diferenciación, los datos de menores de edad alemanes detenidos en un año incluyen también aquellos que, aun teniendo nacionalidad alemana, proceden de familias extranjeras, es decir, presentan un trasfondo migratorio(80). Lo único que hace la PKS es diferenciar entre sospechosos alemanes y no alemanes. El criterio para ello es la nacionalidad, no teniéndose en cambio en cuenta un posible trasfondo migratorio(81). Por otro lado, tampoco en el caso de Alemania se ofrecen datos sobre el país de procedencia del infractor, ya sea este adulto o menor de edad.

(79) BUNDESKRIMINALAMT, *op. cit.*, p. 30.

(80) MÜLLER, A., *Zuwanderung und ihre Auswirkungen auf die Jugendkriminalität*, Múnich, 2015, pp. 7-10; UYSAL, B., LINK, E. y WEISS, M., «Migrationshintergrund und Jugendkriminalität», en: REINECKE, J., STEMMLER, M. y WITTENBERG, J. (eds.), *Devianz und Delinquenz im Kindes- und Jugendalter*, Wiesbaden, 2016, pp. 75-76.

(81) BUNDESKRIMINALAMT, *op. cit.*, p. 30.

Tabla 16. Número de niños, menores y jóvenes semi-adultos detenidos en Alemania, por franjas de edad, en función de su condición de nacionales o extranjeros. Año 2019

GRUPO DE EDAD	SOSPECHOSOS DETENIDOS DE NACIONALIDAD ALEMANA	SOSPECHOSOS DETENIDOS DE NACIONALIDAD EXTRANJERA
	Cifra total	Cifra total
Cifra total de sospechosos detenidos	1.318.980	577.241
De sexo masculino	971.347	461.753
De sexo femenino	347.862	115.488
Niños menores de 14 años	51.986	14.921
De sexo masculino	36.760	10.645
De sexo femenino	15.226	4.276
Menores de entre 14 y 17 años	136.880	33.252
De sexo masculino	97.783	25.153
De sexo femenino	39.097	8.099
Jóvenes semi-adultos de entre 18 y 20 años	117.558	51.035
De sexo masculino	90.880	42.761
De sexo femenino	26.678	8.274
Adultos	1.012.556	478.033

Fuente: Elaboración propia a partir de la PKS correspondiente al año 2019

(6) Por último, en cuanto a la estructura de la delincuencia juvenil en Alemania, los datos que publica la PKS no dan lugar a problemas interpretativos en relación a determinadas tipologías delictivas, ya que los datos oficiales reproducen literalmente los preceptos del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*, StGB) que contienen las distintas tipologías delictivas. El catálogo de infracciones penales contenidas en la PKS que sirve de base para el registro de conductas se fundamenta por tanto en las disposiciones penales del Derecho penal sustantivo y, en gran medida, y parcialmente subdividido según aspectos criminológicos, refleja las normas del Código Penal y las numerosas leyes especiales del Derecho penal especial germano(82).

En lo que a este trabajo interesa, la PKS desglosa los delitos cometidos por sujetos menores de edad, diferenciando para ello tres franjas en concreto: (1) niños menores de 14 años (*Kinder*) (Tabla 17); (2) menores de entre 14 y 17 años (*Jugendliche*) (Tabla 18) y (3) jóvenes

(82) *Ibid.*, p. 5.

semi-adultos de entre 18 y 20 años (*Heranwachsende*) (Tabla 19)(83). Sin embargo, el análisis que la PKS realiza de la estructura de la delincuencia infantil y juvenil, así como aquella cometida por la categoría de los jóvenes semi-adultos, no es exhaustivo, ya que las tablas publicadas contienen únicamente una selección delitos y grupos de delitos (*ausgewählte Straftaten/-gruppen*).

Tabla 17. Estructura de la delincuencia juvenil con respecto a los niños menores de 14 años detenidos en Alemania. Año 2019

SELECCIÓN DE DELITOS/ GRUPOS DE DELITOS	Niños sospechosos de nacionalidad alemana	Niños sospechosos de nacionalidad extranjera
Cifra total de delitos	51.985	20.905
Cifra total de delitos, con exclusión de las infracciones en materia de extranjería	51.986	14.921
Lesiones peligrosas y graves, mutilación genital femenina	5.454	2.005
Lesión leve de carácter dolosa	8.677	2.667
Hurto en circunstancias agravantes	2.267	786
Hurto en tiendas, en general	16.847	5.960
Delito de incendio	801	115
Injurias	3.322	635
Daños	8.515	1.474
Delito de drogas	1.502	137

Fuente: Elaboración propia a partir de la PKS correspondiente al año 2019

Tabla 18. Estructura de la delincuencia juvenil con respecto a los menores de entre 14 y 17 años detenidos en Alemania. Año 2019

NACIONALIDAD			
SELECCIÓN DE DELITOS/ GRUPOS DE DELITOS		Menores sospechosos de nacionalidad alemana	Menores sospechosos de nacionalidad extranjera
	Cifra total de delitos	136.885	40.197
	Cifra total de delitos, con exclusión de las infracciones en materia de extranjería	136.880	33.252
	Delito de lesiones, en general	30.701	10.076
	Amenazas	5.287	1.343

(83) *Ibid.*, pp. 32, 33 y 35.

SELECCIÓN DE DELITOS/ GRUPOS DE DELITOS	Hurto en circunstancias agravantes	9.092	2.881
	Hurto en tiendas, en general	29.776	9.553
	Injurias	10.389	1.959
	Daños	17.398	2.442
	Delitos de drogas	30.583	3.886
	Cannabis y preparaciones	26.208	3.453

Fuente: Elaboración propia a partir de la PKS correspondiente al año 2019

Tabla 19. Estructura de la delincuencia juvenil con respecto a los jóvenes semi-adultos de entre 18 y 20 años detenidos en Alemania. Año 2019

Selección de delitos/ Grupos de delitos	Jóvenes semi-adultos sospechosos de nacionalidad alemana	Jóvenes semi-adultos sospechosos de nacionalidad extranjera
Cifra total de delitos	51.985	20.905
Cifra total de delitos, con exclusión de las infracciones en materia de extranjería.	51.986	14.921
Delito de lesiones en general	5.454	2.005
Amenazas	8.677	2.667
Hurto en circunstancias agravantes	2.267	786
Hurto en tiendas, en general	16.847	5.960
Falsificación de documentos	801	115
Daños	3.322	635
Delito de drogas	8.515	1.474
Cannabis y preparados de dicha sustancia	1.502	137

Fuente: Elaboración propia a partir de la PKS correspondiente al año 2019

A partir de los datos que reflejan estas tablas en relación a la estructura de la delincuencia juvenil en Alemania, sorprende que la PKS no haga referencia alguna a delitos con los que a buen seguro se encuentran también confrontados los menores y jóvenes en Alemania, sean nacionales o extranjeros, como pueden ser por ejemplo los delitos sexuales y la violencia filio-parental. Por tanto, en lo que concierne a la estructura de la delincuencia juvenil, Alemania se enfrenta también a los mismos problemas estadísticos que en el caso de España.

6. CONCLUSIONES

A pesar de que en los últimos años se ha mejorado sustancialmente en el desarrollo de instrumentos científicos para mejorar el

conocimiento cualitativo y cuantitativo de la delincuencia, como son las encuestas de victimización y los cuestionarios de autoinforme, las cifras oficiales de delincuencia registrada del Ministerio del Interior siguen constituyendo en la actualidad la más exhaustiva y regular fuente de información sobre la realidad delincencial y, en consecuencia, su manejo e información resulta imprescindible no solo para llevar a cabo cualquier investigación criminológica que presuma de ser seria y rigurosa, sino también para el desarrollo de cualquier propuesta político-criminal.

En este momento siguen sin existir en España estadísticas policiales nacionales de la delincuencia. Las que se publican a través del Ministerio del Interior (AEMI) no cubren el territorio de Cataluña, el cual se encuentra bajo la competencia del Cuerpo policial de los ME. Además, estas estadísticas solo se ocupan de algunas infracciones y grupos de infracciones, y proporcionan información general, sin presentar de manera detallada cada infracción y sus formas. En el concreto ámbito de la delincuencia juvenil, sigue sin realizarse una diferenciación de los menores y jóvenes detenidos e investigados en función no solo de su edad, sino también con respecto a su condición de autóctono o extranjero.

Por consiguiente, las estadísticas del Ministerio del Interior son incompletas tanto desde el punto de vista territorial como material. Por lo explicado, dichas estadísticas tampoco son fiables y resultan inútiles tanto para los investigadores interesados en la evolución de la delincuencia registrada por la policía en España, como para aquellos que intenten realizar comparaciones internacionales. En este contexto, no debe subestimarse la influencia que las estadísticas policiales pueden tener sobre la política criminal(84).

Es harto probable que los datos estadísticos de cuya ausencia ha tratado el siguiente trabajo existan en sede del Ministerio del Interior, como así parecen atestiguarlo distintos estudios que sobre la criminalidad se publican desde el Gabinete de Coordinación y Estudios(85). Lo que no se acierta a comprender es por qué esos datos no se trasladan al AEMI.

(84) AEBI/LINDE, *op. cit.*, p. 26.

(85) Paradigmático en este sentido es el Informe publicado en el año 2019 sobre los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España, al cual se ha hecho referencia anteriormente. En el mismo no solo se reproducen datos sobre el número de detenciones de menores con edades comprendidas entre los 14 y los 17 años, sino que incluso se dan detalles sobre la nacionalidad de los detenidos/investigados. Véase al respecto: MINISTERIO DEL INTERIOR (2019), *op. cit.*, p. 31.

Como conclusión final, se considera imprescindible una información fiable, exhaustiva y contrastada sobre la criminalidad existente en España. Solo así se puede sentar una base realista para que el ciudadano pueda configurar su percepción sobre la problemática de la delincuencia, así como conocer su volumen y evolución. Esto es si cabe mucho más importante en el contexto de la delincuencia juvenil, un ámbito susceptible de ser manipulado desde un punto de vista exclusivamente alarmista. La realidad muestra cómo, hoy en día, la fuente de información más cercana sobre la delincuencia procede de los medios de comunicación, los cuales tienden a ofrecer una imagen preocupante de la delincuencia. Este hecho desdibuja, en gran medida, la realidad sobre el fenómeno de la delincuencia, creando un estado de alarma en la sociedad y un miedo exagerados, los cuales se propagan a los órganos de decisión política.

La buena disposición que, con frecuencia, mostró en su momento el Gabinete de Estudios de Seguridad Interior (GESI) (hoy sustituido por la Dirección General de Coordinación y Estudios), dependiente del Ministerio del Interior, para facilitar los datos que le solicitan profesionales e investigadores –previa solicitud individual y motivada y tras la correspondiente espera–, no puede sustituir a la palmaria inobservancia del derecho de libre acceso a la información que, con las cautelas debidas por razones de orden público, es inherente a cualquier sociedad democrática(86).

(86) En una consulta realizada el 7 de mayo de 2021 al Sistema estadístico y atención a víctimas, a través del correo electrónico, en la cual se preguntaba, entre otras cuestiones, sobre la posibilidad de disponer de los datos estadísticos sobre los menores de 14 años detenidos e investigados, el número de detenciones por franjas de edad (14, 15, 16 y 17 años), así como el país de origen de los menores detenidos e investigados, la respuesta de dicho organismo, fechada el 12 de mayo de 2021 fue literalmente –sin un previo saludo o deferencia formal con respecto al destinatario del mensaje– la siguiente: «Vista la solicitud de acceso a la información pública detallada en su correo electrónico que se detalla a continuación le informamos que en la actualidad, la publicación de datos de criminalidad se rige por lo que establece la Ley 12/1989, 9 de mayo, de la Función Estadística Pública. De conformidad con lo establecido en el artículo 7 de esta Ley y con lo recogido en la disposición adicional cuarta de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1990, modificada por la disposición adicional segunda de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, las estadísticas incluidas en el Plan Estadístico Nacional 2021-2024, aprobado por Real Decreto 1110/2020 de 15 de diciembre, son de cumplimentación obligatoria, sin perjuicio de que serán de aportación estrictamente voluntaria y, en consecuencia, solo podrán recogerse previo consentimiento expreso de los interesados los datos susceptibles de revelar el origen étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o ideológicas y, en general, cuantas circunstancias puedan afectar a la intimidad personal o familiar».

BIBLIOGRAFÍA

- ABADÍAS SELMA, A., «La violencia filio-parental en los tiempos de la COVID-19: entre la “patología del amor” y la pandemia», *La Ley Penal*, núm. 146, 2020, pp. 1-32.
- ABADÍAS SELMA, A., *Delincuencia juvenil. Temas para su estudio*, 1.ª Ed., A Coruña, 2021.
- AEBI, M. y LINDE, A., «El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-07, 2010, pp. 1-30.
- AEBI, M., CANEPELE, S., HASHIMOTO, Y. Z., JEHLE, J. M., KHAN, T. S., KÜHN, O., LEWIS, C., MOLNAR, L., ÞÓRISDÓTTIR, R./SMIT, P., y corresponsales nacionales (2021), *Original data of the European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2021*, 6.ª Ed., Series UNIL-CRIM, (2)2021. Lausanne, 2021.
- BUNDESKRIMINALAMT, *Polizeiliche Kriminalstatistik für das Jahr 2019*, Wiesbaden, 2020.
- CÁMARA ARROYO, S., «Delincuencia juvenil femenina: apuntes criminológicos para su estudio en España», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXVI, 2013, pp. 293-362.
- CANO PAÑOS, M. Á., *El futuro del Derecho penal juvenil europeo*, Barcelona, 2006.
- DEPARTAMENT D'INTERIOR, *Informe 2016 sobre la seguretat a Catalunya*, Barcelona, 2016.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI», *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 1, núm. 4, 2006, pp. 1-19.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. (eds.), *Los problemas de la investigación empírica en criminología: La situación española*, Valencia, 2001.
- FERNÁNDEZ MOLINA, E., «Datos oficiales de la delincuencia juvenil: valorando el resultado del proceso de producción de datos de la Fiscalía de menores», *InDret*, núm. 2, 2013, pp. 1-24.
- FERNÁNDEZ-PACHECO ALISES, G., *Entendiendo la relación entre menores de origen migrante y delincuencia: Una aportación criminológica*, Cizur Menor, 2021.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria del año 2019*, Madrid, 2020.
- GARCÍA ESPAÑA, E., «De menores inmigrantes en protección a jóvenes extranjeros en prisión», *InDret*, núm. 3, 2016, pp. 1-27.
- GARCÍA ESPAÑA, E. y PÉREZ JIMÉNEZ, F. (2004), *Evolución de la delincuencia en España y Andalucía: Análisis e interpretación de las estadísticas oficiales*, Málaga, 2004.
- GARCÍA PÉREZ, O. (Dir.), DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., PÉREZ JIMÉNEZ, F. y GARCÍA RUÍZ, S., *La delincuencia juvenil ante los Juzgados de Menores*, Valencia, 2008.

- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Cifras oficiales de población resultantes de la revisión del Padrón municipal a 1 de enero*, 2020. Disponible en Internet: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=2915>
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Infracciones penales según edad*, 2020. Disponible en Internet: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=26028>
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Menores condenados según sexo, edad y nacionalidad*, 2020. Disponible en Internet: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=25721>
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Población por edad (grupos quinquenales), Españoles/Extranjeros, Sexo y Año*, 2020. Disponible en Internet: <https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/e245/p08/l0/&file=01002.px&L=0>
- MINISTERIO DEL INTERIOR, *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior correspondiente al año 1999*, Madrid, 2000.
- MINISTERIO DEL INTERIOR, *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior correspondiente al año 2002*, Madrid, 2003.
- MINISTERIO DEL INTERIOR, *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior correspondiente al año 2005*, Madrid, 2006.
- MINISTERIO DEL INTERIOR, *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior correspondiente al año 2007*, Madrid, 2008.
- MINISTERIO DEL INTERIOR, *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España*, Madrid, 2019.
- MINISTERIO DEL INTERIOR, *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior correspondiente al año 2019*, Madrid, 2020.
- MONTERO HERNANZ, T., «La justicia juvenil en España en datos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, núm. 8, 2012, pp. 537-558.
- MOSSOS D'ESQUADRA, *Balanç de seguretat i activitat policial 2019. Policia de Catalunya*, Barcelona, 2020.
- MÜLLER, A., *Zuwanderung und ihre Auswirkungen auf die Jugendkriminalität*, Múnich, 2015.
- PEREIRA, R., LOINAZ, I., DEL HOYO-BILBAO, J., ARROSPIDE, J., BERTINO, L., CALVO, A., MONTES, Y. Y GUTIÉRREZ, M. M., «Propuesta de definición de violencia filio-parental: Consenso de la Sociedad Española para el Estudio de la violencia filio-parental (SEVIFIP)», *Papeles del Psicólogo*, Vol. 38(3), 2017, pp. 216-223.
- SALMERÓN CEJUDO, F. y ZENNI GÓMEZ, E., «Análisis de la delincuencia de menores extranjeros en la provincia de Málaga», *Boletín Criminológico*, núm. 78 (febrero/marzo), 2005, pp. 1-4.
- SAN JUAN GUILLÉN, C. y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (eds.), *Menores extranjeros infractores en la Unión Europea. Teorías, perfiles y propuestas de intervención*, Bilbao, 2006.
- SERRANO GÓMEZ, A., «Dudosa fiabilidad de las estadísticas policiales sobre criminalidad en España», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, núm. 6, 2011, pp. 425-454.

- SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción a la Criminología*, 4.^a Ed., Madrid, 2005.
- SERRANO TÁRRAGA, M. D., «La medición del delito y la importancia de sus aportaciones para la Criminología contemporánea», *Revista de Derecho UNED*, núm. 20, 2017, pp. 127-160.
- SHEERER, S., «Der politisch-publizistische Verstärkerkreislauf. Zur Beeinflussung der Massenmedien im Prozeß strafrechtlicher Normgenese», *Kriminologisches Journal*, núm. 10, 1978, pp. 223-227 (existe una traducción del texto al español publicada en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a época, núm. 8, 2012, pp. 403-410).
- UYSAL, B., LINK, E. y WEISS, M., «Migrationshintergrund und Jugendkriminalität», en: REINECKE, J., STEMMLER, M. y WITTENBERG, J. (eds.), *Devianz und Delinquenz im Kindes- und Jugendalter*, Wiesbaden, 2016, pp. 75-83.
- WALBURG, C., «Migration und Kriminalität–Erfahrungen und neuere Entwicklungen», *Bundeszentrale für politische Bildung*, 2020. Disponible en Internet: <https://www.bpb.de/politik/innenpolitik/innere-sicherheit/301624/migration-und-kriminalitaet>

La Rebeldía Penal

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Magistrado
Doctor en Derecho

«Así es, mi pobre Juan; porque en España se castiga a los criminales, pero con mucha más dureza a los que, además de serlo, se dejan coger o no se escapan; en suma, a los tontos».

Luis Silvela, *El Código penal y el sentido común*,
Tipografía de Manuel G. Hernández, Madrid, 1886, p. 32.

RESUMEN

En el presente trabajo hemos llevado a cabo un detallado estudio de la figura procesal de la rebeldía penal, analizando su evolución histórica y los modelos que ofrece el derecho comparado, para así, desde dichos parámetros, poder realizar un análisis crítico de las respuestas que nuestro Derecho da a una situación procesal que en la práctica forense presenta una singular problemática. Para superar estas deficiencias se apuestan por algunas posibles soluciones.

Palabras clave: rebeldía penal, proceso penal, enjuiciamiento en rebeldía.

ABSTRACT

In the present paper we have carried out a detailed study of the procedural figure of criminal absence, analyzing its historical evolution and the models offered by comparative law, in order to do so, from these parameters, by carrying out a critical

analysis of the responses that our Law gives to a procedural situation that in forensic practice presents a singular problematic. To overcome these deficiencies, they bet on some possible solutions.

Keywords: *criminal absence, criminal procedure, "trial in absentia".*

SUMARIO: I. Introducción. Sobre el concepto de rebelde como parte: I.1 Introducción. I.2 El problema de la existencia de partes en el proceso penal. I.3 La doctrina italiana. I.4 La doctrina española. I.5 El proceso como "Rechtslage". I.6 La doctrina alemana. I.7 La rebeldía como «situación procesal». I.8 Los contornos del concepto de rebelde.—II. Una mirada atrás para comprender el presente: II.1 La rebeldía en el Derecho romano. II.2 La doctrina medieval de la contumacia. II.3 La rebeldía en los textos y fueros medievales. II.4 La «revitalización» de la rebeldía en la Monarquía absoluta. II.5 Reglamentación del procedimiento contumacial en el siglo XVI. II.6 Las críticas desde la Ilustración y la Escuela clásica. II.7 El siglo XIX. La larga senda hacia el juicio oral. II.8 La meta: la necesaria comparecencia del acusado en el juicio.—III. La rebeldía penal en el derecho comparado: III.1 Los diversos sistemas regulatorios. III.2 El modelo del *Common Law*: el sistema británico y su evolución. III.3 La rebeldía en el Derecho norteamericano. III.4 El modelo del Derecho continental: notas características. III.5 El ordenamiento francés. III.6 La rebeldía en Alemania. III.7 El caso del Derecho italiano. III.8 Los Tribunales Penales Internacionales.—IV. La rebeldía penal en nuestro ordenamiento. IV.1 Notas características de nuestro sistema. IV.2 Fundamento y naturaleza jurídica de la presencia del imputado. IV.3 La rebeldía y sus presupuestos: la requisitoria. IV.4 El auto de rebeldía: sus efectos. IV.5 Rebeldía y derecho de defensa. IV.6 La rebeldía de la persona jurídica.—V. Balance conclusivo.

I. INTRODUCCIÓN. SOBRE EL CONCEPTO DE REBELDE COMO PARTE

I.1 Introducción

Resulta curioso que la figura de la rebeldía en el enjuiciamiento criminal, pese a su trascendental importancia en la práctica forense, haya suscitado tradicionalmente tan poca atención doctrinal, no solo si la comparamos con su homónima civil, sino también con el resto de institutos que vertebran nuestro proceso penal⁽¹⁾. Se podría así soste-

(1) En este sentido, y como simple botón de muestra de este diferente trato bibliográfico, podemos señalar que en la recopilación bibliográfica en materia procesal realizada en su día por Ramos Méndez para el periodo correspondiente al último cuarto de siglo XX, observamos que el número de trabajos referidos a la rebeldía en

ner, parafraseando a Carnelutti, que si la Ciencia procesal penal es la «cenerentola» del Derecho procesal(2), la rebeldía penal sería «la cenicienta de la cenicienta». Si esta orfandad de estudios doctrinales podría ya de por sí justificar la realización de un trabajo como el presente, hemos de decir que el *leitmotiv* del mismo trasciende con mucho el mero prurito científico, pues ha sido nuestra experiencia judicial la que nos ha llevado a entender necesaria su elaboración. Y es que la peculiar, y en no pocas ocasiones, privilegiada situación en la que se encuentra el rebelde en nuestro proceso penal exige, en mi opinión, un detallado estudio de su actual estatuto jurídico, para poder así denunciar las deficiencias y disfunciones que el mismo presenta. Digo privilegiada situación pues, como con detalle veremos, creo que en su configuración hemos pasado de concebir al rebelde penal como una situación procesal claramente desfavorecida, a otra en la que incluso se encuentra en mejor situación de quien se halla a disposición de la justicia. Se ha transitado así de entender, por ejemplo, que el tiempo pasado en rebeldía no se computaba a efectos de prescripción (arts. 133 y 134 del Código Penal de 1870), que al penado que no acudía al juicio no se le podía abonar la prisión preventiva sufrida en esa causa (art. 5 de la Ley sobre abono de la prisión preventiva de 1901), o que al rebelde no se le permitía acceder al beneficio de la suspensión de la pena (art. 2 de la Ley de condena condicional de 1908), a todo lo contrario, llegándose en ocasiones, incluso, a permitírsele tener una participación activa en el proceso a través de la presentación de recursos. A ello habría que añadir la previsión de que, una vez habido, el

el proceso civil, multiplica por tres al relativo a los dedicados a la rebeldía penal (de un total de veintiocho registros sobre rebeldía, solo ocho referidos a la rebeldía penal). Vid. RAMOS MÉNDEZ, F., *Bibliografía procesal española (1978-2000)*, J. M., Bosch, Barcelona, 2001, p. 627 (índice) y referencias en pp. 129, 147, 268, 270, 397, 449, 500 y 541.

(2) CARNELUTTI, F., «La cenerentola», en *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 1, 1946, pp. 1 y ss. Su texto puede también verse en *Questioni sul Processo penale*, ed. Cesare Zuffi, Bologna, 1950, existiendo traducción al español realizada por Santiago Sentís Melendo, *Cuestiones sobre el proceso penal*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1994, pp. 13 y ss., en donde leemos: «Había una vez tres hermanas que tenían en común, por lo menos, uno de sus progenitores: se llamaban la ciencia del derecho penal, la ciencia del proceso penal y la ciencia del proceso civil. Y ocurrió que la segunda, en comparación con las otras dos, que eran más bellas y prósperas, había tenido una infancia y una adolescencia desdichadas (cit., p. 15). En una palabra, la teoría del proceso penal se halla todavía en una fase de neta dependencia respecto de la teoría del proceso civil; donde se trata de superar el empirismo, sirven casi exclusivamente los esquemas importados. De una elaboración indígena no digo que no haya huellas, pero sí que son casi irrelevantes; y menos todavía de una exportación del campo del proceso penal al del proceso civil. La cenicienta, justamente, se contentaba con los vestidos desechados por sus más afortunadas hermanas» (cit., p. 18).

acusado rebelde deba ser juzgado repitiendo de nuevo y de manera íntegra el juicio ya celebrado respecto de los coacusados que no eludieron la acción de la justicia, lo que en la práctica genera profundas disfunciones y traslada a la ciudadanía, muy particularmente a los testigos que tienen que deponer sucesivamente en un mismo juicio que se repite en el tiempo, una imagen de nuestro sistema procesal poco entendible. No han sido pocos los autores que han señalado lo criticable de esta situación, al entender que la suspensión del procedimiento supone llevar hasta las últimas consecuencias el principio de autodefensa, siendo que «la incomparecencia voluntaria del procesado, interfiriendo la marcha del proceso en su propio favor, representa una evidente injusticia por encontrarse en condiciones de privilegio con respecto al acusado que comparece, puesto que se le facilita la impunidad y especialmente con la parte contraria comparecida y leal a los dictados de la ley», dañando a un proceso que queda así colapsado por el rebelde que con ello burla a la justicia(3), produciéndose, así, «desde el acopio material de actuaciones en los estantes de las oficinas judiciales por tiempo indefinido, hasta el incumplimiento, que es lo más grave, de las responsabilidades penales o patrimoniales, quedando el perjudicado sin resarcir debidamente sus daños y perjuicios, o siendo causa de grandes dilaciones»(4). En definitiva, se critica que frente al que se encuentra a disposición de la justicia, se coloca en mejor situación jurídica a quien, incumpliendo su deber, se evade de la misma.

La añeja concepción, incompatible en un moderno «Estado de Derecho» (con mayúscula), de que el evadirse de la justicia no es sino el «ejercicio de un derecho natural», parece que sigue pesando. Son aquí recordables las palabras al respecto de Pacheco, cuando justificaba la impunidad del rebelde: «¿Por qué no se pena al que, perseguido por la justicia, apela al recurso de la fuga y se evade de sus persecuciones? ¿Por qué no se pena al que escapa de la cárcel, en que lo tienen preso, mientras se está sustanciando su causa? (...). La ley, nuestra ley, ha respetado los impulsos de la personalidad humana, que rechaza el mal, aunque sea evidentemente justo, cuando va a caer sobre ella (...). Lo que excusa al encarcelado que se fuga no es la idea de que

(3) JIMÉNEZ ASENJO, E., *Derecho procesal penal*, prólogo de Leonardo Prieto Castro, vol. II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, s.f. (¿1949?), p. 292.

(4) Haciéndose eco de esta cita de Carlos Viada y López-Puigcerver, junto a la antes referida de Jiménez de Asenjo, GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del procedimiento contra reos ausentes (arts. 834-846)», en GIMENO SENDRA, V., CONDE-PUMPIDO TORÓN, C., y GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos penales*, tomo VI, Bosch, Barcelona, 2000, p. 887.

pueda ser inocente; lo que le excusa –ya lo hemos dicho– es el *instinto necesario de la naturaleza humana, que nos hace huir el mal, evitar el dolor*. Cuando ese *derecho del reo* contradice a los derechos sociales, el poder debe tomar precauciones para que no se realice, pero pierde su acción para llamarle delito, porque se haya realizado. ¿Teméis que se os escapen los presos? Tened cárceles seguras. ¿Teméis que se os evadan los presidiarios? Celad su custodia cuanto sea permitido a la prudencia humana. Pero no os extrañéis que se aprovechen de vuestros descuidos, porque para eso sería menester que fuesen santos o que no fuesen hombres»(5). Ahora bien, frente a ello, es recordable que también existieron autores decimonónicos que advirtieron del sinsentido de esta configuración del «rebelde». Así Luis Silvela, con su satírica pluma, y para criticar los plazos de prescripción de la pena aplicables, conforme a los Códigos penales de 1848 y 1870 (a diferencia de lo que dispuso el de 1822), a los que se hubieran fugado, siempre que no fuera al extranjero(6), escribirá: «Así es, mi pobre Juan; porque en España se castiga a los criminales, pero con mucha más dureza a los que, además de serlo, se dejan coger o no se escapan; en suma, a los tontos»(7).

(5) PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, J. F., *El Código penal, concordado y comentado*, Tomo I, 6.ª ed., Imprenta y Fundición de Manuel Tello, Madrid, 1888, pp. 503 y s. Existe moderna edición con estudio preliminar y anotaciones de TÉLLEZ AGUILERA, A., Edisofer, Madrid, 2000, pp. 481 y s.

(6) En efecto. Si el Código penal de 1822 prohibía expresamente, y en todo caso, la prescripción de la pena (art. 178), el de 1848 (y su versión de 1850) excluiría de la prescripción de la pena solo al que se hubiese fugado al extranjero (art. 127), precisando aún más el Código penal de 1870 al señalar en su artículo 134 que la prescripción de la pena «se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido para el caso en el que reo se presentare o sea habido, cuando se ausentare a país extranjero con el cual España no haya celebrado tratados de extradición o teniéndolos no tuviere comprendido en ellos el delito...».

(7) SILVELA, L. (bajo el pseudónimo, Elías Visllú –acróstico formado por la combinación de las mismas letras del nombre del autor–), *El Código penal y el sentido común*, Tipografía de Manuel G. Hernández, Madrid, 1886, p. 32. El citado párrafo se enmarca en el capítulo I de esta obra, titulado «La pena del torpe», en donde el autor relata un supuesto caso en el que un penado llamado Felipe Vinegras, que al haber huido de la justicia ha conseguido que la pena impuesta por asesinato haya prescrito, acude a visitar a su compañero en el delito y en la pena, Juan Oliveira, quien todavía se encuentra en prisión cumpliendo la pena a ambos impuesta, y que al verlo no da crédito: «Tú, tú, Felipe Vinegras, que como yo mataste a aquella mujer; que como yo la quemaste los pies y la arrebataste el dinero, ¿podrías ir a la Audiencia, al Consejo de Estado, a hablar al Fiscal para que me indulten a mí, a mí que llevo veinte años de sufrimientos, ya con el fusil defendiendo la plaza, ya recomponiendo las murallas con el agua hasta la cintura, arrastrando esta cadena, pasando frío, pasando hambre, casi sin vestir, viejo caduco y sin fuerzas?» (*Ibidem*), recibiendo como respuesta de éste lo transcrito en nuestro texto.

Es por ello que no está demás comenzar subrayando que el estar a disposición de la justicia y comparecer ante la misma cuando se es llamado es un deber de todo justiciable(8), no existiendo, en modo alguno, ese pretendido «derecho a la fuga». El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de afirmarlo tajantemente, y así en la STC 87/1984, de 27 de julio, ya señaló que «*la comparecencia personal del acusado en el proceso penal es un deber jurídico que se impone, no es un derecho que se le confiere o una carga que se le atribuye. El acusado debe estar en persona a disposición de los Tribunales*. Tanto es así, que la simple citación de la persona a quien se impute un acto punible cuando el citado no comparezca ni justificase causa legítima, podrá convertirse en orden de detención ex art. 487 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Es así poco explicable que quien ha infringido un deber pueda recibir del derecho como respuesta el colocarlo en mejor situación jurídica respecto de quien sí ha cumplido el mismo. La suavización de la doctrina de proscripción del abuso de representación que, como veremos, ha propiciado el propio Tribunal Constitucional, es una prueba de ello(9).

Por supuesto que no se trata de proponer un nuevo estatuto jurídico que vuelva su vista a concepciones pretéritas del rebelde penal, como las antes apuntadas, convirtiéndolo en un exponente de lo que podríamos llamar «Derecho procesal penal del enemigo». No es eso. Lo que entendemos necesario es un nuevo estatuto del rebelde en el que se combinen las necesarias garantías procesales que el mismo debe tener, con los derechos y garantías que, en un «Estado social y democrático de Derecho» (art. 1 CE), también son predicables de terceros, especialmente los de la víctima y demás perjudicados por el delito, y ello dentro de un marco regulatorio que viene franqueado no solo por las exigencias constitucionales sino también por la normativa europea, como la que ofrece, en cuanto al derecho a estar presente en el juicio, la Directiva de la Unión Europea (del Parlamento Europeo y del Consejo) 2016/343, de 9 de marzo de 2016(10). Compatibilizar todo ello en un «proceso debido» acorde con las citadas exigencias es

(8) Subrayándolo, Aguilera de Paz en sus celeberrimos comentarios: «Todo procesado está en el deber de comparecer ante el juez o tribunal que le llame para oír sus descargos o para la práctica de cualquier otra diligencia que fuere acordada en la causa a cuyas resultas estuviere sujeto». AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, 2.^a ed., Reus, Madrid, 1924, p. 782.

(9) Confróntese al respecto la STC 149/1986 con la STC 198/2003. Sobre ello volveremos más detenidamente en el epígrafe IV.

(10) *Diario Oficial de la Unión Europea*, 11.3.2016, pp. L 65/1 y ss.

posible, entendemos, desde los parámetros que nos proporciona el *principio de razonabilidad*(11).

Y para ello, hemos de reconocer que somos conscientes de la dificultad que presenta el estudio de la rebeldía en el seno de una ciencia, la del Derecho procesal penal, que, a diferencia de otras, siempre se ha caracterizado por un pensamiento problemático que le ha llevado a cuestionarse conceptualmente hasta sus más principales pilares, aquellos conformadores de lo que se ha venido en llamar la «trilogía estructural del proceso»(12). Podemos aquí recordar las palabras de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, hijo del que fuera Presidente de la II República, que desde su exilio mexicano, escribiría: «*del proceso penal sabemos dónde está pero no lo que es* (si es una relación o una situación jurídica, etcétera); *de la jurisdicción conocemos lo que es, pero no dónde está* (si en el Derecho procesal o en el constitucional), y *de la acción ignoramos lo que es* (pugna entre las teorías abstractas y concretas) y *dónde está* (si en el campo del derecho material o en el del derecho procesal)»(13). Y ejemplo bien claro de dicho confusionismo es el que se produce, como a continuación vamos a ver, en nuestro caso, a la hora de definir y acotar el propio concepto de rebelde penal, suscitándose en su entorno un cuestionamiento, de importantes consecuencias prácticas, sobre su aceptación como parte en el proceso, algo que, lógicamente, condiciona sus facultades de participación en el mismo, y propicia que se diluyan sus diferencias conceptuales con figuras afines.

1.2 El problema de la existencia de partes en el proceso penal

Cierto y verdad que dicho oscurantismo se enmarca en una polémica de mayor calado, cual es la referida a si en el proceso penal

(11) En este sentido, véase CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, con prólogo de Francesco Viola, Editorial de Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 2004, en donde se trata de aportar instrumentos para superar este «conflictivismo de derechos», algo sobre lo que Cianciardo, como nos recuerda Viola en el prólogo de la citada obra (pp. 9 y s.), ya se ocupó en su *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2000.

(12) Vid. PODETTI, J. R., *Teoría y técnica del proceso civil (ensayo de una sistemática del Derecho procesal argentino)*, ed. Ideas, Buenos Aires, 1942, pp. 64 y ss., y después en «Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil», en *Revista de Derecho Procesal*, Argentina, I, núm. 1-3, 1944, pp. 113 y ss. Ambos trabajos sería publicados luego conjuntamente en 1963 (ed. Ediar, Buenos Aires).

(13) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*, 3.ª ed. (1.ª 1947), Universidad Nacional Autónoma de México, 1991 (Reimpresión 2000), pp. 103 y s.

existen o no partes. Y es que, en efecto, el concepto de parte, forjado en el seno del proceso civil para expresar la existencia de unos sujetos que pretenden hacer valer unos derechos subjetivos frente a terceros(14), se hace difícilmente transportable al proceso penal, en donde es el Estado el que ejercer su poder punitivo (*ius puniendi*), sin que los sujetos intervinientes sean propiamente titulares de derechos subjetivos sobre los que puedan disponer (salvados los casos de los mal llamados delitos privados) y quedando rotundamente descartada la existencia de un «principio de legalidad invertido»(15) que consagre la existencia de un derecho fundamental de la víctima a obtener una condena penal(16). Es por ello que desde la doctrina procesal se han planteado diversas posiciones que van, desde los que sostienen que en el proceso penal no existen partes, a los que entienden que solo cabe hablar de partes en sentido procesal, formal o relativo, siendo la moderna doctrina la que se inclina por decantarse por la existencia de meros sujetos o situaciones procesales.

Y es que, en verdad, el debate sobre la existencia de partes en el proceso penal no es nada nuevo, pudiendo rastrearse su polémica hasta los mismos albores de la ciencia del proceso penal. Así, es en la Alemania de finales del XIX donde ya encontramos autores que categóricamente niegan la posible existencia de partes en el enjuiciamiento

(14) Recuérdese a este respecto la tradicional definición de *acción*, como «el derecho subjetivo puesto en pie de guerra», dada en su día por Georg Friedrich Puchta, o la formulada por Joseph Unger al afirmar que la acción es «el derecho que abandona la toga para ponerse el *sagum* (la roja capa militar romana)», todas ellas herederas del pensamiento germano, con Savigny a la cabeza, tan del gusto por las imágenes guerreras, algo compartido por la doctrina gala, como Aubry y Rauque, que afirmarían que la acción no era otra cosa que «le droit casqué et armé en guerre». La realizada por Puchta desde el formalismo conceptual ha tenido en el Derecho una amplia acogida por parte de quienes, Fernández-Escalante, con la ironía que le caracterizaba y a fin de criticarlos, denominaba (estirando el fonema “j” correspondiente a la “ch” germana) «los hijos de Puchta» («los hijos de pujjta»). Véase al respecto, PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Á., «Manuel Fernández-Escalante. Un pensamiento iusfilosófico vital», en VV. AA. (Coordinados por Gustavo Villapalos Salas, Enrique San Miguel Pérez y Ángel Pelayo González-Torre), *Las formas de la felicidad. Estudios jurídicos en memoria de Manuel Fernández-Escalante*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2019, p. 129, nota 1. Sobre este autor me he ocupado ampliamente en mi: «Filosofía jurídica y política en la obra de Manuel Fernández de Escalante», en *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, Año XXIII, 2017, pp. 43-99.

(15) Véase al respecto, por todas, las SSTC 41/1997, de 10 de marzo –FJ 4.º–; 45/2005, de 28 de febrero –FJ 2.º– con profusa cita jurisprudencial; 145/2009, de 15 de junio –FJ 4.º–, y 94/2010, de 15 de noviembre –FJ 3.º–.

(16) Vide STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 4.º, doctrina reiterada, por ejemplo, en la STC 94/2010, de 15 de noviembre, con expreso recordatorio (FJ 3.º) de la STC 145/2009, de 15 de junio.

criminal, sobre la base del entender que el acusado no puede ser parte, al ser medio de prueba, ni al fiscal cabe atribuirle tal conceptualización desde el punto y hora de que no siempre adopta necesariamente una posición de acusación, sino que también puede intervenir a favor del acusado. Estos eran, por ejemplo, los argumentos que en 1884 esgrimía Richard E. John(17), a los que se adherirían autores de la talla de Melchior Stenglein(18), o de Adolf Wach en su conocido trabajo, publicado en 1914, sobre la estructura del proceso penal(19). Lógico sería que el iusnacimiento, con su afán por aniquilar las garantías propias del orden procesal de corte liberal, ahondara en esta senda, afirmando que un «proceso de partes» no se conjuga bien con un proceso penal autoritario de acusación pública que es iniciado de oficio(20) y cuyo último fin no es otro que «el cumplimiento de un grave e importantísimo deber estatal»(21). Sin embargo, no debemos obviar el trascendental hecho de que, el fundamento último de la crítica de la doctrina germana al concepto de partes en el proceso penal se cimienta en el anhelo de eliminar cualquier resto de una concepción inquisitiva del enjuiciamiento criminal que permitiera la disponibilidad del objeto del proceso(22).

(17) JOHN, R. E., *Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz*, Band I, Verlag Ernst Bezdold, Erlangen, 1884, p. 185.

(18) STENGLEIN, M., *Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrecht*, Enke, Stuttgart, 1887.

(19) WACH, A., “Struktur des Strafprozesses”, en VV. AA., *Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Karl Binding zum 7. August 1913*, Ducker & Humblot, München und Leipzig, 1914, pp. 1-40. Sobre el concepto de parte referido al proceso civil, ya antes, del mismo autor, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Erster Band, Ducker & Humblot, München und Leipzig, 1885, pp. 518 y ss.

(20) Resaltando esta idea DAHM, G., “Die Grenzen des parteiprozesses”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, band 52, I, 1932, pp. 587 y ss., esp. p. 592.

(21) GERLAND, H., *Des deutsche Strafprozess. Eine systematische Darstellung*, Mannheim, Berlin, 1927, p. 11.

(22) Abundando en la exigencia de este postulado en el Derecho público de un Estado moderno, ya ORTLOFF, H. F., *Staats und Gesellschaftsvertretung im Strafverfahren*, H. Laupp, Tübingen, 1892. Asimismo, MITTERMAIER, W., *Die Parteistellung der Staatsanwaltschaft in reformierten deutschen Strafverfahren*, Enke, Stuttgart, 1887. Puede verse, igualmente, SUESS, E., *Die Stellung der Parteien im modernen Strafprozeß. Eine strafprozessuale Abhandlung in rechtsvergleichender Darstellung*, Manz und Universitäts-Buchhandlung, Wien, 1898, esp., pp. 113 y ss. MERKEL, P., “Amtsbetrieb oder Parteibetrieb im künftigen Strafprozess”, en *Festgabe für Dr. Karl Güterbock zur achtzigsten Wiederkehr seines Geburtstages*, Franz Vhalen Verlag, Berlin, 1910, pp. 71 y ss. SCHMIDT, R., *Prozeßrecht und Staatsrecht. Betrachtungen zur Systematik und zur Gesetzesreform des modernen Zivilprozessrechts*, Braun, Karlsruhe, 1904, pp. 30 y ss.

1.3 La doctrina italiana

Frente a ello, la doctrina procesal italiana siempre se mostró más partidaria de admitir, con todas las matizaciones necesarias, el concepto de parte en el proceso penal, quizás debido al hecho de partir del primigenio postulado de que éste no era sino una relación jurídica procesal, mor a la dominante teoría de Bülow(23), concepción ésta que, pese a ser enunciada en un principio para el proceso civil, siempre se entendió que era perfectamente adaptable a cualquier otro tipo de proceso, el penal incluido(24). Autores de renombre como Eugenio Florian, serán así partidarios, sin ambages, de la existencia de partes(25), siendo que, incluso aquellos autores que soslayan el término(26), como hiciera Manzini(27), seguirán asumiendo la exis-

(23) Expresada fundamentalmente en BÜLOW, O., *Die Lehre von den Prozeßbeinreden und die Prozeßvoraussetzungen*, Verlag von Emil Roth, Giesen, 1868, esp. pp. 237 y ss., y 297 y ss. De ese clásico existen varias traducciones, pudiendo citarse modernamente la realizada por Miguel Ángel Rosas Litschein, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Librería del Foro, Buenos Aires, 2008.

(24) En este sentido se posicionaba, ya a comienzos del XX, ANGIONI, M., *La dottrina del rapporto giuridico processuale civile nelle sue applicazioni al processo penale*, Meloni e Vitelli, Cagliari, 1913.

(25) FLORIAN, E., *Elementos de Derecho procesal penal*, traducción de Leonardo Prieto Castro, Bosch, Barcelona, 1934, en donde escribe: «La noción de parte no puede importarse del proceso civil, sino que debe construirse de modo correspondiente a la peculiar esencial del proceso penal; hay que atender al contenido propio del mismo. Y ahora, inspirados en este criterio, nos encontramos con dos elementos para construir el concepto: 1. La cualidad de sujeto de una de las relaciones jurídicas de derecho sustantivo (principal o accesorio) deducidas en el proceso. Según esto, será parte aquel que inicia o contra el que se inicia en el proceso penal una relación de derecho sustantivo, y así lo serían el Ministerio Público, el acusado, el actor civil, el civilmente responsable y el responsable para el pago de la multa. 2. La atribución al sujeto de que se trata de las facultades procesales necesarias para hacer valer la relación substancial. Es decir, que concurren y se combinan dos requisitos, uno substancial (el primero) y otro formal (el segundo) (...). En otras palabras, parte es el sujeto procesal de los derechos y las obligaciones sobre que se decide en cualquier medida en el proceso penal, en cuanto le haya sido reconocido la facultad de desplegar, con efectos, actividad procesal» (ob., cit., pp. 92 y s.).

(26) En este sentido, Guarneri nos dirá que «buen número de escritores evitan cuidadosamente la expresión de *parte*, referida a las *dramatis personae* del proceso penal, prefiriendo la de *sujetos procesales*, mucho menos comprometida». GUARNERI, J., *La partes en el proceso penal*, traducción de Constancio Bernaldo de Quirós, ed. José M. Cajica Jr., México, 1952, pp. 25 y s.

(27) MANZINI, V., *Tratado de Derecho procesal penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín de la 3.ª edición italiana (UTET, Torino, 1949), prólogo de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, tomo II, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, pp. 3 y ss., en donde habla de «sujetos» de la relación procesal, clasificándolos en primarios (juez, ministerio público e imputado) y secundarios (parte

tencia de una relación jurídica procesal entre sujetos, esto es, en el fondo, entre partes(28). La idea quedará tan profundamente arraigada en el pensamiento italiano que Giuseppe Bettiol llegará a afirmar que prescindir del concepto de relación jurídica en el proceso penal es algo «alarmante jurídica y políticamente hablando», pues permite desdeñar los postulados liberales y no frenar una concepción autoritaria del proceso penal(29). Se consolida así la dominante opinión de que en el proceso penal, la relación jurídico procesal está constituida por «partes procesales», es decir, por partes no en sentido material, al no ser sujetos de una relación jurídico material(30), sino en un sentido

civil, responsable civil), afirmando que ni siquiera el concepto de parte coincidiría con estos sujetos, pues lógicamente el juez no es parte. En el mismo sentido, ROMANO DI FALCO, E., *Sul concetto di parte nell procedimento penale*, Società Editrice Libreria, Milano, 1915, pp. 5 y ss. Estos sujetos nunca pueden confundirse, como nos recordara Frosali, con el personal coadyuvante del órgano judicial (secretarios, personal funcionario...). Vid. FROSALI, R. A., *Sistema penale italiano*, IV (Diritto processuale penale), UTET, Torino, 1958, p. 188.

(28) En tal sentido, afirmará Manzini, «La relación jurídico-procesal es la particular situación recíproca, regulada por el derecho, en que vienen a encontrarse, a consecuencia del ejercicio de sus facultades o del cumplimiento de sus obligaciones jurídicas, los sujetos competentes o autorizados para hacer valer su propia voluntad en el proceso penal en relación a la acción penal o a otra cuestión de competencia del juez penal». MANZINI, V., *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., tomo I, p. 112.

(29) En los años setenta, escribirá Bettiol con final pluma: «Afirmar, como hace 40 años hacían Goldschmidt y Sauer y antes aún Kohler, que el concepto de relación jurídico procesal es un concepto sin valor y del que se puede prescindir, es alarmante jurídica y políticamente. Tal planteamiento negativo de la idea de relación procesal ha justificado y explicado después, la dura ofensiva desencadenada por los juristas vinculados al verbo totalitario nacional-socialista, los cuales han negado todo derecho de ciudadanía a la ecuación proceso=relación jurídica procesal, precisamente porque sería de origen iluminista, ligada a la división de poderes y al reconocimiento de esferas autónomas de libertad del imputado y a precisos e inderogables deberes del juez hacia el mismo imputado (...). Nosotros creemos, por el contrario, que la idea del proceso como relación jurídica es una idea necesaria y llena de valor. Llena de valor porque subraya el contenido democrático-liberal de sus orígenes, en oposición con toda tendencia que quiera transformar el proceso penal en una simple intervención estatal con fines de desinfección social o de defensa social; necesaria porque ella nos permite estructurar el proceso en una serie ordenada de particulares relaciones entre varios sujetos, a fin de que, uniendo posiciones de derecho subjetivo a posiciones de deber jurídico-obligatorio, se pueda lograr el acto final (la sentencia) en un verdadero clima de legalidad». BETTIOL, G., *Instituciones de Derecho penal y procesal*, traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi (de la 2.ª edición italiana, Cedam, Padova, 1973), Bosch, Barcelona, 1977, p. 243.

(30) Insistiendo en esta idea Guarneri, J., *La partes en el proceso penal*, cit., esp. pp. 28 y ss. Del mismo autor, puede verse también su artículo «Puro proceso di parti», en *La Giustizia Penale*, núm. III, 1947, pp. 305 y ss.

formal(31), lo cual encuentra su anclaje doctrinal en la definición que de «parte» diera en su momento Chiovenda, el gran maestro del procesalismo italiano(32), al entender que «parte es quien, dentro de un proceso, pide en propio nombre una actuación de la ley o aquel frente al cual ésta es pedida», reafirmando así la idea de que lo que sea «parte» se deriva de la propia relación procesal, no siendo necesario buscar su significado allende de la misma, en particular en la relación sustancial o material objeto de la contienda, pues pueden existir sujetos de dicha relación material que no son partes, y partes del proceso que no son sujetos de aquella relación(33). Estas consideraciones las hacía Chiovenda en referencia al proceso civil, indicando que, efectivamente, pueden existir sujetos de la relación jurídico material (por ejemplo, codueños de la cosa litigiosa) que no sean parte del proceso

(31) Sobre el protagonismo de esta concepción formal del concepto de parte en el proceso penal, asentado en la doctrina italiana de forma dominante desde mitad del siglo pasado, por todos, Santoro, A., *Diritto processuale penale*, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1953, p. 172; LEONE, G., *Trattato di Diritto processuale penale*, I, Jovene, Napoli, 1961, p. 248, y *Manuale di Diritto processuale penale*, 12.^a ed. (1.^a 1971), Jovene, Napoli, 1986, pp. 14 y ss.; FOSCHINI, G., *Sistema di Diritto processuale penale*, I, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 81 y ss.; DE MARSICO, A., *Diritto processuale penale*, Jovene, Napoli, 1966, p. 35; GIARDA, A., *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 48 y ss.

(32) Único procesalista en el mundo al que sus paisanos le han honrado poniendo tras su muerte, acaecida en 1937, su nombre a su pequeño pueblo natal, Premosello (de poco más de dos mil habitantes), que desde 1959 se llama Premosello-Chiovenda.

(33) CHIOVENDA, J., *Principios de Derecho procesal civil*, traducción de José Casais y Santaló de la tercera edición italiana, tomo II, ed. Reus, Madrid, 1925, pp. 6 y ss. Próximo a esta concepción de parte encontraremos a Carnelutti, quien distinguirá entre partes materiales y partes procesales, señalando que las primeras son los «sujetos de la litis», es decir, los titulares del interés controvertido sobre los que recaen los efectos del proceso (concepto pasivo de parte), mientras que las segundas son los «sujetos del proceso», los que hacen el proceso (concepción activa de parte). CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho procesal civil*, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, con adiciones al Derecho español de Niceto Alcalá-Zamora, tomo II, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, pp. 60 y ss. Del mismo, *Instituciones del proceso civil*, traducido de la 5.^a edición italiana por Santiago Sentís Melendo, vol. I, EJE, Buenos Aires, 1973, pp. 174 y s. Y para el proceso penal, véanse sus *Lezioni sul processo penale*, vol. I, Ateneo, Roma, 1946, pp. 148 y ss. Y es que, como bien subrayara Ibáñez y García-Velasco, la citada concepción de Carnelutti no se aleja mucho de lo sostenido por Chiovenda, pues no se debe obviar que en Carnelutti el concepto de acción ha sido sustituido por el de pretensión, acto y no poder, por lo que al considerar como partes a los que hacen el proceso se asemeja a quienes, como Chiovenda, consideran parte al que ejercita y contra quien se ejerce la acción. IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, M., *Curso de Derecho procesal penal*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1969, p. 94.

(que se dirige solo contra uno de ellos), o contrariamente, dirigirse el proceso contra un tercero ajeno a aquella relación jurídico material (casos, por ejemplo, de relaciones entre acreedor pignorante y tercero pignorado). Pese a ello, estas aseveraciones entiendo son también predicables al proceso penal, en donde puede, por ejemplo, enjuiciarse a solo uno de los autores de un delito, existiendo otros que quedan fuera del mismo (por ejemplo, por ser menores, y por tanto deberse depurar su responsabilidad en otro proceso), y casos en los que son partes quienes no han cometido delito alguno (ejemplo, terceros que han de responder civilmente).

1.4 La doctrina española

Esta concepción «formal» de las partes del proceso penal será la que asimismo se imponga en la doctrina española, resultando en tal sentido bastante clarificadora la posición que en su día sustentara Silva Melero al precisar que la noción de parte en el proceso penal no se define por la titularidad de contrapuestos intereses, sino de «sujetos enfrentados procesalmente»(34), siendo que, como señalara Jiménez Asenjo, conforme con este sentido, las partes están siempre en una posición antagónica, desarrollándose la litis *inter invitos*, de forma permanente, de modo que «cesando esta razón, cesa la condición que califica a las partes y el proceso se desvanece en una entelequia, puesto que no existe interés alguno contradicho en obtener una sentencia, al no existir antítesis que le sostenga»(35).

Así, ya en la década de los cuarenta Miguel Fenech(36) se preocupaba en subrayar la insuficiencia del concepto material de parte en el proceso penal, pues, con similar criterio a lo que decía Chiovenda, ello supondría dejar reducidas las partes solo a las personas que intervinieron en el hecho delictivo, es decir, al sujeto agente del mismo y al ofendido por la acción, que serían el acusado y el acusador, siendo que el ordenamiento reconoce la existencia de partes, como por ejem-

(34) SILVA MELERO, V., «La estructura del proceso penal en relación con el concepto de parte», en *Revista de Derecho Procesal*, Año II, núm. 2, abril-junio 1946, pp. 247 y ss. En este trabajo (pp. 253 y ss.) el autor agrupa las opiniones doctrinales al respecto de la existencia de partes en el proceso penal en siete categorías, que van desde los que rotundamente la niegan a las que lo admiten con diversas matizaciones (solo formalmente, los que entienden que parte solo lo es el imputado, los que la admiten en el juicio oral pero no en la fase instructora...).

(35) JIMÉNEZ ASEÑO, E., *Derecho procesal penal*, cit., vol. I, p. 142.

(36) FENECH NAVARRO, M., *Curso elemental de Derecho procesal penal*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1945, pp. 267 y s.

plo el actor popular o el responsable civil, que desbordan dicha estrecha concepción, por lo que se apostaba por un «concepto procesal de parte», entendiendo por ésta la persona *rem in iudicium deducens*, de un lado, y de otro el *ius contra quem res in iudicium deducitur*, esto es, la persona que pide y aquella frente a quien se pide al órgano jurisdiccional la actuación de la pretensión penal y la de resarcimiento, en su caso, de donde surge la necesidad de una dualidad de partes, precisando el autor que ésta no es solo una distinción lógica, como ocurre en el proceso civil, sino real, pues a diferencia de éste, en el proceso penal se exige «la presencia real de las partes»(37), lo que como veremos, tendrá trascendencia a la hora de definir la rebeldía.

En esa misma línea de pensamiento abundarán luego autores como Gómez Orbaneja y Herce Quemada(38), quienes entenderán que en nuestro proceso penal puede hablarse de partes, pero «solo en un sentido relativo o limitado», y en cualquier caso diferente del utilizado en el proceso civil, y ello porque, en primer lugar, el ministerio fiscal pide la actuación de la ley no en su nombre ni como representante del Estado, sino en defensa de la legalidad; en segundo, porque las partes, excepto en los llamados delitos privados, no tienen disponibilidad del objeto del proceso, y en tercer lugar porque el principio de igualdad de armas, inspirador de cualquier proceso inter partes, está limitado en la fase sumarial del proceso penal, dada aquí la posición predominante que el fiscal ocupa en la misma.

Y no se separarán mucho de la opinión de que en el proceso penal solo existen partes formales autores posteriores, en una línea doctrinal que llega a la actualidad: Ramos Méndez(39), partiendo del principio de que la existencia de partes es algo ínsito a la propia naturaleza del proceso, pues cada parte es uno de los actores insustituibles del devenir procesal; Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortés Domínguez(40), reafirmando la existencia, en todo caso, de partes desde el punto de vista formal, concretadas en «quien pretende y frente a quien se ejercita la pretensión», si bien que, respecto del acusado admiten su

(37) *Ibidem*, p. 269.

(38) GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal*, 7.ª ed., Artes Gráficas y Ediciones S. A., Madrid, 1972, pp. 49 y ss.

(39) RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal, Sexta lectura constitucional*, J. M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 63. Abundando en esta idea, ya en su *Derecho y Proceso*, Librería Bosch, Barcelona, 1979, pp. 51 y ss.

(40) GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Lecciones de Derecho procesal penal*, 1.ª ed., Colex, Madrid, 2001, p. 117. También, GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, 2.ª ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 219.

concepción de parte material; o Montero Aroca(41), subrayando que el concepto de parte en el proceso penal lo único que exige es no identificarlo con los sujetos de la relación jurídico-penal de carácter sustantivo.

I.5 El proceso como “*Rechtslage*”

Pues bien, este posicionamiento común, consistente en entender que la parte del proceso penal solo puede ser concebida como parte formal o procesal, tiene como presupuesto, como antes señalamos, el entender que el proceso penal no es sino una relación jurídica procesal la cual, lógicamente, exige una dualidad de partes. Sin embargo, esta concepción había encontrado una dura refutación en 1925, cuando James Goldschmidt publicó su celeberrimo libro *Der Prozeß als Rechtslage*(42), en donde como se expresa en su propio título, se concibe al proceso como una «situación jurídica», combatiendo abiertamente la teoría formulada por Bülow en 1868(43), a la que llegará a calificar como carente de valor alguno(44). Y es que, en efecto,

(41) MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILLAR, S., ESPARZA LEIBAR, I., y ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Derecho jurisdiccional III, Proceso penal*, 24.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 74. Montero Aroca insistirá pues en la existencia de partes en el proceso penal desvinculando tal concepción de vinculación alguna con la relación jurídico material, por lo que su concepción no puede ser considerada sino como de «parte formal o procesal»; así, luego de denunciar los intereses que subyacen cuando se niega la existencia de partes en el proceso penal (por ejemplo, cuando no se considera parte al ministerio fiscal, para así aldaronar la opción de que sea él el que instruya las causas penales), concluirá afirmando que «parte es quien participa en la contradicción en que se resuelve todo proceso, y lo hace con la plenitud de los derechos procesales propios de la igualdad de armas» (MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 358 y ss. (esp. p. 367).

(42) GOLDSCHMIDT, J., *Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, (Abhandlungen aus der Berliner Juristischen Fakultät, II), Springer Verlag, Berlin 1925. Existen reimpresiones alemanas de 1962 y 1986 (Scientia, Aalen) y una traducción al español realizada por Jacobo López Barja de Quiroga, Ramón Ferrer Barquero y León García-Comendador Alonso, con presentación del primero, *Derecho, Derecho penal y proceso, III. El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2015.

(43) *Vide supra* nota 23.

(44) GOLDSCHMIDT, J., «Problemas jurídicos y políticos del proceso penal», Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935, en *Derecho, Derecho penal y proceso, I. Problemas fundamentales del Derecho*, (Jacobo López Barja de Quiroga, ed.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, p. 766.

Bülow consideraba que el proceso era una relación jurídica de naturaleza pública y formal, que era diferente de la relación jurídica privada o material objeto del litigio, una relación jurídica pública entre el Estado y las partes, en virtud de la cual el Estado asumiría la obligación de impartir justicia a través del juez, y las partes deberían acatar la resolución judicial, teoría ésta de la relación jurídica procesal a la que, con algunas matizaciones, se adherirían grandes procesalistas alemanes de la época, como Adolf Wach, Konrad Hellwig o Josef Kohler(45), y que en la década de los veinte mantendrá el gran Beling(46).

Goldschmidt vendrá a refutar estos planteamientos, afirmando que en el proceso existe, no una relación jurídica (la relación jurídico-procesal) sino una *Rechtslage*, una «situación jurídica», siendo así que los intervinientes en el mismo no están sujetos al cumplimiento de unas obligaciones derivadas de relación jurídica alguna entre ellos, sino que sobre los mismos pesan unas cargas que dimanen de cada una de dichas situaciones procesales. «Resultantes de las diferentes situaciones procesales, existen cargas, no obligaciones»(47). Así pues, el juez tiene como misión dictar la sentencia, pero ello no se deriva de la existencia de una relación jurídica, de la que nunca podría ser ni sujeto ni objeto(48), sino que es un deber que dimana de su cargo

(45) WACH, A., *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, cit., pp. 518 y ss. Si bien, como ya advertimos, este autor negaría la existencia de partes en el proceso penal en su “Struktur des Strafprozesses”, ya citado (*vide supra* nota 19). Por su parte, Hellwig entenderá que las relaciones jurídicas que configuran el proceso no son triangulares, como afirmaban Bülow y Wach (entre juez y las partes), sino solo bidireccionales entre cada una de las partes y el juez (HELLWIG, K., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Band, I, Deichert, Leipzig, 1903, § 151.), mientras que Kohler sostendrá que la citada relación solo lo era recíprocamente entre las partes (KOHLER, J., *Der Prozeß als Rechtsverhältnis. Prolegomena zu einem System des Zivilprocesses*, J. Bensheimer, Mannheim, 1888), una relación confrontada entre ellos («lucha») y no de solicitud al juez: “Der prozeß ist *Parteienkampf*, er ist nicht ein gegenseitiges Sichbeschweren vor dem Richter” (*op. cit.*, p. 11, –la cursiva es mía–). Resaltando estos aspectos, véase recientemente, REIMER, P., *Verfahrenstheorie, Ein Versuch zur Kartierung der Beschreibungsangebote für rechtliche Verfahrensordnungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, esp., pp. 170 y ss.

(46) BELING, E., *Derecho procesal penal*, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), 1943, (traducción de la edición alemana de 1928) esp. pp. 18 y ss., 37 y ss., y 74 y ss. (existe otra traducción de Miguel Fenech, ed. Labor, Barcelona, 1943). La famosa frase de Beling, según el cual «el Derecho penal no le toca al delincuente un solo pelo», con la que pretende hacer notar que es el Derecho procesal penal el que materializa las sanciones previstas en el Código penal, la encontramos en § 1.1, p. 2.

(47) GOLDSCHMIDT, J., *Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, cit., p. 133.

(48) *Ibidem*, p. 246.

(*Amtspflicht*); y las partes llevarán a cabo sus actos procesales en función de su distinta situación jurídica, como expresión de expectativas dirigidas a obtener una tutela jurídica que se plasma en la «cosa juzgada». Esta concepción dinámica del proceso (frente al planteamiento estático sustentado por la teoría de la relación jurídico-procesal de Bülow y sus seguidores)(49), hace que éste se defina como una prosecución finalista de dicha cosa juzgada(50). Así el proceso se concibe al margen del derecho sustantivo (relación jurídica material entre las partes, objeto del litigio), surgiendo «desde el derecho en sentido procesal y de las cargas procesales que imponen las situaciones jurídicas»(51), subrayando que esas situaciones jurídicas son «situaciones procesales» que vienen definidas como las expectativas fundadas que se tienen de obtener una sentencia judicial(52), expectativas, que no certidumbres, ya que la incertidumbre es algo consustancial al proceso, «puesto que la sentencia judicial nunca puede preverse con seguridad»(53).

En este sentido, es necesario subrayar que la aportación de Goldschmidt, pese a centrarse expositivamente más en el proceso civil(54), es una teoría general del proceso y, por lo tanto, su formulación resulta plenamente aplicable al proceso penal, algo que el mismo autor se preocupó de explicitar(55) y que luego, prestigiosos autores, con Eberhard

(49) *Ibidem*, p. 252: «Todo derecho en sentido jurídico material (estático) es un dominio sobre algo, mientras que todo derecho en sentido procesal (dinámico) es una perspectiva de obtener algo». La concepción estática del proceso la entiende Goldschmidt como herencia del Derecho romano, lo que explica que el prólogo de *Der Prozeß als Rechtslage*, realizado por el autor, se encabece con una cita de Oswald Spengler: “Die Römer schufen eine juristische Statik, unsere Aufgabe ist eine juristische Dynamik” («Los romanos crearon una estática jurídica; a nosotros nos corresponde crear una dinámica jurídica»).

(50) *Ibidem*, p. 255.

(51) *Ibidem*, p. 253.

(52) Reafirmando esta definición de situación jurídica (o procesal), *Ibidem*, pp. 255 y 259.

(53) GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso*, Labor, Barcelona, 1936, Recopilado en *Derecho, Derecho penal y proceso, I. Problemas fundamentales del Derecho*, (Jacobo López Barja de Quiroga, ed.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, p. 832.

(54) Véase, a este respecto, GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso*, cit., pp. 813 y ss., en donde las referencias normativas son siempre a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(55) Así en GOLDSCHMIDT, J., «Problemas jurídicos y políticos del proceso penal», cit., pp. 766 y ss., en donde se expone su teoría confrontándola con la regulación del proceso penal español contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Schmidt a la cabeza(56), han venido a secundar, arraigando así en la doctrina germana la firme idea de que el proceso penal viene configurado como un conjunto concatenado de situaciones procesales(57).

I.6 La doctrina alemana

No es por ello extraño que, sobre la citada configuración, es decir, descartado que el proceso sea una relación jurídica, y definido el mismo como un conjunto de situaciones, haya proliferado en el procesalismo alemán la categórica afirmación de que en el proceso penal no existen partes, ni siquiera en su concepción formal(58), prefiriendo hablarse de «sujetos procesales» (*Prozeßsubjekte*) o de «participantes procesales» (*Prozeßbeteiligte*)(59). En tal sentido se expresará de

(56) Schmidt, en sus conocidos comentarios a la Ley Procesal penal alemana (StPO), con cita explícita a la obra de Goldschmidt, afirmará que «el proceso es la ordenación jurídica que se desarrolla de situación en situación, con fin de obtener una resolución judicial sobre una relación jurídica de Derecho material». SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Teil I (*Die rechts-theoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts*), 2.ª Aufl. (1.ª 1952), Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1964, pp. 62 y s. Insistiendo en ello y descartando poder hablar en el proceso penal de partes, ni siquiera en sentido formal, SCHMIDT, E., *Deutsches Strafprozeßrecht. Ein Kolleg*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967, §8, y ya antes en “Probleme der Struktur des Straverfahrens unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten”, en *Deutsche Richterzeitung*, 1959, pp. 16 y ss.; De la época, también, NIESE, W., *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen: ein Beitrag zur allgemeinen Prozessrechtslehre*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1950.

(57) Siguiendo dichos postulados, entre los modernos autores, podemos citar a HEGER, M., “James Goldschmidt und der Strafprozess als Rechtslage”, en *Juristen-Zeitung*, 65. Jahrg., Nr. 13, Juli 2010, pp. 637 y ss.

(58) En este sentido ya Eberhard Schmidt señaló que no tiene sentido defender la existencia de partes en el proceso penal, tanto en su vertiente material como simplemente formal, puesto que ello ya solo está orientado a diferenciar los papeles procesales (léase situaciones) de acusación y defensa respecto de los del juez. SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, cit., p. 85.

(59) Así, por todos, vide: HENKEL, H., *Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch*, 2.ª ed. (1.ª 1953), Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968, p. 111.; SCHÄFER, K., *Strafprozeßrecht. Eine Einführung*, De Gruyter, Berlin-New York, 1976, kap. 9, marg. 4. Es más, incluso muchos de quienes asumen la teoría de la relación jurídica procesal, apuestan, no obstante, por el término «sujetos procesales», cuyos actos procesales crean «situaciones jurídicas». En este sentido escribiría Bauman: «En el tráfico jurídico civil los sujetos jurídicos realizan actos jurídicos y producen así consecuencias jurídicas determinadas; del mismo modo, en el proceso obran *sujetos procesales* (que, entre ellos, se hallan en una relación jurídica procesal) que realizan actos procesales, de los cuales surgen situaciones jurídicas procesales y, por último, el

manera categórica Roxin: «De manera distinta a aquello que sucede en el Derecho inglés, tampoco se puede calificar al proceso penal alemán como “proceso contradictorio de partes”. Una caracterización semejante sería incorrecta, no solo porque no son las “partes” las que dominan el proceso en las etapas decisivas, sino, sobre todo, porque la fiscalía alemana no está limitada al papel de acusador de cargo, sino que está obligada a la imparcialidad en virtud de la ley y también a la averiguación de las circunstancias de descargo. Por ello, en el Derecho procesal penal alemán no se debería utilizar, en principio, el concepto de “parte”, tampoco en un sentido únicamente “formal”, pues, posiblemente, cree solo confusión»(60).

Esta concepción eminentemente germana, pues, como hemos visto, de Goldschmidt trae causa, ha ido paulatinamente expandiéndose a otros países, en los que cada vez hay más autores que reniegan de la existencia de partes, *strictu sensu*, en el proceso penal. Así, y por lo que a España se refiere, debemos destacar que fue Prieto Castro de los primeros en seguir esta estela, lo cual no nos debe extrañar si tenemos en cuenta que el entonces catedrático de la Universidad de Zaragoza prestó su ayuda en 1936 para la aparición en español de la *Teoría general del proceso* de Goldschmidt(61) y tradujo a nuestro idioma su *Derecho procesal civil* (62), imbuyéndose ya desde aquel momento de su «sistema»(63), por lo que, como decimos, será uno de

objeto del proceso resulta impulsado hacia la meta del proceso (la decisión sobre el objeto del proceso)». BAUMANN, J., *Derecho procesal penal (Conceptos fundamentales y principios procesales)*, traducido de la 3.^a edición alemana por Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 129.

(60) ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, traducción de la 25.^a edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 123.

(61) Al inicio de esta obra y en nota al pie, Goldschmidt dispuso: «Advertencia del autor: Me complace en expresar mi reconocimiento muy profundo al profesor Leonardo PRIETO CASTRO, de la Universidad de Zaragoza, por la amable ayuda que me ha prestado al objeto de que el presente manual aparezca en un digno estilo castellano, literario y científico». GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso*, Labor, Barcelona, 1936, recopilado en *Derecho, Derecho penal y proceso, I...*, cit., p. 813.

(62) GOLDSCHMIDT, J., *Derecho procesal civil*, traducción de Leonardo Prieto Castro y adiciones sobre la doctrina y la legislación española de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, ed. Labor, Barcelona, 1936, modernamente recopilado en *Derecho, Derecho penal y Proceso, II. Derecho procesal civil*, (Jacobo López Barja de Quiroga, ed.), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010.

(63) En este sentido, una década después de la muerte de Goldschmidt, Leonardo Prieto Castro escribiría: «el mérito seguido por nuestro inolvidable amigo y eximio Maestro James Goldschmidt en su obra, consiste en la contemplación del dato de un sistema, y es válido no solo cuando sigue una línea normativa, sino también

los pioneros en rechazar el concepto de parte en el proceso penal en favor del de «sujetos que intervienen en el proceso penal»(64). Después, y más modernamente, otros autores españoles se han manifestado en el mismo sentido, pudiendo destacarse por su contundencia Pedraz Penalva, que llega a ofrecer media docena de argumentos para sostener su opinión(65).

cuando, empíricamente, refleja una realidad que, si es metajurídica o antijurídica, desde luego, no intenta consagrarla como si coincidiese con el concepto que nosotros, y aun él mismo, llamaríamos filosófico del Derecho procesal». PRIETO CASTRO, L., «Notas sobre la eficacia del proceso civil o político de pragmatismo procesal», en *Revista de Derecho Procesal* (Buenos Aires, Argentina), II (*Estudios en memoria de James Goldschmidt*), 1951, p. 217.

(64) Así escribirá: «Deliberadamente empleamos el concepto de sujetos del proceso penal eludiendo el de parte, porque si este término es perfectamente aplicable para otros órdenes del derecho procesal, no es completamente claro ni pacífico que en el proceso penal existan partes con la misma significación que en aquéllos otros. La primera dificultad que se puede oponer al empleo incondicionado del concepto de partes es que en la fase llamada de sumario (...) mal se podría hablar de ellas, toda vez que el protagonista que se toma en consideración, distinto del juez, es una persona a quien se atribuye la comisión de un hecho tipificado por la ley penal. Y la segunda dificultad que surge, ahora en toda clase de proceso penal, es que, en éste no existe un sujeto que, con una base real o presunta de derecho subjetivo o de interés, pretenda, como en el proceso civil, una tutela jurídica que es la causa determinante de la actuación del órgano jurisdiccional, ya que el único titular del derecho que se hace efectivo en el proceso, el *ius puniendi*, es, según hemos dicho, el Estado». Termina el autor recordando que «en algún pasaje de la LECrim habla de interesados en lugar de partes». PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E., *Derecho procesal penal*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1987, pp. 109-111.

(65) Los argumentos esgrimidos por Pedraz se concretarán así, siguiendo a Schmidt (SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, cit., pp. 86 y ss.) en que: a) Las verdaderas partes discuten ante el Tribunal que resuelve la controversia, gozando de la posibilidad de transigir al estar situados sus intereses en el mismo plano, cosa que no acontece en el proceso penal (la conformidad debe de ser asumida por el juez); b) La diversa naturaleza de los intereses deducidos. El del fiscal es el interés público encargado de hacer posible la aplicación no discriminatoria de la Ley y la realización de los derechos y libertades fundamentales; el del acusado consiste en lograr la absolución, aunque ello suponga la impunidad de su delito, eludiendo la acción de la justicia; c) El fiscal no está obligado a acusar más que cuando considere que concurren los presupuestos fácticos y jurídicos exigibles para ello, en caso contrario pedirá la absolución convirtiéndose en un «defensor» del acusado; d) El fiscal puede interrogar al acusado, pero éste no puede interrogar a aquél; e) El acusador ha de alegar e introducir en el proceso elementos probatorios de cargo suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado; éste, sin embargo, puede limitarse a negar sin necesidad de alegar o justificar nada. Mientras que el acusador en sus actuaciones procesales ha de sujetarse a los dispuesto en la Ley, al acusado se le permite no solo guardar silencio, sino incluso mentir, ya que no se le exige juramento o promesa de decir verdad a lo que se le pregunte; f) Como afirma Eberhard Schmidt, incluso simbólicamente en el lugar que ocupan el fiscal y el acusado (en estrados aquél, en el banquillo éste) demuestra que

I.7 La rebeldía como «situación procesal»

Así pues, en este proceso dialéctico(66) de situaciones procesales en el que el proceso penal se convierte, no existirían partes sino, como hemos dicho, sujetos(67) o partícipes que en determinadas situaciones jurídicas deben soportar las cargas procesales impuestas por las mismas, las cuales se objetivan en las diversas actuaciones procesales(68). Esta concepción del proceso penal va a tener así una especial significación a la hora de acotar el concepto de rebelde penal y de definir el estatuto jurídico del mismo. Y es que el citado planteamiento nos permite liberarnos de la polémica consistente en dar respuesta a si una vez el procesado/acusado es declarado rebelde, mediante el dictado del oportuno auto judicial, éste sigue o no siendo parte del proceso, algo que con la concepción tradicional de la existencia de partes planteaba interesantes interrogantes, como la relativa a que pudiera seguir desplegando actividad procesal a través de sus representantes legales. Ya apuntamos, y volveremos a ello, que la llamada doctrina del abuso de representación no era pacífica ni en la propia jurisprudencia constitucional, no siendo infrecuente que, hasta el mismo día del juicio, el rebelde siga figurando en la causa asistido de su correspondiente abogado y procurador, al que, lógicamente, se le han ido dando traslado de todo lo actuado.

Ahora el enfoque es otro. *La rebeldía se concibe como una situación procesal que ha de venir configurada, ex lege, por el estatuto que a la misma corresponde*(69). Goldschmidt sostenía que, en su teoría

no son partes. Vid. PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho procesal penal*, tomo I (*Principios del Derecho procesal penal*), Colex, Madrid, 2000, pp. 89 y s.

(66) Vid. MEYER, J., *Dialektik im Strafprozeß*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1965.

(67) En este sentido, tanto el Anteproyecto de LECrim de 2011 como el de noviembre de 2020, llevan en su Título II del Libro I la rúbrica «*Los sujetos del proceso penal*», reglamentándose ahí la rebeldía del encausado.

(68) En este sentido, de forma palmaria, Goldschmidt afirmaba: «el contenido de la carga procesal es una situación». GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso...*, cit., p. 843.

(69) Esta, con las debidas matizaciones, era la postura que sostenía a mediados del siglo pasado Gaetano Foschini en su conocida monografía sobre el tema (*La Latitanza*, Giuffrè, Milano, 1943), en donde afirmaba que la «latitanza» (sustraerse voluntariamente a la ejecución de una medida cautelar coercitiva, según lo define el art. 296 del Código procesal pena italiano) era una situación jurídica conformadora de un «status». La figura de la latitanza fue una innovación del Código procesal de 1930, pues hasta ese momento no era objeto de un tratamiento autónomo, sino que venía considerada dentro de la contumacia. No obstante, Foschini (*op. cit.*, p. 4, nota 18), rastrea su uso hasta el siglo XVIII (en la obra GUGLIELMI DI LUCIGNANO, V., *Pratica criminale secondo lo stile dello Stato di Toscana*, Paolo Giovanelli e Compagni, Pisa, 1763, p. 59), además de su reflejo en el art. 93 del Código penal de 1890 (Código

de las situaciones procesales, la rebeldía (*Versäumnis*) se definía por el hecho del incumplimiento de una carga procesal, *la contravención de un deber*(70), siendo que en el rebelde penal este deber, como ya subrayamos más arriba, no es otro que el deber de estar en persona a disposición de los tribunales(71). Pues bien, lo que es más importante es la determinación de las consecuencias jurídicas que de este «desembarazamiento de un deber» han de derivarse. Y para ello, el pensamiento de Goldschmidt nos puede seguir alumbrando, pues nos permitirá cimentar nuestra opinión respecto a que el incumplimiento de dicho deber, en modo alguno puede dar como resultado el colocar al rebelde en una mejor situación jurídica que al no rebelde, ya que «*el incumplimiento de una carga implica el desaprovechamiento de una posibilidad procesal*»(72), y lógicamente, las consecuencias que de ello se deriven deben pechar sobre el incumplidor, regla ésta que, como muy certeramente afirmara Goldschmidt, debe regir en el proceso como también rige en la propia vida(73): «como la carga procesal es un imperativo del propio interés, no hay frente a ella un derecho del adversario o del Estado. Al contrario, el adversario no desea otra cosa, sino que la parte no se desembarace de su carga de fundamentar, de probar, de comparecer, etc. Se encuentra aquí el fenómeno paralelo al de los derechos procesales, frente a los cuales no hay obligación. En cambio, existe una relación estrecha entre las cargas procesales y las posibilidades, es decir, los derechos procesales de la misma parte, porque cada posibilidad impone a la parte la carga de aprovechar la posibilidad, al objeto de prevenir su pérdida. Puede establecerse el principio: *la ocasión obliga* o, más bien, impone una carga, y *la más grave culpa contra sí mismo es dejar pasar la ocasión*. Por demás, este principio no solo tiene valor en el proceso, sino también en la vida». En definitiva, «cuando la parte desaprovecha esta ocasión, ha de imputar las consecuencias (desfavorables) a sí misma»(74). Así

Zanardelli). En el mismo sentido, ahondando en la consideración del imputado como una situación jurídica, volvería Foschini en su «L'imputato come situazione giuridica-materiale», en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, marzo-abril 1949, pp. 125 y ss.

(70) GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso...*, cit., p. 844: «Es verdad que el término rebeldía significa propiamente, como el de contumacia, una desobediencia, es decir, *la contravención de un deber*, lo que se explica por el hecho de que el emplazamiento se practica por una autoridad judicial. Sin embargo, la rebeldía del demandado (léase también investigado/acusado) no es más que el descuidarse de una carga».

(71) Recuérdese el tenor literal de la STC 87/1984, de 27 de julio, ya citada.

(72) GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso...*, cit., pp. 842 y 844.

(73) *Ibidem*, p. 842.

(74) *Ibidem*, p. 843: «la perspectiva de un perjuicio procesal, sobre todo de una sentencia desfavorable, depende siempre de que la parte interesada no se ha desemba-

pues, entendemos que, definido el *rebelde* como una situación procesal, será el estatuto que del mismo la ley establezca el que configure las consecuencias jurídicas que de tal situación se deriven.

I.8 Los contornos del concepto de rebelde

No obstante, ello, debemos aquí perfilar los *contornos del concepto de rebelde*, para, por un lado, diferenciarlo de figuras afines (como la del simple ausente o la que da lugar a la extradición) y, por otro, para ubicarlo en el propio devenir de las distintas fases del proceso.

En primer lugar, se hace necesario, efectivamente, delimitar el concepto de rebelde de otras figuras afines, algo que el legislador español no ha contribuido, precisamente, a esclarecer⁽⁷⁵⁾. En este sentido, debemos recordar que la vigente regulación que nuestra Ley de Ritos hace de la rebeldía (Libro IV, Título VII), se encuentra en un título cuya rúbrica es «Del procedimiento contra reos ausentes», lo que explica que no falten autores que, por ejemplo, hablen indistintamente de rebelde y ausente, como si ambos conceptos fueran sinónimos⁽⁷⁶⁾, una confusión legislativa entre rebeldía y ausencia que, por cierto, no acontecía en la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, precedente directo de la vigente, cuyo capítulo IX de sus Disposiciones generales (arts. 128 y ss.)⁽⁷⁷⁾, de manera más correcta, se intitulaba «De la declaración de rebeldía del procesado y de sus efectos»⁽⁷⁸⁾, *nomen legis* mucho más preciso que el actual. Y

razado de una carga procesal, a saber: que según el principio de contradicción o de la audiencia bilateral, no puede dictarse un fallo desfavorable antes de que la parte tenga la posibilidad de ser oída. Cuando la parte desaprovecha esta ocasión, ha de imputar las consecuencias a sí misma».

(75) En tal sentido, *vid.* MONTERO AROCA, J., «La ausencia del imputado en el proceso penal español», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 2, 1977, pp. 581 y ss.; También en VV. AA. *Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, tomo II, Editora Nacional, Madrid, 1979, pp. 403 y ss. Luego recogido en *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 535 y ss.

(76) Así, utilizando el concepto de rebelde de manera extensiva, PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E., *Derecho procesal penal*, cit., p. 372, en donde se afirma que «a diferencia del procedimiento ordinario, que no se puede seguir en rebeldía del acusado, el art. 791 (hoy art. 786, referido al procedimiento abreviado) permite el proceso en rebeldía, siempre que se haya citado personalmente al rebelde, tenga éste domicilio conocido y si su presencia no es considerada imprescindible por el juez».

(77) *Gaceta de Madrid* núm. 359, 24 de diciembre de 1872, pp. 951 y s.

(78) De igual modo hacía la Compilación General de 1879 (Título II, Capítulo VIII, arts. 372 y ss.). *Vid. Compilación General de las disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento criminal*, concordada, anotada y seguida de observaciones por Herme-

es que, en efecto, lo que los vigentes artículos 834 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regulan en modo alguno es un procedimiento especial(79), sino un *mero incidente* aplicable a cualquier tipo de procedimiento, regulación de este incidente procesal en el que se especifican los supuestos, modo de acordar y efectos de la rebeldía (esto es, el estatuto jurídico de la rebeldía)(80), regulación que se circunscribe al rebelde, y no al ausente, figura ésta con la que no debería nunca confundirse en nuestra *lex data*.

Y es que el ausente se define por la realidad fáctica de quien, hallándose a disposición de los tribunales (pues se encuentra citado en legal forma), decide voluntariamente no acudir al juicio oral(81),

negildo María Ruiz y Rodríguez, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1880, pp. 88 y ss.

(79) Cosa que sí acontecía, por ejemplo, en Italia, en cuyo Código de Procedimiento Penal (*Codice di Procedura Penale*) de 1930, (arts. 497 y ss.), siguiendo en ello al Código de 1913, se regulaba un auténtico *Giudizio in contumacia* (a diferencia de lo que acontece en el Código vigente de 1988, máxime después de la reforma operada por Ley de 28 de abril de 2014). Por su parte, la Ordenanza Procesal Penal alemana (*Strafprozessordnung*), pese a que en los §§ 276 y siguientes se encuentran bajo la rúbrica de «procedimiento contra ausentes» (*Verfahren gegen Abwesende*), en realidad, desde el 1 de enero 1975 (entrada en vigor de reforma llevada a cabo por la Ley de introducción al Código penal –*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*– de 2 de marzo de 1974) se suprimió la posibilidad de enjuiciamiento en ausencia del rebelde, quedando la regulación circunscrita a asegurar las fuentes de prueba (§§ 285 y ss.) y a permitir embargos coactivos de su patrimonio para forzar su comparecencia (§§ 290 y ss.). No obstante, es preciso señalar que, si bien el ordenamiento alemán no permite el enjuiciamiento del rebelde, sí que cabe la posibilidad de juzgar al simple ausente, es decir a los que citados en legal forma no comparecieron al juicio, siempre que se trate de delitos de bagatela (§ 232). También en los delitos leves se permite que el acusado pueda solicitar quedar dispensado de acudir al juicio (§ 233).

(80) Algo que ya hizo notar Aguilera de Paz en sus Comentarios: «más que un procedimiento especial para los procesos en los que concurren las circunstancias de la ausencia de los culpables, lo que en rigor viene a establecerse es la determinación de las reglas a que debe ajustarse la declaración de la rebeldía del procesado y la regulación de los efectos de la misma». AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, cit., p. 783.

(81) Algunos autores como Garberí, confrontan a la rebeldía, la contumacia, entendiéndola a ambas como dos formas o manifestaciones de la ausencia. Así la contumacia (lo que aquí llamamos ausencia) se define como «un comportamiento negativo del inculpado el cual, aun conociendo la existencia de un proceso penal entablado en su contra y sus posibles consecuencias desfavorables, decide voluntariamente desobedecer las intimidaciones judiciales de comparecer», siendo que de tal concepto se derivarían sus notas definitorias, que resumidamente, vendrían a ser: incomparecencia de la persona contra la que se dirige el proceso, que la misma se halle citada debidamente (carencia de irregularidad en la citación), inexistencia de causa justificante de la incomparecencia (carácter voluntario de la ausencia), juicio en ausencia pero con asistencia de letrado, y existencia de estatuto jurídico legal que contemple la posibilidad de recurso de la sentencia dada en ausencia (recurso de anulación, en nuestro

mientras que en la rebeldía lo definitorio es el hecho de que el justiciable no se encuentra a disposición de la justicia. En el primer caso, en la ausencia, el ordenamiento procesal prevé (artículo 786 de la LECrim) que la preceptiva presencia del acusado en el juicio oral pueda ser excepcionada cuando, en el procedimiento abreviado, se cumplan unos determinados requisitos (82), mientras que en el segundo, en la rebeldía, se prevé un estatus jurídico específico para el justiciable que, en cualquier tipo de proceso penal, debiendo comparecer a presencia judicial, no fuera habido, o se hubiere sustraído a la acción de la justicia quebrantando la medida cautelar privativa de libertad impuesta. Como es fácilmente observable, y así se ha subrayado por la mejor doctrina, la ausencia es una situación de hecho, mientras que la rebeldía configura una situación de derecho o, en otras palabras, «un instituto de configuración legal» (83). Ahora bien, ambos institutos, rebeldía y ausencia, que, en nuestro ordenamiento, y a diferencia de lo que acontece, como veremos, en el derecho comparado, se encuentran bien diferenciadas, no por ello dejan de tener una intrínseca relación, pues la ausencia se alza como un ámbito jurídico excluyente de la rebeldía, por lo que en un estudio general de ésta debe tenerse muy presente para poder acotarla debidamente. Es por ello que en una reglamentación omnicompreensiva de los supuestos de

caso). Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del procedimiento contra reos ausentes...», cit., pp. 893 y s. En el mismo sentido, identificando contumacia y ausencia (enjuiciamiento de ausente en el procedimiento abreviado), TAMAYO MUÑOZ, C., *El tratamiento de la rebeldía en el sistema procesal español*, ed. Liber Factory, Madrid, 2015, e-book.

Por su parte, y como prueba de la confusión terminológica al respecto en la doctrina, otros autores reservan el apelativo de contumacia al rebelde que, conociendo la existencia de un proceso contra él, no comparece voluntariamente (nuestro ausente a secas), frente al ausente, caracterizado por no tener tal conocimiento de la existencia de un procedimiento en su contra (nuestro rebelde). Así, FAIRÉN GUILLÉN, V., «El encausado en el proceso penal español», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXI, fasc. I, 1968, p. 48. En el mismo sentido, JIMÉNEZ ASENJO, E., *Derecho procesal penal*, vol. II, cit., pp. 291 y s., guiándose al respecto por la literatura extranjera, en especial, la italiana.

(82) A saber: citación personal o en el domicilio o persona indicada por el acusado en su declaración judicial (art. 775), ausencia no justificada del acusado, pena no superior a los dos años de privación de libertad o de seis años si se trata de pena de distinta naturaleza, solicitud realizada al inicio del juicio por el ministerio fiscal o de la (léase otra) parte acusadora, audiencia del letrado de la defensa (oposición no vinculante) y que el juez o tribunal estime que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento. Sobre tal marco regulatorio, por todos, FERNÁNDEZ-GALLARDO, J. Á., «Perspectiva actual del juicio en ausencia del acusado», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 117, III, diciembre 2015, pp. 219 y ss., esp., pp. 223-239.

(83) GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del procedimiento contra reos ausentes...», cit., p. 881.

ausencia del imputado (en sentido genérico, abarcando desde el investigado al penado), ambas figuras deberían estar contempladas(84).

También se ha de diferenciar el rebelde del extraditado (o extraditable), es decir, del «rebelde» que se halla fuera de la jurisdicción española, pese a lo cual, ésta dispone de mecanismos jurídicos para hacerlo comparecer ante la misma, bien mediante el incidente de extradición previsto genéricamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, bien mediante otros mecanismos de entrega más ágiles y rápidos (euroorden). En cualquiera de estos casos, la persona que hallándose en el extranjero y teniendo una causa penal abierta contra él en nuestro país, que es requerida por las autoridades judiciales españolas para la puesta a su disposición, no tiene necesariamente porqué ser técnicamente un rebelde, es decir, no se exige como requisito previo a tal solicitud el hecho de que se haya decretado, mediante el correspondiente auto, la declaración de rebelde (piénsese en los supuestos de que el sujeto se encuentra localizado y a disposición de la justicia de un tercer país), si bien no faltarán muchas ocasiones en que ello se haya producido.

Asimismo, y ya para terminar de delimitar todos los supuestos de enjuiciamiento sin presencia del acusado, tendríamos una figura que, aunque en muchas legislaciones se incluye como supuesto de enjuiciamiento *in absentia*, no tiene en nuestro ordenamiento jurídico positivo ninguna previsión, y es el supuesto de la necesidad de que el acusado esté presente en todas y cada una de las sesiones del juicio oral. Aquí, a pesar de que la dicción literal del art. 786 de la Ley de Ritos es clara, al establecer la preceptiva presencia del acusado salvo los supuestos de enjuiciamiento en ausencia permitidos por dicho precepto, ha sido la jurisprudencia y la práctica judicial la que ha venido relajando tal obligatoriedad en determinados supuestos, siendo de ello paradigmática la doctrina constitucional sentada en la STC 77/2014.

Finalmente, decíamos, es necesario también configurar la situación procesal del rebelde en relación con las distintas fases de proceso, pues no son pocos los que se plantean la duda de la posible existencia de la rebeldía en la fase ejecutiva. Del tenor literal del art. 835 parece claro que la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace solo referencia a situaciones incardinables en fases anteriores a la existencia de una

(84) Véase en este sentido, JIMÉNEZ ASENJO, E., «El procedimiento contra reos ausentes, hoy 1980», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 4, 1980, pp. 679 y s., en donde distinguía entre la ausencia fáctica que se funda en el hecho de no ser conocido el paradero del inculpado (no se sabe dónde está, por lo que semeja hallarse perdido), y la ausencia con paradero conocido, sea dentro o fuera de España, y a disposición judicial.

sentencia penal firme: al procesado (art. 835.1.º), al detenido o preso (art. 835.2.º) y al que se hallare en libertad provisional (art. 835.3.º)(85). ¿No cabe, entonces, ordenar la requisitoria y luego decretar la rebeldía del penado que no comparece a una citación judicial (por ejemplo, para requerirle de cumplimiento de la pena impuesta) o del que se ha fugado del establecimiento penitenciario en que se hallaba cumpliendo la pena? Volvemos a repetir que, cierto es que el legislador procesal parece estar pensando que la rebeldía es referible únicamente para los supuestos en los que todavía no existe sentencia firme. Sin embargo, frente a ello, no falta quien, por ejemplo, hace una interpretación extensiva del término «preso», para incluir en él al «penado» que se fuga del establecimiento penitenciario(86), lo que también podría valer para la mención de «procesado» del núm. 1 del art. 835, entendiendo que dentro del mismo cabría el supuesto del penado que no es habido. Esta interpretación extensiva se observa incluso en la práctica judicial, en donde no es infrecuente que las buscas y capturas dictadas contra penados funden sus razonamientos jurídicos en las previsiones del artículo 835 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien que concordándolas con las genéricas previsiones contenidas en el artículo 990 de la Ley de Ritos.

En línea con lo dicho hemos de subrayar que además en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal hay una referencia expresa al «condenado rebelde», cosa que acontece en el artículo 490.7.º que, como sabemos, faculta a cualquier persona para que «pueda detener al procesado o condenado que estuviere en rebeldía». Y no han faltado invocaciones al concepto de «rebelde» a la hora de interpretar el artículo 2.2 de la Ley del Indulto, atribuyendo tal calificativo a «los que no estuvieren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena» quienes, como sabemos, están exceptuados de poder ser indultados(87).

(85) En el mismo sentido art. 407 de la Ley Procesal Militar.

(86) Así, Garberí al definir la rebeldía como «la situación en que se encuentra el inculpado que no comparece o no es habido ni presentado ante el órgano judicial competente en el plazo fijado para ello en la requisitoria, por haberse ausentado, *por haber quebrantado su condena* o por incumplir la obligación de concurrir ante la autoridad judicial según las cautelas adoptadas al decretar su libertad provisional». GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del procedimiento contra reos ausentes...», cit., p. 882. Obsérvese que esta interpretación también sería dable con el tenor literal del art. 407. 3.º de la Ley Procesal Militar, pues el mismo se refiere a «el que se hubiere fugado del establecimiento en que se hallare detenido, preso o *quebrantase su custodia*», tercer supuesto, junto a detenido y preso, que pudiera albergar al penado.

(87) Así en la Real Orden de 23 de septiembre de 1919 se disponía (instrucción 9.ª) que «se considerará para todos los efectos de este Real Decreto, que están a disposición del Tribunal sentenciador todos aquellos que no hubieren sido declarados

Pero, es más. Respecto a la aplicabilidad de la rebeldía en fase ejecutiva tenemos la previsión expresa del artículo 82.2 del Código Penal que, tras la reforma operada en el año 2015, establece en su párrafo segundo que «no se computará como plazo de suspensión (de la ejecución de las penas privativas de libertad) aquel en el que *el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía*». Es decir, que para el legislador penal sí que cabe que un penado, respecto de cuya pena privativa de libertad impuesta se ha acordado la suspensión de la ejecución de la misma por alguna de las modalidades previstas en los artículos 80 y siguientes del Código Penal, pueda ser declarado rebelde. Se podrá objetar que el legislador penal de la reforma llevada a cabo en nuestro texto punitivo por la Ley Orgánica 1/2015 no se ha caracterizado, precisamente, por su corrección técnica y su claridad expositiva (véase si no, por ejemplo, la confusa y oscura regulación del concurso medial que se hace en el artículo 77.3(88)), pero lo cierto es que el trascrito precepto dice, sin ambages, lo que dice, aludiendo a una situación de rebeldía que solo podría tener cabida si se realiza la interpretación extensiva de los números 1 y 2 del artículo 835 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los términos antes señalados.

Sea como fuere, lo cierto es que de lo expuesto se desprende la existencia de unos desajustes normativos que abonan nuestra idea de la necesidad de establecer un nuevo estatuto regulador de la situación de la rebeldía(89) en el que de manera clara y precisa se recojan todos

rebeldes». Sobre dicho requisito, y la necesidad de ser interpretado de forma extensiva, excluyendo el que se requiera estar ingresado en prisión y permitiendo que el penado esté domiciliado en una localidad distinta de «la demarcación de la Audiencia respectiva» (algo exigido en la derogada Real Orden de 24 de diciembre de 1914), véase Instrucción 5/1992, de la Fiscalía General del Estado.

(88) Crítica realizada expresamente por la propia jurisprudencia; en tal sentido, por ejemplo, Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo (en adelante, STS) 30/2018, de 19 de enero.

(89) Estando cada vez más extendida la definición de la rebeldía como una situación, la rúbrica bajo la que se regulase su estatuto bien podría rezar «*De la situación de rebeldía y de sus efectos*». Como ejemplos de la citada definición de la rebeldía *como situación*, por todos, pueden verse: «La rebeldía es una *situación* que deriva de la ausencia, de quien no ha comparecido al llamamiento judicial y en virtud de declaración formal al respecto» (GÓMEZ DE LIAÑO, F., *El proceso penal*, 5.^a ed., ed. Forum, Oviedo, 1997, p. 97). «*Situación procesal* en la que se encuentra el acusado que, en el término fijado en la requisitoria, no comparece a la presencia judicial, o que no sea encontrado y presentado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa» (MESTRE DELGADO, E., Voz «Rebeldía», en VV. AA. (Carlos García Valdés, dir.), *Diccionario de ciencias penales*, Edisofer, Madrid, 2000, p. 423). «La rebeldía en nuestro régimen jurídico procesal es una *situación jurídica*...» (FONT SERRA, E., Voz «Rebeldía», en VV. AA. (Alfredo Montoya Melgar, dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5465 y 5468). Por su parte el Diccionario

los supuestos en los que cabe tal declaración y, lo que es más importante, los efectos jurídicos que de ello se han de derivar.

Pero, antes de nada, y para poder alcanzar ese anhelado puerto, se hace necesario comenzar por los principios; mirar a la historia para entender el presente, pues solo así podremos intuir el porvenir.

II. UNA MIRADA ATRÁS PARA COMPRENDER EL PRESENTE

II.1 La rebeldía en el Derecho romano

Suele estar extendida la idea, no del todo exacta, de que el Derecho romano no contempló en enjuiciamiento penal en ausencia, o, mejor dicho, que fue muy reacio a su admisión, quizás debido ello a una lectura un tanto parcial de lo que en su día afirmara Mommsen en su referente monografía sobre el Derecho penal romano. Y es que el que fuera Premio Nobel de literatura del año 1902(90), efectivamente afirmó que «el procedimiento penal (romano) fue siempre un procedimiento odioso y rodeado de dificultades cuando en él no se admitía la defensa, o cuando ésta se hallaba mermada, aún en los casos en los que el citado fuese culpable de dicha no admisión y hasta aquellos otros en los que él mismo hubiera renunciado a la defensa»(91). Sin embargo, no es dable obviar que Mommsen también señaló la existencia de una primera manifestación del enjuiciamiento penal en ausencia, fundada en motivos de necesidad, que se dio en el procedimiento atribuido a los gobernadores de las provincias (en contraste con su prohibición en la justicia administrada en Roma)(92), afirmando que

del Español Jurídico (Real Academia de la Lengua y Consejo General del Poder Judicial), define la rebeldía como «situación jurídica, declarada judicialmente en el proceso, en que se coloca el demandado por su inicial, total y voluntaria inactividad, al no comparecer en el mismo dentro del plazo concedido...».

(90) La motivación de la Academia sueca para tal distinción fue calificar a Mommsen como «el más grandioso maestro con vida del arte de la escritura histórica, con una especial referencia a su obra monumental, Historia de Roma».

(91) MOMMSEN, T., *Römisches Strafrecht*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1899, p. 333. Existe traducción al español (desgraciadamente desprovista de las ricas y extensas notas que Mommsen introdujo en su original) por Pedro Dorado Montero, *Derecho penal romano*, La España Moderna, Madrid, s.f. (1898) (y reimpresión por ed. Temis, Bogotá, 1991), p. 219.

(92) MOMMSEN, T., *Römisches Strafrecht*, cit., p. 149 y *Derecho penal romano*, cit., p. 105, citando al respecto Mommsen, en su original, nota núm. 3, en que hace referencia a la obra de Cicerón, *Verres* (lib. 2, 41, 101. 42, y 102.).

será luego, ya en época imperial, cuando se produzca una expresa reglamentación del procedimiento criminal contra contumaces⁽⁹³⁾.

El citado rechazo del Derecho romano hacia el procedimiento contra el rebelde, aquilatado en el principio *absentem in criminibus damnare non debere*, era lógico en la etapa monárquica, pues aquí era el rey el que, bien en calidad de sumo sacerdote bien como jefe supremo militar, juzgaba unos hechos perturbadores de la *pax deorum* (delitos sacrales) o de la disciplina castrense (como la traición, la desertión o la cobardía), haciéndolo al margen de leyes y procedimientos determinados y teniendo al acusado a su presencia, para así, caso de condena, imponerle unas penas personales que se ejecutaban de inmediato. Las penas sacrales, impuestas para apaciguar a los dioses ofendidos, iban desde la muerte del condenado como sacrificio expiatorio (*deo necari*) al abandono del culpable (con la facultad otorgada a cualquiera para matarlo) y de todo lo que le pertenecía a éste en favor del dios ultrajado (*consecratio capitis et bonorum*). Por su parte, la represión en el ámbito militar no sería sino una manifestación del poder coercitivo ilimitado que, derivado del *imperium*, ostentaba el monarca, poder que ejercía sin sujeción a reglamentación alguna⁽⁹⁴⁾. Fuera de ello, los delitos entre particulares quedaban relegados a una venganza privada que tendría que esperar a la época republicana para ser sometida a la justicia estatal, muy particularmente a partir de la Ley de las XII Tablas.

Igualmente, en la concepción del Derecho penal romano de la República tenía, en principio, mal encaje la punición del rebelde, muy particularmente a partir del siglo II a. C., cuando el enjuiciamiento a través de asambleas (comicios) es sustituido por unos tribunales, primero extraordinarios (*quaestiones extraordinariae*) y luego, ya de manera estable, por unos permanentes (*quaestiones perpetuae*) instituidos por la ley y presididos por un magistrado, tribunales que serían

(93) MOMMSEN, T., *Römisches Strafrecht*, cit., p. 335 y *Derecho penal romano*, cit., 220.

(94) No obstante, para las infracciones menos graves (*scelus expiabile*) se conocía el *piaculum*, pena consistente en imponer al acusado la obligación de realizar una ofrenda expiatoria consistente en el sacrificio de un animal o la entrega de una entidad patrimonial para el culto de la divinidad ofendida. Sobre ello, y en general sobre la represión criminal ejercida por el rey en la Monarquía romana, *vid.* SANTA-LUCIA, B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Giuffrè, Milano, 1989, traducida al español por Javier Aparicio y Carmen Velasco, *Derecho penal romano*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 27 y ss., y bibliografía citada en pp. 37 y s.

generalizados y consolidados en la época de Sila(95). Y es que el proceso penal de las *quaestiones perpetuae* (96) se regirá ya por el principio acusatorio, lo que obligaba a la celebración de un juicio con presencia del acusado(97), el cual podía defenderse asistido de hasta seis abogados, tenía garantizada su intervención activa, pudiendo hablar hasta una vez y media más del tiempo del que disponía la acusación, y las decisiones que el acusado plebeyo creyera injustas podían ser «recurridas» ante el tribuno de la plebe, a quien competía ayudar al ciudadano frente a las injusticias que éste sufriera, siendo así que la intercesión contra el decreto de un magistrado debía de pronunciarse

(95) El primer tribunal criminal permanente fue instituido por la *Lex Acilia repetundarum*, de la época de Cayo Graco (años 123-122 a. C.), para juzgar las acusaciones de malversación promovidas contra los magistrados romanos, sirviendo éste de modelo para los posteriores tribunales permanentes institucionalizados en la época de Sila, siendo destacable que el primer tribunal permanente para juzgar al homicidio doloso (*quaestio de sicariis et veneficiis*) sería aprobado por la *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis* el año 81 a. C. Sobre la misma, ampliamente: CLOUD, J. D., “How did Sulla style his law de sicariis?”, en *The Classical Review*, New Series, vol. XVIII, núm. 2, 1968, pp. 140 y ss. Del mismo, “The Primary Purpose of the lex Cornelia de sicariis”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, band 86, 1969, pp. 258 y ss.; ROTONDI, G., *Leges publicae populi Romani: elenco cronologico con un'introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*, Società Editrice Libreria, Milano, 1912 (reimpresión G. Olms, Hildesheim, 1962) pp. 357 y ss.; PANI, M., e TODISCO E., *Storia romana dalle origini alla tarda antichità*, Carocci, Roma, 2008, p. 172.; NEGRI, M., «Il “giovane” Cicerone, la Lex Cornelia de sicariis et veneficiis e la datazione del de inventione», en *Athenaeum, Studi di letteratura e storia dell'antichità*, núm. 95, 2007, pp. 183 y ss. En general, sobre la legislación penal de Sila, KUNKEL, W., *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, Beck, München, 1962.

(96) La jurisdicción de los tribunales criminales permanentes (en los últimos tiempos de la República llegó a haber nueve, cinco para delitos políticos –*maiestas, repetundae, ambitus, peculatus* y *vis*– y cuatro para delitos comunes –homicidio, parricidio, falsedad e injurias graves–) se extendía exclusivamente sobre Roma y en un radio de mil pasos de ella, si bien la doctrina romanista señala que, casi con toda seguridad, los municipios tenían sus propios tribunales de justicia que funcionaban con un procedimiento acusatorio similar al de aquéllos. *Vid.* SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, cit., p. 89.

(97) No obstante, existían tres supuestos en los que no era necesaria la celebración del juicio: 1.º. Cuando la persona confesaba haber cometido el delito (*confessus pro iudicato est*), considerándose equivalente a la asunción de la culpa la huida al destierro del imputado, el intento de soborno del acusador (D. 48.21.2 pr.) y el suicidio del imputado (caso de que no existiera ningún otro motivo aparente para que lo hubiera hecho). 2.º. Cuando el delincuente fuera descubierto in fraganti (D. 47.2.7.1 .2-3), y 3.º. Cuando el sujeto se ha levantado en armas contra el Estado romano y el Senado lo ha considerado como enemigo público (*hostis*). Al respecto, *vid.* KUNKEL, W., *Kleine Schriften: zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte*, Hermann Böhlau, Weimar, 1974, pp. 17 y ss.

«en el acto y a su presencia»(98). Este juicio formulario estaba vertebrado, como también había ocurrido antes en el procedimiento de *legis actiones*, en dos fases bien diferenciadas: una fase *in iure*, de iniciación y admisión de la denuncia, realizada ante el magistrado, y una fase *apud iudicem*, en donde una vez practicaba la prueba, los miembros del tribunal (los jueces o árbitros) emitían su veredicto, marcando en una tablilla encerada (*tabella*) una de las dos letras allí escritas, la A (*absolvo*) o la C (*condemno*), introduciéndolas a continuación en una urna de las que serían sacadas por el magistrado (que no votaba) para su escrutinio, siendo que en caso de empate procedía la absolucón.

Se ha de señalar que es precisamente en este periodo del procedimiento formulario romano (siglo II a. C. hasta siglo III d. C.) donde comienzan a vislumbrarse las primeras manifestaciones del enjuiciamiento del rebelde, algo que acontece en el orden civil. Y es que, con el procedimiento formulario se superan los viejos formalismos del arcaico procedimiento de las *legis actiones* que, como es sabido, imponían unas rígidas fórmulas lingüísticas de carácter mágico-religioso que eran exigibles para obtener la condena del demandado, siendo así que la presencia de éste se alzaba en este procedimiento como fundamental e irremplazable(99), ya que este intercambio cruzado de palabras y gestos entre las partes constituía la propia esencia del proceso(100). Será ahora, con un procedimiento formulario desligado de ese rigorismo formal y presidido por el principio acusatorio,

(98) Vid. KUNKEL, W., *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung*, Böhlau Verlag, Köln-Graz, 1964, traducido al español por Juan Miquel, *Historia del Derecho romano*, Ariel, Barcelona, 1965, p. 89, en donde se subraya que el hecho de «llamar al tribunal» (*appellare*, lat. «llamar») para que revisara la decisión jurisdiccional, «*appellare ad tribunalum*» o «*appellatio tribunorum plebis*», es el origen de nuestra «apelación» (apelar al tribunal). Refiriéndose a las competencias jurisdiccionales del tribuno de la plebe en el orden penal, si bien de pasada (pues la obra se centra en sus competencias en el orden civil), COCCHIA DI ENRICO, E., *Il Tribunato della plebe e la sua autorità giudiziaria. Studiata in rapporto colla Procedura civile*, Sta. Tip. Luigi Pierrro e figlio, Napoli, 1917, p. 90 (existe reimpresión, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1971).

(99) No obstante, algunos autores han querido resaltar la existencia de una excepción a ello, es decir, de un enjuiciamiento en ausencia en ese Derecho procesal arcaico, representada por la *legis actio per pignoris capionem* (Gayo 4.29-30), procedimiento ejecutivo para el cobro de determinadas deudas de carácter público y sacro, que consistía en el embargo de bienes del deudor que no había pagado, para así asegurar el crédito, procedimiento que podía realizarse sin presencia del magistrado, en ausencia del adversario e incluso en *dies nefasti*. Vid. KASER, M., und HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, 2.^a Aufl., C. H. Beck Verlag, München, 1996, pp. 146 y ss.

(100) Al respecto, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y arbitraje en el Derecho romano*, Iustel, Madrid, 2006, p. 19.

cuando comienza a admitirse el enjuiciamiento en ausencia en el proceso civil, si bien que concretado en la fase *apud iudicem*. Y es que en la fase *in iure*, el proceso civil romano no podía ni iniciarse ni continuar, si el demandado no reconocía o contradecía la pretensión del demandante, realizando los alegatos que a su derecho convinieran y que permitían fijar los términos del proceso (*litis contestatio*). La no comparecencia del demandado en esta primera fase suponía que el mismo incurría en *indefesio*, y así, en caso de ejercicio de acciones personales, el magistrado podía embargar sus bienes, primeramente, y si persistía la incomparecencia, venderlos forzosamente para satisfacer al demandante, mientras que si la acción planteada por éste era real, el magistrado podía autorizar que, si la cosa litigiosa era un mueble que estaba presente, le fuera entregada inmediatamente al demandante (*duci vel ferri iubere*), y en caso de cosas muebles no presentes, conceder a éste una acción personal (*actio ad exhibendum*) para pedir al demandado que le entregara la cosa, y en su defecto la condena por el valor de la misma, siendo que en el supuesto de inmuebles, el magistrado dictaba el *interdictum quem fundum*, en virtud del cual se compelia al demandado a entregar el inmueble al demandante.

En cambio, es en la fase *apud iudicem* del procedimiento formulario civil donde encontraremos ya la primera manifestación del enjuiciamiento en ausencia, que luego se consolidará en el procedimiento contumacial instaurado en la *cognitio extraordinem* de la época imperial. En esta fase, los litigantes tenían obligación de comparecer ante el *iudex*, siendo que, si el demandado no lo hacía antes de las doce de la mañana, se aplicaba la regla contenida en la primera tabla de la Ley de las Doce Tablas, según la cual el juez debía resolver entonces el litigio a favor de la parte presente.

El procedimiento formulario, vigente durante toda la época clásica, comenzó a sufrir excepciones, apareciendo cada vez más casos en los que todo el litigio se resolvía en un solo momento procesal ante un magistrado, sistema excepcional (*extra ordinem*) que terminó por convertirse, en el siglo III, en el modelo del procedimiento jurisdiccional del Imperio(101). Ahora el procedimiento *per extraordinariam cognitionem* acaba con la clásica bipartición de fases (*in iure* y *apud*

(101) Como bien subrayara Iglesias, fueron razones de orden político-social – el carácter del régimen imperial, junto con la desaparición de las viejas libertades romanas –, las que favorecieron la instauración del nuevo sistema, que ya traía antecedentes del periodo clásico republicano, singularmente significados en la tramitación extraordinaria que entonces comenzó a darse a las controversias relativas a alimentos, fideicomisos, pago de honorarios de profesionales liberales, litigios con el Estado, etc. IGLESIAS, J., *Derecho romano*, Ariel, Barcelona, 6.ª ed. (1.ª, 1958), 1972, p. 220.

iudicem) y el principio acusatorio deja paso a un proceso regido por el principio inquisitivo, caracterizado por un principal protagonismo del magistrado, ya funcionario del Estado, en detrimento de las facultades que a las partes le confería el antiguo *ordo iudiciorum privatorum*, por lo que desaparece la necesidad de las antiguas prevenciones para hacer comparecer al demandado (*actio ad exhibendum e interdictum quem fundum*), pues surge un procedimiento contumacial para juzgar y dictar una sentencia contra el demandado rebelde que, sin causa justificada, se colocaba en dicha situación(102).

Pues bien, esta evolución observada en el proceso civil romano respecto al posible enjuiciamiento del rebelde encontró, con las debidas matizaciones, fiel reflejo en el proceso penal. Así hemos de recordar que, paralelamente a lo dicho respecto al civil, en el ámbito del proceso penal el sistema de los tribunales permanentes (*quaestiones perpetuae*) encontró definitiva sistematización al comienzo del mandato de Augusto, quien en el año 17 a. C. hizo votar la *lex Iulia iudiciorum publicorum*, que institucionalizaría un proceso acusatorio en el que no cabía el enjuiciamiento en rebeldía(103). Sin embargo, este sistema for-

(102) En este sentido, Torrent (voz «Contumacia», en *Diccionario de Derecho romano*, cit., p. 218) funda las razones de ello en que «al ser la *cognitio* un proceso público dominado por la autoridad judicial de principio a fin, el juicio podía proseguir, aunque el demandado no quisiera comparecer». Sobre dicho procedimiento civil contumacial, por todos, FILOMUSI GUELFI, F., *Il processo civile contumaciale romano*, Stabilimento tipografico dell' Ancora, Napoli, 1873; PETOT, P., *Le défaut in judicio dans la procédure ordinaire romaine*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1912; STEINWENTER, A., *Studien zum römischen versäumnisverfahren*, Beck, München, 1914; ARU, L., *Il proceso civile contumaciale: studio di Diritto romano*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1934 (existe reimpresión, 1971); CAMACHO EVANGELISTA, F., «La epistula de Claudio Quartino y el proceso en contumacia en las provincias (provincia Tarraconsense)», en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, núm. 11, 1964, pp. 299 y ss.; PROVERA, G., *Il principio del contradditorio nel processo civile romano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1970, esp. pp. 183 y ss.

(103) Sobre la *lex Iulia iudiciorum publicorum* y la legislación augustea de la primera etapa del principado, por todos: ARANGIO-RUIZ, V., «La legislazione», en VV. AA., *Augustus. Studi in occasione del bimillenario augusteo*, Tip. della R. Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1938, pp. 101 y ss.; BIONDI, B., «La legislazione di Augusto», en VV. AA., *Conferenza augustea nel bimillenario della nascita*, Vita e Pensiero Editrice, Milano, 1939, pp. 141 y ss.; GIRARD, P. F., «Les leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, band 34, 1913, pp. 295 y ss. Más recientemente, SANTALUCIA, B., *Altri studi di Diritto penale romano*, Cedam, Padova, 2010, pp. 63 y ss., y 279 y ss. Los comentarios clásicos de Ulpiano a la misma aparecen en los libros VII a X de *Radovan officio proconsulis*, luego extractados en diversos pasajes del Digesto. Al respecto, vid. RUDORFF, A. F., *Über den liber de officio proconsulis*, Verlag der Akademie der Wissenschaften, Berlin, 1886; DELL'ORO, A., *I libri de officio*

jado en la citada *lex Iulia* pronto comenzó a retraerse(104) frente a la incipiente aparición de un nuevo procedimiento criminal, implantado a la par que se afianzaba la figura de un *princeps* que comenzaba a transitar hacia emperador. El viejo sistema acusatorio de los tribunales permanentes se acomodaba mal en un régimen cada vez más autoritario, régimen que ahora marginará al «juicio de jueces» (jurados) en pro de una justicia imperial administrada por el propio emperador o por alguno de sus delegados. Surge el procedimiento o *cognitio extra ordinem*, nombre que expresa que se trata de un sistema procesal surgido y desarrollado «fuera» del *ordo iudiciorum*.

El nuevo procedimiento penal *extra ordinem*(105), asentado de manera definitiva en la época imperial a partir del siglo III, será un procedimiento de marcado carácter inquisitorial, para cuyo inicio no es ya necesaria una acusación formal (*accusatio*), pues el emperador o su delegado, teniendo conocimiento de la *notitia criminis* por cualquier vía (denunciantes, delatores o conocimiento directo)(106), asumía por sí mismo la iniciativa y prosecución del proceso de manera discrecional, discrecionalidad que lógicamente conllevó la manifiesta disminución de las garantías procesales de los justiciables, los cuales podrían ser ahora condenados sin someterse a votación alguna de jueces o árbitros, como antaño, y serlo incluso a la pena de muerte, una

nella giurisprudenza romana, Giuffrè, Milano, 1960, esp. pp. 160 y ss.; FANIZZA, L., *Giuristi, Crimini, Leggi nell'età degli Antonini*, ed. Jovene, Napoli, 1982, pp. 24 y ss.

(104) En este sentido Santalucia (*Diritto e processo penale nell'antica Roma*, cit., p. 105) señala que el mencionado desarrollo comienza a perfilarse con Augusto mismo, con la entrada en función de dos nuevos tribunales criminales, uno constituido por el emperador con la asistencia de su *consilium*, el otro por el senado bajo la presidencia de los cónsules.

(105) Ampliamente, sobre el procedimiento *extra ordinem*, su gestación y caracteres: LAURIA, M., *Accusatio-inquisitio: memoria letta all'Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società Reale di Napoli*, ed. Torella, Napoli, 1934; BONINI, R., *I «libri de cognitionibus» di Callistrato: ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della «cognitio extra ordinem»*, Giuffrè, Milano, 1964; DAHYOT-DOLIVET, J., «La procédure pénale d'office en Droit romain», en *Apollinaris*, núm. 41, 1968, pp. 85 y ss.; PUGLIESE, G., «Linee generali dell'evoluzione del Diritto penale pubblico durante il principato», en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung*, II.14, 1982, pp. 722 y ss., esp. pp. 735 y ss. Con claridad expositiva ARANGIO-RUIZ, V., *Historia del Derecho romano*, traducción de la 2.ª edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez, 3.ª ed. Reus, Madrid, 1974, pp. 308 y ss.

(106) Al respecto, *vid.* FANIZZA, L., *Delatori e accusatori. L'iniziativa nei processi di età imperiale*, L'Erma di Bretschneide, Roma, 1988, esp. pp. 41 y ss., en cuanto al origen de las manipulaciones realizadas desde el poder político para la incoación de procesos por *crimen maiestatis* y las prevenciones al respecto dadas en el senadoconsulto Turpilliano (año 61).

pena que había caído en desuso, en cuanto a los ciudadanos romanos, desde el último siglo de la República (cuando fue en la práctica sustituida por el exilio con *aqua et ignis interdicto*), pena capital que conocerá cruentos modos ejecutivos que se separan del tradicional método de la decapitación mediante espada(107), tales como la crucifixión (*damnatio in crucem*), la exposición a las fieras en la arena (*damnatio ad bestias*) o la hoguera (*vivi crematio*)(108). De esta manera, será en este procedimiento penal extraordinario donde, de forma similar a lo ocurrido en el proceso civil, comienza a reglamentarse la posibilidad de un enjuiciamiento contumacial(109).

Se partía del tradicional principio de que, como regla general, el acusado debía de asistir al juicio, para lo cual se reglamentaban las oportunas citaciones. Pero cabía la posibilidad de que el ausente pudiera ser juzgado, siendo que para ello éste había de devenir en contumaz, siendo así que previamente el simple ausente era anotado en los protocolos del tribunal como *requirendus*, antecedente de nuestra requisitoria, inquiriéndole con ello a comparecer en el plazo que se le fijase, siendo que el incumplimiento de ello sería lo que daría paso a la citada declaración de *contumax* y la consecuente posibilidad de su enjuiciamiento en ausencia, quedando prohibido en ese juicio su defensa mediante representación, ya que lo único que se permitía era que su procurador pudiera justificar la incomparecencia del ausente (*Absens reus causas absentiae per procuratorem reddere potest*). Esta proscripción de defensa del contumaz fue en su día puesta en duda por cierto sector doctrinal(110). Sin embargo, la moderna doctrina es clara al respecto(111), apoyándose para ello, por un lado, en la literalidad de los textos romanos, en particular en un texto de Papiniano

(107) Obsérvese que en el propio nombre de «pena capital» (*poena capitalis*, *poena capitis*) va ínsita la idea de cortar la «cabeza» (*caput-capitis*).

(108) Sobre las diferencias punitivas entre el sistema de las questiones y el del cognitio extraordinem, ampliamente, BRASIELLO, U., *La repressione penale in Diritto romano*, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1937.

(109) Sobre el mismo, por todos, BRASIELLO, U., *Sull'assenza dal giudizio nel processo penale romano*, Stabilimento Tipografico Editoriale, Urbino, 1933 (extracto del trabajo publicado en *Studi Urbiniti*, 7, 3-4, 1933); FANIZZA, L., *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, L'Erma di Bretschneide, Roma, 1992.

(110) Vid. DIENA, M., *Della procedura in contumacia nelle causa correzionali. Studio di legislazione e giurisprudenza*, Stab. Tip. Del Rinnovamento, Venezia, 1873, pp. 8 y s. (esp. nota 3 en p. 9, con cita de autoridad de Juan Voet en sus comentarios al Pandectas).

(111) En este sentido, ampliamente, FANIZZA, L., *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, cit., pp. 50 y ss. Cfr. LAURIA, M., *Accusatio-inquisitio...*, cit., p. 25 y las interesantes reflexiones sobre la figura del procurador romano en QUADRATO, R., voz «Rappresentanza (Diritto romano)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol.

recogido en el Digesto, según el cual «*inter accusatorem et reum cognitione suscepta, excusatio pro absente iustis rationibus admittitur*» (D. 48.1.10)(112), y, por otro, en la fundamental idea de que la responsabilidad penal en Roma era una responsabilidad personal, que solo podía perseguirse durante la vida del acusado, siendo a éste a quien correspondía su defensa(113), como se demuestra en el hecho de que expresamente se prevea la proscripción de defensa de la mujer condenada en ausencia por delito de adulterio(114) y, no de menor importancia, por la recíproca prohibición existente en el Derecho romano de que el actor ausente pudiera ejercer la acusación a través de representantes, sentenciando al respecto Paulo (Sent. 5.16.11) que «*Necque accusator per alium accusare neque reus per alium defendi potest, nissi ingratum libertum patronus accuset aut rei absentia defendatur*», esto es, que al igual que el acusador no puede recurrir a un tercero para acusar, tampoco el acusado puede hacerlo para defenderse, previsiones también aplicables en fase de apelación(115). Y todo ello traía causa del hecho de caracterizar al contumaz, como forma de ausencia y a diferencia de ésta(116), por su actitud de arro-

XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 417 y ss. MICELI, M., *Studi sulla rappresentanza nel Diritto romano*, Giuffrè, Milano, 2008.

(112) D. 48.1.10. «Habiéndose contestado la acusación entre el acusador y el reo, se admite excusa a favor del ausente por justas razones; y no sea condenado el reo citado tres veces cada día durante tres días, o no se falle estando presente el reo respecto a la calumnia del acusador ausente».

(113) FANIZZA, L., *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, cit., p. 51, y de la misma autora, «Il crimine e la morte del reo», en *Mélanges de l'Ecole française de Rome. Antiquité*, vol. 96, núm. 2, 1984, pp. 671 y ss.

(114) D. 48.5.11.2: «La que fue condenada entre las reas de adulterio, no puede ser defendida estando ausente». Se entiende así que se asemeja el status jurídico del hombre y la mujer ausentes, en cuanto a la imposibilidad de defensa por terceros. Ampliamente, FANIZZA, L., *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, cit., p. 52, con apoyo en otros trabajos doctrinales, tales como: PEPPE, L., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 113 y ss. GAROFALO, L., «La competenza a promuovere iudicia populi avverso donne», en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, núm. 52, 1986, pp. 451 y ss. ORESTANO, R., *L'appello civile in Diritto romano*, G. Giapichelli, Torino, 1966, p. 348. ANKUM, H., «Problèmes concernant l'accusatio adulterii en droit roman classique», en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, núm. 32, 1985, pp. 135 y ss. (esp. p. 154).

(115) D. 49.9.1. «Y en general, de la causa que no se puede defender por medio de otro, tampoco se debe defender por medio de otro la apelación».

(116) Así la simple ausencia la define Ulpiano en D. 50.16.199: *libro VIII. De omnibus Tribunalibus*. «Debemos tener por «ausente» al que no está en el lugar en que se pide; porque no exigimos que el ausente esté en ultramar; y si acaso se hallara fuera de los suburbios, está ausente. Pero estando hasta en los suburbios se considerará que no está ausente, si no se ocultara». La diferencia entre la mera ausencia y la

gancia e insubordinación ante la citación judicial(117), caracterización tal, por cierto, que en su origen se refería exclusivamente al delito de insubordinación militar, siendo en el bajo imperio cuando se extiende a la renuente desobediencia a la orden judicial(118).

Así, de la detallada reglamentación bajo-imperial referida al enjuiciamiento en ausencia del contumaz encontraremos fiel reflejo en los textos integrados en el *Corpus Iuris Civilis*, de forma muy particular en el Digesto. Se partía, como decimos, de la regla general de no enjuiciar a ausentes, lo que tenía como fundamento el respeto del principio de audiencia, principio vertebrador del sistema acusatorio heredado de la época republicana. Así lo dirá Marciano en el Digesto (D. 48.17.1) «*ne quis absens puniatur; et hoc jure utimur, ne absentes damnentur; neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur*»(119). Es por ello, que todavía a la altura del año 211, gobernando Caracalla, se insistía en la importancia de citar a los acusados a juicio, prescribiendo los requerimientos necesarios para ello y las consecuencias que de las citaciones fallidas habrían de deducirse, concretadas en el embargo de sus bienes: «*Quam absenti, reo gravia crimina intentatur, sententia festinari non solet, sed annotari ut requi-*

contumacia, con las notas señaladas, es evidente en el pensamiento de Ulpiano D. 5.1.73 *Libro IV. De omnibus Tribunalibus*. «Y después de impetrado el edicto perentorio, cuando haya llegado su término, entonces debe citarse al ausente; y tanto si hubiere respondido, como si no, se tramitará la causa y se pronunciará sentencia; no siempre a favor de la parte presente, sino que a veces, si tuvo justa causa, vencerá la ausente. § 1. Pero si el que impetró el edicto perentorio estuviese ausente el día del conocimiento de la causa, y estuviera presente aquel contra quien se impetró, entonces se habrá de dejar sin efecto el edicto perentorio; y ni se conocerá de la causa, ni se pronunciará sentencia a favor de la parte presente. § 2. Dejado sin efecto el edicto, veamos, ¿podrá acaso el reo volver a ser demandado, o ciertamente quedará íntegro el litigio, feneciendo únicamente la instancia del edicto? Y es lo más cierto que tan solo haya fenecido la instancia, y pueda litigarse de nuevo. § 3. Ha de saberse, que el ausente condenado por el edicto perentorio, si apelara, no ha de ser oído, si es que por contumacia estuvo ausente; pero si no, será oído». Sobre las diferencias entre contumacia y latitancia («latitatio»), FANIZZA, L., *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, cit., pp. 32 y ss.

(117) Subrayando estas notas, FANIZZA, L., *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, cit., pp. 35 y s.

(118) Vid. VOLTERRA, E., «Contumacia nei testi giuridici romani, Appendice a Osservazioni sull'ignorantia iuris nel Diritto penale romano», en *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano «Vittorio Scialoja»*, núm. 38 (1-3), 1930, pp. 121 y ss. Luego, en el mismo sentido, BRASIELLO, U., *Sull'assenza dal giudizio nel processo penale romano*, cit., p. 26.

(119) D. 48.17.1 «Hay un rescripto del Divino Severo y Antonino Magno para que no sea castigado ningún ausente; y observamos este derecho, que los ausentes no sean condenados; porque la razón de equidad no consiente que alguien sea condenado sin haber sido oída su causa».

ratur, non utique ad poenam, sed ut potestas ei sit purgandi se, si potuerit» (Cod. 9.40.1)(120).

Ahora bien, en la práctica judicial se fue haciendo cada vez más común que la proscripción general de enjuiciamiento en ausencia quedara circunscrita a los procesos seguidos por delitos graves, sentenciado en tal sentido Paulo que «*in causa capital, absens nemo damnatur*» (Paulo, Sent. 5.5.8), recordándonoslo un rescripto de Gordiano III del año 243, en donde se cataloga el no juzgar a ausentes por delitos graves como «Derecho antiguo» y se prevé el recurso a la apelación si ello se incumpliera (Cod. 9.2.6)(121). Es en este contexto en donde se sitúa el trascendental, sobre todo por su influencia posterior para la elaboración de la doctrina medieval de la ausencia(122), rescripto de Trajano (98-117 d. C.) que Ulpiano, en el libro dedicado al cargo proconsular, lleva al Digesto (D. 48.19.5) y en donde, aparte de sentar el conocido principio de que «es mejor que se deje impune el delito de un culpable, que condenar a un inocente» («*satius enim esse, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare*»)(123), afirma que, si bien el principio general es «*absentem in criminibus damnari non debere*», se debe permitir, al igual que ocurre en el proceso civil («*etiam absentes*

(120) Caracalla, Cod. 9.40.1. «El Emperador Antonino, Augusto, a Rustico. Cuando se intentan graves acusaciones criminales estando ausente el reo, no se suele apresurar la sentencia, sino que es anotado, de suerte que se le requiera, no ciertamente para sufrir pena, sino para que tenga facultad de sincerarse, si pudiere. Mas después que constituido en situación de ser requerido hubiere vuelto dentro de un año, si se hubiere sincerado del crimen, recupere a arbitrio del juez los bienes sellados; y si habiendo regresado dentro de este tiempo, hubiere fallecido después de su presentación, aunque todavía no se hubiere sincerado, transmita los bienes a sus propios herederos. Dada siendo cónsules Gentiano y Basso, año 211».

(121) Gordiano, Cod. 9.2.6. «Gordiano a Avidiano. Es derecho antiguo, que el ausente no puede ser acusado de crimen capital, sino que solamente suele ser anotado para ser requerido, si faltara. Y, por lo tanto, como dices que estando ausente e ignorándolo tú, a quien nunca se le había notificado acusación criminal alguna, fuiste condenado a las minas injustamente por el presidente de la provincia, cuida de acudir al prefecto del pretorio para que, al presente, defendiéndote tú, se pueda aclarar la verdad del caso, y él reformará con arreglo a su justicia todo lo que viere que se hizo de nueva manera y contra la forma establecida en las constituciones. Publicada a 4 de las Nonas de abril año 243, bajo el consulado de Ariamo y de Pappo».

(122) En general, sobre la influencia del Derecho procesal penal romano de la *cognitio extra ordinem* en el proceso romano-canónico del *ius commune* medieval, LITEWSKI, W., *Der römische-kanonische Zivilprozeß nach den älteren ordines iudicarii*, I-II, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellonskiego (Jagiellonian University Press), Krakau 1999.

(123) Reafirmando el origen de este principio trascendental del enjuiciamiento criminal hasta nuestros días, KUNKEL, W., *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung*, Böhlau Verlag, Köln-Graz, 1964, traducido al español por Juan Miquel, *Historia del Derecho romano*, cit., p. 74, nota 29.

pronuntiari oportet secundum morem privatorum iudiciorum»), juzgar a los contumaces, siempre que no se impongan penas graves, como la pena de muerte o la de trabajos forzados en las minas («*verum si quid gravius irrogandum fuisset, puta in metalla, vel capitis poenan non esse absentibus irrogandam*»)(124).

II.2 La doctrina medieval de la contumacia

El rescripto de Trajano ha sido profusamente estudiado por los especialistas(125), que, como ya hemos dicho, han subrayado su notable influencia en la elaboración de la doctrina medieval sobre el enjuiciamiento en ausencia(126), una doctrina que de manera detallada se preocupó por deslindar conceptos, realizar clasificaciones y perfilar los efectos jurídicos de la contumacia, a la vez que se cimentaba el principio de audiencia.

Así, se resaltarán que ya en la propia etimología del término contumacia (*contumax*, *contumaciter*, de *cum* y *temno* –despreciar, desdeñar–) se hace referencia a «un acto de desobediencia o de obstinada indocilidad»(127), cuando no de «orgullo y arrogancia»(128),

(124) Ulpiano D. 48.19.5. Ulpiano. *Del Cargo de Procónsul, Libro VII*. «El Divino Trajano respondió por rescripto a Julio Fronton, que tratándose de delitos no debía ser condenado un ausente. Mas el Divino Trajano respondió por rescripto a Asiduo Severo, que tampoco debía ser condenado alguien por sospechas; porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable, que condenar a un inocente. Mas contra los contumaces, que no hubiesen obedecido ni a las denuncias, ni a los Edictos de los presidentes, se debe fallar, aunque estén ausentes, según se acostumbra en los juicios privados. Cualquiera puede defender que estas cosas no son contrarias; luego ¿qué se dirá? Más bien se determinará, que contra los ausentes se pueden imponer penas ciertamente pecuniarias, o las que se refieren a la estimación, y se puede llegar hasta la relegación, si, prevenidos muchas veces, dejaran de comparecer por contumacia; pero si se hubiese de imponer alguna pena más grave, por ejemplo, la condenación a las minas o la pena capital, no se ha de imponer a los ausentes».

(125) Por todos, BRASIELLO, U., *Sull'assenza dal giudizio nel proceso penale romano*, cit., pp. 16 y ss.; FANIZZA, L., *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, cit., esp. pp. 11 y ss., y 92 y ss.

(126) Al respecto, de obligada consulta, OBARRIO MORENO, J. A., *El proceso por contumacia. Origen, pervivencia y recepción*, Dykinson, Madrid, 2009. Del mismo, «El proceso por ausencia en la doctrina medieval», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, II, 2011, pp. 165 y ss., trabajos ambos que seguimos en la presente exposición.

(127) Vid. MARANTA R., *De ordine iudiciorum tractatus, vulgo speculum aureum, et lumen advocatorum*, Haeredes Iacobi Iuntae, Lugduni, 1557, Pars. VI, Rub. *De contumacia secundo membro iudicis*, núm. 7, f. 387.

(128) En este sentido, en efecto, Scaccia sostendrá que el mal ánimo de las partes contumaces se encuentra en una etimología del término, *cum* y *tumeo*, que

señalando que la misma, en cualquier caso, encuentra su razón «en la propia naturaleza del reo, que es fugarse de la justicia»(129). Las citadas notas de voluntariedad y renuencia prolongada en el tiempo(130), permitirán a Baldo y a comentaristas posteriores, una vez diferenciada la contumacia de la mera ausencia(131), establecer las causas o supuestos en los que, a su juicio, se podría incurrir en contumacia o rebeldía(132); a saber: cuando no se acudía a juicio («*quia nullo modo venit*»), cuando habiéndose personado se ausentaba del mismo sin permiso del tribunal («*quia venit et non stetit*») y cuando estando en el juicio se negaba a responder a las preguntas que se le hicieran («*quia praesens non vult respondere*»), a las que habría que añadir una cuarta referida a la perseverancia en la desobediencia judicial («*qui in contumacia perseverat, unde contumacia potest describi, quod est non obediens pertinacia*»)(133). Se observa pues, un concepto amplio de contumacia que trasciende la mera no asistencia a juicio, existiendo supuestos en los que se parangona con lo que podríamos denominar falta de buena fe procesal, esto es, la del compareciente a juicio «que no actúa conforme a Derecho», o en palabras de Alberico de Rosate, «*quando citatus ad iudicium venit, sed non vult parere iuri*»(134).

significa estar hinchado, lleno de orgullo y arrogancia, lo que induce a la desobediencia y a la contumacia. SCACCIAE, S., *Tractatus de iudici causarum civilium, criminalium et haereticalium*, Sumptibus, haeredum Palthenianarum ex-Officina Hartmanni Palthenii, Frankfurt, 1618, Lib. I, cap. 91, 3, p. 280 (otra ed. Venetiis, 1648, p. 292).

(129) MAINUS, J. DE, (Iasonis Mayni Mediol), *In primam (secundam) Codicis partem Commentaria*, Lugduni, 1581, f. 125, Rub. *De iudicis*, § *Et si quidem*, núm. 3

(130) Vid. SAXOFERRATO, B. DE, *Commentaria Corpus Iuris Civilis. Digestus Vetus (In primam Veteris partem commentaria quibus praeter Alex. Barb. Seissell ... [et] aliorum adnotationes ... accesserunt ...)*, Augustae Taurinorum: apud Nicolaum Beuilaquam, 1574, fol. 54 v. (Rub. *Si quis ius didencti non obtemperaverit*, § *Omni-* bus, núm. 13).

(131) UBALDI PERUSINI, B. (Baldo degli Ubaldi), *In Primum, Secundum & Tertium Cod. (Codicis), Lib. (Libros) Com. (Commentaria)*, Alex. Inmolen. Andreae Barb. Celsi, Venetiis, 1586, f. 137 v. (Rub. *De Procuratoribus*, Lex III (sic., léase IV), § *Quia Absente*, núm. 2).

(132) *Ibidem*, f. 179.

(133) UBALDI PERUSINI, B. (Baldo degli Ubaldi), *In VII, VIII, IX, X & XI Codicis Libros Commentaria*, Alexandri. Inmolen. Andreae Barb., Venetiis, 1586, f. 42 v. (Rub. *Quomodo et quando iudex*, Lex V, § *Consentaneum*, núm. 5).

(134) Para Alberico de Rosate la contumacia se manifestaba de tres maneras («*contumacia triplex est*»): cuando no se acudía a juicio –*non viniendo ad iudicem*– (bien porque el citado despreciaba la comparecencia, maliciosamente se ocultaba o impedía ser citado), cuando el citado comparecía a juicio, pero no actuaba conforme a Derecho («*quando citatus ad iudicium venit, sed non vult parere iuri*») y cuando la contumacia se alzaba como una ofensa notoria que el rebelde no deseaba corregir

Una vez sentado el concepto, la doctrina medieval se preocupará de realizar una pormenorizada tipología de la contumacia, pudiendo en tal sentido distinguirse entre un contumaz verdadero frente a uno ficticio, y una contumacia expresa frente a otra tácita. El contumaz verdadero («*contumax verus*») se definía por el hecho de estar citado en legal forma (personalmente o en su domicilio) y por la existencia de una manifestación expresa por parte del acusado de no querer asistir al juicio («*nolo venire*»)(135), siendo así que esta contumacia era considerada la más grave(136), por lo que, asimilada a la confesión, llevaba aparejada la imposibilidad de que el rebelde pudiera recurrir en apelación la sentencia condenatoria(137). Frente a él, el contumaz ficticio («*contumax fictus*»), era el que, al haber sido citado no personalmente, sino en su domicilio (con lo que pudo recogerlo tercera persona) o mediante pregón público, cabía siempre plantearse la duda sobre si efectivamente había recibido o tenido conocimiento de la citación(138), siendo por ello que a este rebelde se le permitía apelar la sentencia, siempre que plantara el recurso en el plazo de diez días a contar desde la fecha en que tuvo conocimiento de la sentencia(139). Junto a lo anterior, como decimos, Baldo(140) establece una tipología consistente en distinguir entre contumacia tácita y expresa, siendo la primera una citación que llega al destinatario, aunque no fuera de forma directa personal, y la segunda reservada para los casos en los que existiera una manifestación clara y expresa de no acudir al juicio.

(«*quando offensa est notoria, et iussus à iudice non vult emendare*»). Vid. ROSATE ALBERICI A., *Dictionarium ad utriusque iuris utriusque iuris facilitatem pertingere nitenti massime necessarium, rugosum quod prius erat & obscurum, octingentis & amplius quibus scatebat mendis repurgatum splendet*, Lugduni, 1548, *Litera C*, voz «*contumacia triplex est*». Folios no numerados.

(135) Vid. UBALDI PERUSINI, B. (Baldo degli Ubaldi), *In VII, VIII, IX, X & XI Codicis Libros Commentaria*, cit., (§ *Ea quae*), F. 41 v., y 42. Aquí Baldo establecerá una distinción entre «*contumacia tacita et minor*» (no se era citado personalmente, pero se enteraba con posterioridad, lo que daba pie a poder apelar), una «*contumacia maior*» (el no citado, no podía apelar, salvo que se personara ante el juez) y una «*contumacia máxima*» (que es la que al ser citado, manifiesta expresamente su intención de no comparecer, lo que cerraba la puerta a cualquier apelación).

(136) «*Ratio est, quia ese verus contumax, seu vera contumacia, es delictum*», en palabras de Scaccia. SCACCIAE, S., *Tractatus de appellationibus*, Typographia Iacobi Mascardi, Romae, 1612, *Quaestio 17, Limitatio 3*, núm. 8, p. 466.

(137) *Ibidem*, *Limitatio 1 y 2*, pp. 464 y s.

(138) UBALDI PERUSINI, B. (Baldo degli Ubaldi), *In Primum, Secundum & Tertium Cod.*, cit. f. 137 v.

(139) En este sentido, SCACCIAE, S., *Tractatus de appellationibus*, cit., *Quaestio 12*, núm. 12 y remisión a núm. 162-167, pp. 230 y 258.

(140) UBALDI PERUSINI, B. (Baldo degli Ubaldi), *In VII, VIII, IX, X & XI Codicis Libros Commentaria*, cit., (§ *Consentaneum*), f. 43.

Para poder declarar en rebeldía al contumaz regía el principio acusatorio, en el sentido de que la contraparte tenía que expresamente solicitarlo, es decir, que era preciso que la parte compareciente «*expresse accuset eius contumaciam*»(141). Y así, una vez declarada la contumacia se producían unos efectos jurídicos que, en el orden civil, eran muy parecidos a los que se estipulaban en el Derecho romano, a los que antes hicimos referencia, y que en resumidas cuentas suponía la momentánea privación de la tercera parte de los bienes del demandado a favor del actor («*missio in possessionem ex primo decreto*») (142), privación que de persistir la rebeldía podría extenderse, ya de manera definitiva, a todo su patrimonio(143). Este mecanismo sancionatorio era el que, básicamente, regía también en el proceso penal(144), ya que después de que el primer decreto supusiera confiscar la tercera parte de los bienes del rebelde penal, éste era declarado «convicto y confeso», pudiendo ya confiscársele todos sus bienes tras pasar un año en rebeldía(145). Ahora bien, la declaración de confeso penal acarreaba asimismo la pena de infamia y la inhabilitación para dar testimonio en juicio, siendo que transcurrido un año podía recaer sobre él la sospecha de herejía(146), y tratándose de delitos menores, se preveía que si al regresar el rebelde, éste era absuelto, aun teniendo ya sus bienes confiscados, debería no obstante permanecer en prisión tanto tiempo como el que estuvo en rebeldía(147).

(141) Vid. SAXOFERRATO, B. DE, *Commentaria Corpus Iuris Civilis. In secundam codicis partem commentaria quibus praeter Alex. Barb. Seissell Pom. Nicelli & aliorum adnotationes & contrarietatum Conciliationes*, Augustae Taurinorum: apud Nicolaum Beuilaquam, 1574, fols. 64 y 64 v. (Lib. VII, Rub. *Quomodo et quando iudex sententiam proferre debet*, Ley VIII, § *Qui semel*, núm. 1-2). MAINUS, J. DE, (Iasonis Mayni Mediol), *In primam (secundam) Codicis partem Commentaria*, Lugduni, 1581, f. 125 v.

(142) MARANTA R., *De ordine iudiciorum tractatus, vulgo speculum aureum, et lumen advocatorum*, Haeredes Iacobi Iuntae, Lugduni, 1557, Pars. VI, Rub. *De contumacia secundo membro iudicis*, núm. 10, f. 388: «Secunda poena quam patitur contumax est, quia patitur missionem in possessionem ex primo decreto».

(143) *Ibidem*, núm. 11, f. 388: Vid. SCACCIAE, S., *Tractatus de iudici causarum civilium, criminalium et haereticalium*, Sumptibus, haeredum Palthenianarum ex-Officina Hartmanni Palthenii, Frankfurt, 1618, Lib. I, cap. 96, 16, p. 300.

(144) Ampliamente, SCACCIAE, S., *Tractatus de iudici causarum civilium, criminalium...*, cit., Lib. I, cap. 97, («De processu contra reum contumacem in causis criminalibus»), núm. 1-202, pp. 309-375.

(145) Vid. MARANTA R., *De ordine iudiciorum tractatus...* cit., Pars. VI, Rub. *De contumacia secundo membro iudicis*, núm. 23, ff. 391 y s.

(146) *Ibidem*, núm. 33, f. 393.

(147) «Et si volverit reverti ad defendendum se debet dicere causa in vinculis, & si venit absolvendus causa principali, adhuc debet stare tanto tempore in carcere quanto tempore duravit in contumacia». *Ibidem*, f. 393.

Como vemos, para la doctrina medieval la contumacia o rebeldía es una «situación jurídica» que merece recibir una respuesta punitiva acorde con su gravedad («*quod crescente contumacia, debet crescere poena*»), sobre todo, por el hecho de la renuencia y perseverancia que le caracteriza («*Nam peccare humanum est, sed perseverare diabolicum est*»)(148), entendiéndose así que en los casos más graves («*contumax verus*») debe recibir la calificación de auténtico delito, y como tal ser castigada(149). Hemos de tener presente que todo este edificio doctrinal alzado por los autores medievales sobre el enjuiciamiento en contumacia fue cimentado sobre las bases aportadas, no solo por el Derecho romano, sino también por el Derecho canónico(150), dentro

(148) PISTOIA, C. DA, *Lectura super Codice*, Heinrich Eggstein, Strasbourg, 1475, Rub. *Quonmodo et quando iudex*, § *Consentaneum*, núm. 1: «quod crescente contumacia, debet crescere poena. Nam peccare humanum est, sed perseverare diabolicum est».

(149) Si bien que Scacciae, cuando estudia la contumacia como delito (*An contumacia sit delictum*), luego de exponer las distintas opiniones al respecto sustentadas por otros autores, concluirá que solo la contumacia que impida o altere el procedimiento judicial debe tener la consideración de delictiva. SCACCIAE, S., *Tractatus de iudici causarum civilium, criminalium...*, cit., Lib. I, cap. 93 (*An contumacia sit delictum*), núm. 1, p. 288.

(150) Eso sí, al margen de determinadas prácticas que hundían sus raíces en los ancestros del Derecho germánico, como acontecía, por ejemplo, con la condena en rebeldía que llevaba a cabo el Tribunal de Justicia de la Santa Vehma, sobre todo a partir del siglo XIII, en, entre otros lugares, Westfalia, Tribunal que imponía tal terror que hacía que pocos valientes se atrevieran a comparecer a sus citaciones, lo que ocasionaba su implacable condena. Así nos lo describía el que fuera fiscal del Tribunal Supremo, Federico Melchor Lamanette: «Pocos eran, pues, los que acudían al verse citados, y si no comparecían al tercer llamamiento, se les tenía por confesos, y el conde pronunciaba contra ellos el anatema vehémico, concebido en estos términos: “Investido de toda la fuerza y poder real, le privo de todo derecho a la justicia y libertad que obtuvo al ser bautizado; le proscribo y entrego a las más crueles angustias. Le privo de los cuatro elementos que Dios ha creado para los hombres. Le declaro fuera de la ley, sin paz, honor, ni seguridad; de suerte que pueda ser tratado como un réprobo y un maldito, indigno de toda justicia o libertad, lo mismo en los castillos que en las ciudades y sitios sagrados. Malditas sean su carne y sangre. Que no encuentre jamás reposo sobre la tierra; que le atormenten los vientos; que las cornejas, cuervos y aves de rapiña le persigan y destruyan: entrego su cuello al dogal, su cuerpo a los buitres, y ¡que Dios se apiade de su alma!”. Profería el conde presidente por tres veces esa terrible maldición, escupiendo en cada una de ellas, acción que imitaban todos los jueces, y que simbolizaba la expulsión del condenado de la comunidad humana: después arrojaba al suelo el atado de cuerdas que tenía delante, rogando encarecidamente a todos los reyes, príncipes, caballeros y escuderos, condes y escabinos del Santo Imperio, que auxiliaran con mano fuerte al tribunal secreto, a fin de conseguir el castigo del culpable. Quedaba desde aquel instante entregado por do quier a la muerte el sentenciado. Millares de personas, cuya misión nada podía revelar, recorrían la Europa con el único objeto de traerlo a su perdición. No había sitio alguno que pudiera prestarle seguro asilo: todo juez franco estaba obligado a

del cual se dieron importantes pasos para afianzar los principios de contradicción y de audiencia(151), sobre todo en cuanto concibieron su inobservancia como una causa de nulidad(152). Sin embargo, hay que resaltar que la condena penal de los contumaces estaba permitida cuando así lo exigía la gravedad del delito cometido, como era el caso de la herejía, siendo que, por ejemplo, así se dispuso expresamente en la Decretal *Veritatis est verbum* de 1198 al afirmar que «*si procedetur per viam inquisitionis contra absentem contumaciter, etiam lite non contestata testes recipit possunt et sententia definitiva ferri, etiam per viam depositionis, si hoc meretur delictum*»(153).

prenderle donde le encontrara y a ahorcarle en el árbol más cercano, dejando luego clavado en el tronco un puñal, cuyo mango figuraba una cruz, para que todos supieran que no se había cometido allí un asesinato», LAMANETTE, F. M., *La penalidad en los pueblos antiguos y modernos. Estudio histórico*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877, pp. 71 y s.

(151) Ampliamente, al respecto, RÜPING, H., *Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren*, Duncker und Humblot, Berlin, 1976, pp. 15 y ss. PICARDI, N., «Audiatur et altera pars. Le matrici storico-culturali del contraddittorio», en *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, vol XLVII, núm. 1, 2003, pp. 7 y ss. VELO DALBRENTA, D., «Nemo inauditur damnare potest. Storia, metamorfosi, limiti del principio del contraddittorio nel processo penale», en VV. AA. (a cura di Maurizio Manzini e Federico Puppo), *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 115 y ss. (esp. 118 y ss.). En español, de capital importancia, MONTES, P. J., *El crimen de herejía (Derecho penal canónico)*, Casa Editorial de M. Núñez Samper, Madrid, 1918, pp. 161 y ss., esp. 203 y s.

(152) Como bien resalta Andrés Santos (ANDRÉS SANTOS, F. J., «El principio de audiencia y el contradictorio en la historia del Derecho europeo», cit., p. 140), el precedente de los desarrollos de la canonística se encuentra en la conmixción de elementos jurídicos germánicos y romanos en la praxis estatutaria de las ciudades del norte de Italia desde mediados del siglo XII. Esta adoptó la distinción romana entre sentencias nulas, que no producen ningún efecto jurídico y no necesitan un proceso ulterior para determinar su invalidez, y sentencias defectuosas, y tomó del Derecho germánico la idea de la fuerza formal de la sentencia, según la cual para llevar a efecto la nulidad de una sentencia era necesaria una impugnación especial. A partir de esta unión se desarrolló en el siglo XII la institución independiente del «recurso de nulidad». Entre las causas materiales que se consideraban para el ejercicio de esa reclamación se encontraba el defecto de audiencia en el juicio, con lo que el requisito de la audiencia de las partes se convirtió en presupuesto de validez de la sentencia, lo que dio lugar al desarrollo de nuestra máxima hasta la época moderna. Al respecto, vid. PADOA SCHIOPPA, A., *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, vol. II (*I glossatori civilisti*), Giuffrè, Milano, 1970, pp. 44 y ss.

(153) *Decretales Gregorii IX Pont. Max.*, Lutetiae Parisiorum, 1561, Liber II, Tit. XIII (*De dolo & contumacia*), cap. VIII, p. 717.

II.3 La rebeldía en los textos y fueros medievales

Y esta semilla, trufada de germanismo, arraigó profundamente en los ordenamientos medievales de diversos países, aun yendo no solo contra el principio general del Derecho romano clásico, sino incluso contra las propias tradiciones jurídicas nacionales. Así, por ejemplo, aconteció en Francia desde al menos el siglo XIV, siendo prueba de ello los casos recogidos en el Registro de Saint-Martin des Champs de París referidos a Girad de Neelle (1349) y Jehan Millon (1353)(154), quedando desde ese momento el procedimiento por contumacia francés vertebrado en dos fases (siendo la primera la que exigía hasta tres citaciones), que luego sería abreviado en la Ordenanza de 1539 (arts. 24 y s.)(155).

Por lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere hay que tener presente que el elemento germánico introducido por la invasión visigoda tuvo gran importancia en el Derecho y el proceso penal, como marcadamente señalara Eduardo de Hinojosa en su inmortal monografía(156), quedando su impronta muy marcada en los Fueros y textos medievales, debiendo en tal sentido subrayarse que el proceso penal germánico admitía, con una mayor amplitud que el Derecho romano, el enjuiciamiento en ausencia(157), permitiendo incluso la imposición al contumaz de penas capitales, y siendo precisamente ello

(154) Vid. TANON, L., *Registre criminel de la Justice de St. Martin des Champs, a Paris au XIV siècle*, Léon Willem Éditeur, Paris, 1887, pp. 210 y ss. (véase también, pp., cv-cvii). Asimismo, ESMEIN, A., *A History of Continental Criminal Procedure: With Special Reference to France*, translated by John Simpson, Little, Brown and Company, Boston, 1913, p. 162 y s. De este mismo autor, *Historie de la Procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII.º siècle jusqu'a nos jours*, L. Larose et Forcel, Paris, 1882, pp. 154 y ss.

(155) Vid. ESMEIN, A., *Ibidem*, p. 163. Sobre esta Ordenanza ampliamente, ESMEIN, A., *Historie de la Procédure criminelle en France...* cit., pp. 138 y ss.

(156) En tal sentido afirmarí el prestigioso historiador: «Esto se desprende del hecho de que desde el siglo IX (del cual datan los monumentos jurídicos más antiguos, posteriores a la invasión árabe, que tienen alguna importancia), se muestra la *influencia germánica en las esferas del derecho procesal y penal con sorprendente vigor*. En verdad, admira que la población de España, que tan romanizada estaba y en que rigió el derecho romano hasta Recesvinto, abandonara por completo su derecho tradicional adoptando instituciones del pueblo vencedor tan radicalmente distintas de las suyas. Es este uno de los ejemplos más convincentes del vigor que el derecho germánico ha mostrado en el curso de la Historia» (la cursiva es mía). HINOJOSA Y NAVEROS, E. DE, *El elemento germánico en el Derecho español*, Junta para la Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas (Centro de Estudios Jurídicos), Madrid, 1915, p. 11.

(157) Subrayando este dato diferenciador, por todos, DIENA, M., *Della procedura in contumacia nelle causa correzionali...* cit., p. 9 y ss.

lo que motivó que en la regulación que se realizara en el Fuero Real y en las Partidas solo se prevea el enjuiciamiento en rebeldía, precisamente, para las causas seguidas por delitos castigados con pena de muerte. El elemento germánico, en este aspecto, había desplazado a la tradición romana.

Así acontecía, en efecto, en el *Fuero Real*(158), en donde para los delitos de homicidio o de cualquiera otros castigados con pena de muerte («*en qué manera deben proceder los Jueces, contra el que fuere acusado sobre muerte, ó otra cosa que merezca pena de muerte*»), se establecía un complicado régimen, en donde se diferenciaba si el inculcado se hallaba (estaba «*raygado*») o no en la jurisdicción territorial del juez competente, de hasta tres sucesivas citaciones, con correlativas consecuencias a la falta de comparecencia en cada una de ellas, que iban desde el embargo de todos sus bienes al pago de multas procesales y costas, hasta finalmente terminar declarando al rebelde como culpable («*fechor*») del delito cometido, con la consiguiente imposición de la pena de muerte. Con razón se ha dicho(159) que esta rigidez y marcado tecnicismo frente a las previsiones previstas para el proceso civil estaban justificadas por la gravedad del hecho, entendiéndose que, si se quebrantaba la prisión preventiva prevista como norma general para estos casos, se ponía en marcha inmediatamente un detallado proceso en rebeldía con el que se pretendía evitar la impunidad del rebelde. En la misma línea, las *Partidas* abundarían en la posibilidad de que el rebelde, luego de las preceptivas citaciones, pudiera ser apresado por cualquiera, para así ponerlo a disposición de la autoridad judicial, siendo que si, pese a todo, ello no fuera posible, el juicio se celebraría en su ausencia hasta recaer la oportuna sentencia(160). Vemos pues, que como subraya la mejor doctrina(161), la rebeldía o contumacia en el Derecho castellano bajomedieval, según el modelo recibido del *Ius Commune*, consistía en la continuación del proceso a espaldas del rebelde y con

(158) *Fuero Real*, Libro II, Título III, Ley IV: «*En qué manera deben proceder los Jueces, contra el que fuere acusado sobre muerte, ó otra cosa que merezca pena de muerte. Vid. Los Códigos españoles, concordados y anotados*, tomo I, Imprenta de la Publicidad a cargo de D. M. Rivadeneyra, Madrid, 1847, pp. 363 y s. En el mismo sentido, *Fuero Real*, Libro II, Título VIII, Ley III (*Ibidem*, pp. 366 y s.).

(159) RAMOS VÁZQUEZ, I., «El proceso en rebeldía en el Derecho castellano», en *Anuario de Historia del Derecho español*, tomo LXXV, 2005, p. 736.

(160) Partida VII, Título I, Ley XVIII: *Vid. Los Códigos españoles, concordados y anotados*, tomo IV, Imprenta de la Publicidad a cargo de D. M. Rivadeneyra, Madrid, 1848, p. 273.

(161) RAMOS VÁZQUEZ, I., «El proceso en rebeldía en el Derecho castellano», cit., p. 737.

sus garantías procesales mermadas, hasta la conclusión del mismo, estableciéndose, en todo caso, una cierta presunción de culpabilidad del acusado.

II.4 La «revitalización» de la rebeldía en la Monarquía absoluta

Sin embargo, en la Edad Moderna las previsiones que sobre la rebeldía penal se hallaban contempladas en los citados textos bajomedievales se alzaron insuficientes, sobre todo en cuanto a su limitación a las causas y delitos castigados con pena de muerte, y ello debido, fundamentalmente, al exponencial crecimiento de la rebeldía que el severo régimen penal de la Monarquía absoluta producía. Y es que, en señeras palabras de Tomás y Valiente, «lo mejor que podía hacer un ciudadano cuando se veía envuelto como sujeto principal o secundario de una causa penal, era huir»(162), pues «desde luego, la legislación castellana colocaba al reo rebelde en inferioridad de condiciones, pero pese a todo convenía evadirse, aun con la certeza de que ello casi equivalía a obtener una sentencia condenatoria, porque el rebelde sabía que al cabo del tiempo podía presentarse a la justicia y tramitar el indulto con grandes probabilidades de éxito, o bien cambiar de nombre, oficio y domicilio y provocar echar tierra sobre su proceso»(163).

Esta necesidad de *revitalizar la rebeldía* debe enmarcarse en un fenómeno más amplio que vive el proceso penal a partir del siglo XVI, cuando los fines perseguidos por el mismo trascienden con mucho a la mera realización de la justicia. Y es que, en efecto, el proceso penal, en primer lugar, se alzaría como un elemento ideológico vertebrador de la unidad monárquica(164), siendo que mediante él el monarca «se

(162) TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglo XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969, p. 183. Y es que: «el proceso penal se nos muestra como una sorda lucha entre oficiales y jueces, por una parte, y los reos por otra. Unos y otros esgrimían un extenso repertorio de armas vagamente fundadas en la ley, pero de comprobada eficacia práctica. Quien podía más, vencía. Lo de menos en muchísimos casos era el esclarecimiento de la verdad, la consiguiente aplicación de la ley y la aceptación por el culpable de la justa condena. Lo decisivo era el interés egoísta de jueces y escribanos, y del lado de los culpados su astucia o picardía de profesionales de la delincuencia, o sus caudales, influencia en la corte y rango personal. El personaje más débil en estas contiendas solía ser el reo que no era profesional de la delincuencia ni pertenecía a estamento o grupo privilegiado: cuando en los autos aparecen acusados que reúnen estas características, el lector puede estar casi seguro de que serán condenados».

(163) *Ibidem*, p. 184.

(164) Y es que, en efecto, «desde la Baja Edad Media la historia del proceso reflejó como pocas instituciones el fenómeno de fortalecimiento del poder regio y la gradual centralización y concentración de funciones en sus manos. Es más (porque al

hacía presente» en la vida cotidiana de sus súbditos(165). Y a ello se habría de añadir un fin utilitarista que va a condicionar la propia configuración del proceso. Ahora la condena penal sería definitivamente concebida como una fuente de ingresos y de fuerza de trabajo, pues «interesaba la imposición de penas que supusieran recursos para la Hacienda regia, brazos para remar en las galeras reales, soldados para nutrir las filas del ejército o mano de obra para las construcciones públicas»(166).

Es evidente que el «nuevo proceso penal» de la Monarquía absoluta, «tan necesitado de condenas», había de revestirse de una agilidad y eficacia en el que el juicio en rebeldía debería jugar un papel fundamental. Ahora la condena del contumaz podrá ser por cualquier delito, si bien que se establecerán ciertas diferencias en función a la gravedad de los hechos que debían ser conocidos por cada tipo de tribunal, distinguiéndose así tres modos de proceder en contumacia: conforme al «estilo» de las ciudades, villas y lugares, de acuerdo al de la Corte y Chancillería, y finalmente al estilo de los pesquisidores(167), estable-

hablar de reflejar podemos entender que fue solo una de sus consecuencias), contribuyó poderosamente al mismo, convertido en uno de los principales instrumentos de acción del poder regio, un poder que hacía de la realización de la justicia su propio fundamento y legitimación de las facultades que recababa con carácter exclusivo». ALONSO ROMERO, M. P., «El proceso penal en la Castilla moderna», en *Estudis. Revista de Historia Moderna*, núm. 22, 1996, p. 200.

(165) «Al hacerse así presente día a día el poder del rey a través de los procesos, cumplían también éstos otro objetivo nada desdeñable desde esta misma perspectiva, un objetivo que podríamos calificar de “propagandístico”. Para aquellas gentes, el mejor “escaparate del Rey”, era, sin duda, la administración de justicia. (...) El proceso era, pues, espejo del rey justiciero, implacable, que castigaba a quien cometía un delito, pero también reflejo de su misericordia, de su comprensión hacia las debilidades humanas, de su poder de perdonar, la otra cara del Rey. Justicia y gracia fueron los dos ojos indisolubles del poder regio, imprescindibles en aquel mundo de privilegio al que servía y sobre cuya hábil alternancia descansaba en buena medida la eficacia de aquel sistema punitivo. Para que ambos relucieran, se necesitaban recíprocamente; solo conociendo el castigo podía apreciarse el alcance del perdón (...). *Lo importante era que el Rey se notara*» (la cursiva es mía). ALONSO ROMERO, M. P., «El proceso penal en la Castilla moderna», cit., pp. 203 y s.

(166) *Ibidem*, p. 204: Más ampliamente, de la misma autora, ALONSO ROMERO, M. P., «Aproximación al estudio de las penas pecuniarias en Castilla (siglo XIII-XVIII)», en *Anuario de Historia del Derecho español*, tomo LV, 1985, pp. 9 y ss.

(167) «Y el proceso de estos es conforme a derecho, y estilo de las ciudades, villas y lugares destos Reinos y señoríos de sus Majestades. Y el segundo proceso en rebeldía, es al estilo de corte y chacillerías. Y el otro tercero, al estilo de los pesquisidores que su Majestad y los señores de su real consejo envían a pesquisas, sobre delitos que se ofrecen en sus reinos». MONTERROSO Y ALVARADO, G. DE, *Practica civil y criminal e instruccion de scriuanos*, Imp. Francisco Fernández de Cordoua, Valladolid, 1563, Quarto Tractado (De las causas criminales), f. 58.

ciendo, no obstante, todos ellos, un esquema similar de tres sucesivas citaciones y pregones, si bien que si en la justicia ordinaria de las ciudades impartida por jueces o alcaldes municipales cada uno de los tres plazos eran de nueve días, en el procedimiento seguido ante los alcaldes de la Corte o de las Chancillerías(168), o ante los jueces pesquisidores, dichos plazos se reducían a tres días por citación, llegando un momento incluso que Felipe II, en el año 1564, a fin de agilizar los trámites de las rebeldías que se siguieran en los tribunales superiores, ordenó que, para concluir los procedimientos en los Consejos y en las Audiencias, no se esperara a la última citación en rebeldía, bastando con la primera, es decir, pudiendo declararse rebelde transcurridos solo tres días desde la citación inicial(169), normas particulares de agilización que se dieron en diversas ocasiones, como por ejemplo, para permitir, pese a la prohibición que al respecto figuraba en las Partidas(170), el anuncio de recompensas para los que acusaren o manifestaren al rebelde, o para anudar directamente la condena a la declaración de rebeldía, como sucedió en la Pragmática que contra el bandidaje dictó Felipe IV en 1663(171).

(168) Estos plazos abreviados fueron acordados por los Reyes Católicos en Ley núm. 40 aprobada en las Cortes de Toledo en el año 1480. Véase *Novísima Recopilación*, Libro XII, Título XXXVII, Ley II., en *Los Códigos españoles, concordados y anotados*, tomo X, Imprenta de la Publicidad a cargo de D. M. Rivadeneyra, Madrid, 1850, p. 143.

(169) En tal sentido, véase, DE LAS HERAS SANTOS, J. L., *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Universidad de Salamanca, 1991 (Reimpresión 1994), p. 188.

(170) Efectivamente la *Partida* VII, Título I, Ley II, referida a las personas que podía acusar, negaban ello a, entre otros (a la mujer, al «moco» menor de catorce años, al pobre, al condenado por falso testimonio...), al «que rescibiera dineros por que acusasse a otro». *Vid. Los Códigos españoles, concordados y anotados*, tomo IV, Imprenta de la Publicidad a cargo de D. M. Rivadeneyra, Madrid, 1848, p. 257.

(171) Según Ramos Vázquez, «Acuciado entonces por los problemas que le causaban los numerosos asaltantes y bandidos que asolaban los caminos del país, el monarca decidió dictar una feroz pragmática para la represión de los mismos, estableciendo entre otras cosas *que qualquiera persona de qualquier estado, i condicion que sea, pueda libremente ofenderlos, matarlos, i prenderlos, sin incurrir en pena alguna, trayéndolos vivos, ó muertos ante los Jueces de los distritos*. En este caso, absolutamente original de la legislación española, no solo se permitía el apresamiento de reos por particulares ajenos a la administración de justicia, sino que además se excluían todas las condiciones impuestas en otros casos para ello. Siempre que el nombre de los bandidos coincidiese con los publicados por bando municipal, los particulares estaban legitimados para *prenderlos, o matarlos libremente: i según fuera la atrocidad, i calidad de las culpas, i delitos, en que hayan sido culpados*». RAMOS VÁZQUEZ, I., «La represión de los delitos atroces en el Derecho castellano de la Edad Moderna», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso. Chile), núm. 26, 2004, p. 268.

II.5 Reglamentación del procedimiento contumacial en el siglo XVI

Con independencia de ello, como hemos dicho, el procedimiento contumacial tenía ya en el siglo XVI una estructura y reglamentación bien definida, las cuales hundían sus raíces en las previsiones que al respecto se contemplaron dos siglos y medio antes, tanto en el *Espéculo* como en las *Partidas*(172), y que quedarán aquilatadas por los Reyes Católicos en el capítulo XIII de las *Ordenanzas de Alcalá* de 1503, que luego de diversas ratificaciones, como la realizada en 1566 por Felipe II, serían recogidas un año después en la *Nueva Recopilación* (Ley IV, Título X, Ley III)(173). Iniciado el procedimiento con el dictado del auto de prisión, el aguacil debía de dar fe ante el escribano del tribunal del hecho de haber ido a buscar al reo a su casa y a todos los lugares públicos que frecuentara, siendo el resultado de todo ello infructuoso, siendo entonces cuando el juez ordenaba que se procediera al primer llamamiento mediante pregones, pudiendo ya ordenar que se prestara fianza mediante el secuestro de sus bienes(174), fijando un emplazamiento del ausente de nueve o tres días, según ante la autoridad judicial en que se seguía la causa, como antes vimos, «requisitoria» ésta que se exponía en la puerta de la Audiencia o Juzgado que la emitía y en la que, señalando el nombre de la persona y del delito del que se le acusaba, se le ordenaba su presentación en la cárcel en el plazo indicado, siendo que su primer incumplimiento suponía que al reo se le imponía la llamada pena de «desprez», que como su propio nombre indica era merecedora por el «desprecio» que el ausente manifestaba a la requisitoria(175), pena que, además del

(172) *Partida* III, Tít. XVIII, Ley CVIII: Vid. *Los Códigos españoles, concordados y anotados*, tomo III, Imprenta de la Publicidad a cargo de D. M. Rivadeneyra, Madrid, 1848, pp. 246 y s. *Especulo*, Libro V, Tit. I, Ley X Vid. *Los Códigos españoles, concordados y anotados*, tomo VI, Imprenta de la Publicidad a cargo de D. M. Rivadeneyra, Madrid, 1849, p. 132.

(173) De donde pasaría a la *Novísima Recopilación*, Libro XII, Título XXVII (*Del procedimiento contra reos ausentes y rebeldes*), Ley I (*Nueva orden de proceder contra los reos ausentes y rebeldes*). Vid. *Los Códigos españoles, concordados y anotados*, tomo IV, Imprenta de la Publicidad a cargo de D. M. Rivadeneyra, Madrid, 1850, pp. 134 y s.

(174) Un mayor detalle del procedimiento que estamos exponiendo puede verse en RAMOS VÁZQUEZ, I., «El proceso de rebeldía en el Derecho castellano», cit., pp. 748 y ss.

(175) En este sentido, en el *Diccionario* de Andrés Cornejo, se dice: «Desprez: La omisión, ó falta en la que incurre el delinquente llamado por edictos, y pregones en no comparecer ante el Juez que le llama, á cuyo hecho se da este nombre por el desprecio que hace de su mandato. Compónese de la preposición *des*, y dición *prez*,

embargo de los bienes, si es que éstos ya no se hubieran secuestrado con anterioridad, quedó fijada desde 1502 en la cantidad de sesenta maravedís. Dictado un segundo pregón y emplazamiento, su nuevo incumplimiento sería castigado con una nueva pena, la «pena del *homecillo*», reservada para los casos en los que el delito del que se le acusaba al reo ausente fuera de los castigados con la pena de muerte (176), y que desde el antes citado año de 1502 venía cuantificada en seiscientos maravedís. Sería finalmente la incomparecencia al tercer emplazamiento o pregón, fuera de tres o nueve días, lo que permitiría al juez el dictar un nuevo auto en el que se producía ya la formal acusación en rebeldía, dando una última oportunidad al rebelde para que compareciera en tres días, siendo que pasados y, por tanto, persistiendo la contumacia, se daba el pleito por concluso y el juez lo recibía a prueba por el término previsto para las causas civiles, practicándose así el juicio en rebeldía.

En este juicio, la rebeldía no se entendía como una *ficta confessio*, sino que podríamos decir que se producía una presunción *iuris tantum* de culpabilidad, en el sentido de que la misma podía ser desvirtuada con la prueba que en el juicio se practicara, previéndose así que el propio juez debía de informarse de oficio de la posible inocencia del

honor, y estimación que juntas valen lo mismo que contra honor. A éste falta el que vulnera los preceptos de la Justicia, por cuyo motivo se le condena en rebeldía en la pena que está estimada por su desprecio, denominada por esto *pena del desprez*». CORNEJO, A., *Apéndice al Diccionario Histórico y Forense del Derecho Real de España*, tomo II, Impresor Joaquín Ibarra, Madrid, 1784, p. 203. Por su parte, un siglo después en el *Diccionario Razonado* de Escriche leemos: Desprez: «Palabra anticuada que significa desprecio, y se usa para denotar la rebeldía del acusado que siendo llamado por edictos y pregones no se presenta en el tribunal. Llámase desprez esta rebeldía porque se supone que el emplazado que no acude desprecia el edicto en el que se le cita; y por este desprecio se le impone la pena llamada de desprez, que en lo antiguo era de sesenta maravedises y en el día es arbitraria». ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense (o sea, Resumen de las leyes, usos, prácticas y costumbres, como asimismo de las doctrinas de los jurisconsultos)*, Imprenta de J. Ferrer de Orga, Valencia, 1838, p. 175.

(176) Esta pena traía causa de la conocida con el mismo nombre en el *Fuero de León* (1017) y en el *Fuero Viejo de Castilla* (1248 y 1356) que se imponía a los pueblos en los que, habiendo acaecido un homicidio, no aparecía su autor. Así se expresa en el *Diccionario* de Bastús: «*Homecillo*, corrupción de homicidio. Según vemos en el *Fuero de León* y en el *Fuero Viejo de Castilla*, el *homecillo* era una pena impuesta a los pueblos en donde acaecía una muerte violenta si no parecía el agresor. Los herederos del muerto, sus parientes o sus siervos pedían a la autoridad que se enmendase o castigase aquel delito; y si practicadas las oportunas diligencias no se hallaba el delincuente, obligaba el Merino al pueblo a que pagara el *homecillo*. La cantidad que debía satisfacer era mayor o menor según el carácter o la calidad del muerto». BASTÚS, J., *Suplemento al Diccionario Enciclopédico*, Imprenta de Roca, Barcelona, 1833, p. 319.

rebelde, amén de poder contarse, al menos teóricamente, con un Defensor, normalmente un familiar, que se hacía cargo (aunque no era un procurador nombrado por el rebelde) de su defensa, o de un «Escusador», que podía intentar persuadir al juez de la existencia de causas que justificaran la ausencia y que propiciaran el sobreseimiento de la causa(177). Practicada la prueba y dictada la sentencia(178), ésta no se haría ejecutiva hasta transcurrido un año(179), pasado el cual se procedía, respecto a las penas pecuniarias y a las costas, a detraerlas de los bienes que durante la instrucción de la causa fueron secuestrados al reo ausente, para lo cual, si no se hubieren vendido con anterioridad, se ponían a la venta en pública almoneda, en un plazo de treinta días(180).

(177) Decimos «teóricamente» porque Fernández de Herrera nos dirá que estas previsiones no eran práctica habitual, en especial en los delitos perseguidos por la Santa Hermandad (en donde expresamente estaban prohibidas por Ley dada en Córdoba por los Reyes Católicos el 7 de julio de 1476 –*Nueva Recopilación*, Lib. VIII, Título XIII, Ley IX–), al entenderse suficiente con la tutela que de oficio el juez realizaba del ausente, y sobre todo, por el hecho de que no se trataba de un juicio ejecutivo, siendo que en éste sí era preceptiva la audiencia del condenado. FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, G., *Práctica criminal, Instrucción (nuevo útil) de substancias las causas*, Imprenta de Don Gabriel del Barrio, Madrid, 1724, pp. 267 y s. En este sentido, es significativo que Alonso Romero afirme no haber podido constatar la efectiva intervención del defensor o del excusador en ninguno de los procesos por ella estudiados. ALONSO ROMERO, M. P., *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Universidad de Salamanca, 1982, pp. 176 y s.

(178) Hasta ese momento el rebelde podía comparecer ante el Tribunal o la cárcel, en cuyo caso, una vez pagadas las penas de *desprez* (y en su caso del *homecillo*) y las costas generadas, podría ser escuchado, con las pruebas de descargo que quisiera presentar, siendo válido todo lo actuado procesalmente hasta ese momento.

(179) En el siglo XVIII Felipe V (por Pragmática dada en Madrid los días 16 y 27 de enero de 1716 –*Nueva Recopilación*, Libro VIII, Título VIII, Auto 1–) rebajaría este plazo a dos meses para las sentencias condenatorias en ausencia por delito de duelo o desafío.

(180) Ampliamente, comentando todo el procedimiento del enjuiciamiento en rebeldía que, resumidamente, hemos expuesto, pueden verse: VILLADIEGO VASCUÑADA Y MONTOYA, A. DE, *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de Corte y otros ordinarios del Reino*, Impr. Luis Sánchez, Madrid, 1612, ff. 69 v., y ss.; DOMÍNGUEZ VICENTE, J. M., *Ilustración y continuación a la Curia Filípica (de Juan de Hevia Bolaños)*, tomo I, Imprenta de Don Gerónimo Ortega e Hijos de Ibarra, Madrid, 1790, pp. 358 y ss.; HEVIA BOLAÑOS, J. DE, *Curia Philípica*, Primero y segundo tomo, Oficina de Ramón Ruiz, Madrid, 1797, pp. 237 y ss.; VILANOVA Y MAÑES, S., *Materia criminal forense, o Tratado muy teórico y práctico, de los delitos y delincuentes en género y especie, para la segura y conforme expedición de las causas de esta naturaleza*, tomo II, Imprenta de Don Tomás Alban, Madrid, 1807, pp. 55 y ss.; SIÑERIZ (Y TRELLES), J. F., *Compendio de Derecho real de España extractado de la obra del Doctor Juan Sala (Bañuls)*, Imprenta de Don Pedro Sanz, Madrid, 1829, pp. 227 y s.; GUTIÉRREZ, J.

II.6 Las críticas desde la Ilustración y la Escuela clásica

Estas previsiones normativas del enjuiciamiento del rebelde penal, estuvieron, con distintas matizaciones(181), vigentes hasta bien entrado en siglo XIX, no siendo por ello extraño que, en tan dilatada aplicación, no faltaran voces que se alzaron en favor de los derechos procesales del rebelde. En este sentido, podríamos traer aquí a nuestro recuerdo los comentarios que Voltaire realizó en 1766 al *Dei delitti e delle pene* de Cesare Bonesana, el Marqués de Beccaria(182), en cuyo capítulo XXII, dedicado a «los procedimientos criminales y algunas otras formas», luego de exaltar al procedimiento penal romano, al que califica de noble, franco y magnánimo («*Certe procédure était noble & franche, elle respirait la magnanimité Romaine*»)(183), el ilustrado galo dirá: «si se trata de un crimen, el acusado no puede tener un abogado, por consiguiente no tiene más recurso que el de la huida; esto es lo que todas las máximas de la justicia le aconsejan; pero si se escapa, se expone a ser condenado, sea que el crimen haya sido probado o no. De modo que un hombre a quien se le pide algún dinero, no puede ser condenado por contumacia a menos que la deuda sea probada; pero cuando se trata de la vida, se puede condenar por contumacia, aunque el crimen no haya sido aún probado. ¡Cómo! ¡La Ley habría hecho más caso del dinero que de la vida! ¡Oh jueces!, consultad al piadoso Antonino y al buen Trajano; ambos prohíben el que un ausente pueda ser condenado»(184).

M., *Práctica criminal de España*, tomo I, 5.^a ed., Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, 1828, pp. 347 y ss.; DE ALVARADO Y DE LA PEÑA, S., *Novísimo manual de Criminalística o sea breve Práctica criminal*, Imprenta de Tomás Jordán, Madrid, 1832, pp. 34 y ss.

(181) En este sentido, hemos de señalar que la misma fue modulada en ocasiones por reglamentaciones localistas que pretendieron dar puntual respuesta a problemas concretos. Sería, por ejemplo, el caso de la *Pragmática de los procesos de ausencia*, dada por Felipe IV el 29 de agosto de 1625, para el reino de Mallorca. Sobre dicha pragmática, ampliamente, PLANAS ROSSELLÓ, A., «El proceso penal en rebeldía en el Derecho histórico de Mallorca. La Pragmática de procesos en ausencia de 1625», en *Memòries de la Reial Acadèmia Mallorquina d'Estudis Genealògics, Heràldics i Històrics*, núm. 25, 2015, pp. 105 y ss., esp. pp. 112 y ss. (en pp. 123-125, se reproduce el texto de la citada Pragmática).

(182) VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, Par un Avocats de Province, s.l., 1766.

(183) *Ibidem*, p. 109: «Entre los romanos se oía a los testigos en público y en presencia del acusado, que podía responderles, interrogarles él mismo u oponerles un abogado. Este procedimiento era noble, franco y respiraba la magnanimidad romana. Entre nosotros todo se hace en secreto».

(184) *Ibidem*, pp. 112 y ss. Obsérvese lo inexacto de la remisión a Trajano pues, como ya vimos, fue en su conocido rescripto en donde, precisamente, se previó

El mismo recelo encontraremos en los más prestigiosos representantes de la Escuela clásica del Derecho penal, que entenderán necesaria la presencia del acusado para poder llevar a cabo una efectiva defensa en el juicio penal. Así Carrara afirmará que la persona del reo se alza en el plenario como algo absolutamente indispensable, pues un juicio «no puede ser un dardo lanzado al viento, sino que se necesita que se dirija contra alguien» («*un giudizio non può essere un dardo lanciato al vento, ma bisogna che sia diretto contro qualcuno*»), calificando de ilógico e inhumano el que se pueda concluir el proceso sin la participación directa de la persona contra el que éste se dirige(185), entendiendo que la comparecencia del reo siempre ha de ser en persona, dado que «*il diritto della difesa è nelle materia penali inalienabile*»(186).

II.7 El siglo XIX. La larga senda hacia el juicio oral

Pese a ello, lo cierto es que el procedimiento contumacial diseñado en los albores de la Edad Moderna, sobrevivió a la Ilustración(187) y estuvo vigente, como hemos dicho, hasta bien entrado el siglo XIX(188), cuando la Codificación vino a hacer desaparecer aquella vetusta reglamentación, con sus penas de *desprez* y del *homecillo*, y la sustituyó por un procedimiento que se presenta como el antecedente directo del que conocemos hoy en día en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este sentido, y teniendo como antesala lo

la posibilidad de condenar a ausentes a penas no graves.

(185) CARRARA, F., *Programma del Corso di Diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa*, Parte generale, 3.^a ed., Tipografia Giusti, Lucca, 1867, § 829, p. 496.

(186) *Ibidem*, § 872, p. 526.

(187) Como prueba de ello baste decir que, en el primer intento serio de codificación penal española, influido por ideas ilustradas, esto es, el Plan de Código criminal de 1787, elevado a Floridablanca, se acoge (parte III) la tradicional regulación del enjuiciamiento al rebelde (penas de *desprez* y *homecillo*, incluidas). Al respecto, véase CASABÓ RUIZ, J. R., «Los orígenes de la Codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXII, núm. 2, 1969, pp. 313 y ss., esp. pp. 329 y ss.

(188) Todavía el Código penal de 1822 preveía juzgar a los rebeldes, ejecutándose las penas a ellos impuestos en sus bienes, siendo no obstante que para ejecutar las penas corporales se exigía juzgarles de nuevo. Art. 141: «El reo prófugo o ausente de cualquier otro modo, que con arreglo al Código de procedimientos fuere declarado rebelde y contumaz, será juzgado en ausencia y rebeldía, y la sentencia última que recayere se ejecutará desde luego en sus bienes en cuanto a las condenaciones pecuniarias, conforme a lo que se dispone en el mismo Código».

dispuesto en el Código Penal de 1822(189), será de capital importancia el principio sentado el artículo 12 del «Reglamento Provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real jurisdicción ordinaria» de 1835, según el cual «a ningún procesado se le podrá nunca rehusar, impedir ni coartar ninguno de sus legítimos medios de defensa, *ni imponerle pena alguna sin que antes sea oído y juzgado con arreglo a derecho por el juez o tribunal que la ley tenga establecido*»(190). Este reglamento, suscrito por el ministro de Justicia Manuel García Herreros, es el más importante de los aprobados en la época en lo que a la Administración de Justicia en general se refiere(191), siendo de ello dato significativo que Álvaro Gómez Becerra, Ministro de Gracia y Justicia que tomaría posesión tan solo dos días después de su promulgación, lejos de entorpecer su vigencia, elevó a las Cortes un Proyecto de Ley confirmándolo, y lo defendió de muchas de las críticas sobre él vertidas desde un corporativismo judicial mal entendido, promulgando circulares e instrucciones tendentes a su efectiva aplicación por todos los tribunales(192), siendo que para

(189) Como decíamos en la anterior nota, efectivamente, el Código de 1822 exigía que el rebelde que fuera condenado a penas corporales o infamatorias tuviera que ser, una vez habido o presentado, de nuevo juzgado, disponiendo en tal sentido el artículo 143: «Pero en cuanto a las penas corporales o infamatorias, o a cualquiera otras que se impongan en dicha sentencia, nunca se ejecutarán sino después de oír al reo, admitirle sus excepciones, y juzgarle de nuevo a su presencia si fuere aprehendido o se presentare».

(190) Real Decreto de 26 de septiembre de 1835. *Gaceta de Madrid*, núm. 282, 4 de octubre de 1835, p. 1117. También puede verse en: NIEVA, J. M. DE, *Decretos de la Reina Nuestra Señora Doña Isabel II, dados en Su Real Nombre por Su Augusta Madre la Reina Gobernadora, y Reales Órdenes, Resoluciones y Reglamentos generales expedidos por las Secretarías de Despacho universal desde el 1.º de enero hasta fin de diciembre de 1835*, tomo XX, Imprenta Real, Madrid, 1836, p. 399. También, *Reglamento Provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real jurisdicción ordinaria*, Imprenta de Santalo, Canalejas y Compañía, Córdoba, 1836, p. 5. Más modernamente, PELÁEZ DEL ROSAL, M., *Legislación orgánica y de Administración de Justicia*, tomo I, ed. del autor, Barcelona, 1974, p. 104.

(191) Resaltando este dato, por todos, LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española, I (Organización judicial)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998, p. 21.

(192) Al respecto, ampliamente, OCAMPO, A. G., «Memoria relativa a los principales actos del Excmo. Sr. D. Álvaro Gómez Becerra como ministro de Gracia y Justicia en 1835 y 1836, escrita por el mismo y encontrada después de su fallecimiento, ocurrido en 1855», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 48, 1876, pp. 107 y ss., y 185 y ss. Este mismo autor le dedicaría a Gómez Becerra su artículo «Apuntes biográficos del Excmo. Sr. D. Álvaro Gómez Becerra», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 46, 1875, pp. 350 y ss. Prueba de su aplicación sería su inclusión en MARTÍN CARRAMOLINO, J., *Método actual de la sustanciación civil y criminal en la Jurisdicción Real ordinaria (o Compilación lógica y metódica por el orden de materias, y de las atribuciones de cada funcionario en la*

colmar algunas de sus lagunas(193), en materia de enjuiciamiento criminal, se dictaron sucesivas disposiciones(194). Siguiendo así la estela marcada por el Reglamento provisional de 1835, y de su singular importancia para la vertebración de un nuevo proceso penal(195), se promulga en 1850 una «Ley provisional reformada, prescribiendo reglas para la aplicación de las disposiciones del Código Penal»(196), anexa a la versión del Código Penal aprobada ese año(197), y el 11 de abril de 1868 se autoriza por Ley al Ministerio de Gracia y Justicia

administración de justicia, que comprende todos los procedimientos judiciales, dictados ó restablecidos desde la publicación del Reglamento provisional de 1835 hasta fin de diciembre de 1838), 2.^a ed., Imprenta del Colegio de Sordomudos, Madrid, 1839, art. 160, p. 64.

(193) Sobre los aspectos positivos y defectos concretos de este Reglamento, en términos generales, puede verse, VICENTE Y CARAVANTES, J. DE, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, tomo I, Imprenta de Gaspar y Roig, Editores, Madrid, 1856, p. 93 y ss.

(194) Así, por todas: Real Decreto de 17 de octubre de 1835, «mandando que las causas contra eclesiásticos por delitos atroces se formen desde el principio, sustancien y fallen por los jueces y tribunales Reales», *Gaceta de Madrid*, núm. 297, de 19 de octubre de 1835, p. 1177; Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, «relativo á la sustanciación de las causas criminales en los segundos emplazamientos», *Gaceta de Madrid*, núm. 1451, de 6 de noviembre de 1838, p. 1.; Real Orden de 20 de diciembre de 1838, «dirigida á excitar el celo de los tribunales, y promover la más pronta administración de justicia», *Gaceta de Madrid*, núm. 1498, de 22 de diciembre de 1838, p. 1.

(195) Y es que el Reglamento de 1835, siguiendo en ello a la Constitución de 1812 (Título V, arts. 242 y ss.) además consagrar en su art. 12 el principio de audiencia, instituyó también: gratuidad de la justicia penal (sin perjuicio de imponer costas al condenado o al acusador que lo hizo infundadamente), consagración de la ley como única fuente del Derecho procesal, negando a la costumbre tal catalogación (principio de legalidad), instauración de garantías del detenido (proscripción del arresto arbitrario), prohibición de la tortura, garantías del derecho de defensa, publicidad del juicio con trascripción escrita de su acta, instauración de recursos (doble instancia) y mandato expreso de libertad inmediata tras el auto de sobreseimiento, sin que los recursos en tal sentido («recurso de consulta») tuvieran efectos suspensivos. Es por ello por lo que el Reglamento de 1835, pese a su carácter antiliberal (se dicta bajo la vigencia del Estatuto Real de 1834, lo que explica su falta de apuesta por un Poder Judicial independiente), supuso un importante avance en el ámbito del proceso penal, reconociéndolo así, por ejemplo, Tomás y Valiente, al afirmar, pese a su visión crítica del mismo, que «es justo reconocer que trató de cortar algunos vicios de la legislación procesal vigente en materia de juicios penales». TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*, 4.^a ed. Tecnos, Madrid, 1983 (reimpresión 2016), p. 524.

(196) *Gaceta de Madrid*, núm. 5845, de 19 de julio de 1850, pp. 1 y s., siendo lo más significativo de la misma, la reglamentación del juicio de faltas.

(197) Real Decreto de 30 de junio de 1850, *Gaceta de Madrid*, núm. 5823, de 10 de julio de 1850, pp. 1 y ss.

para que se implante el juicio oral y público, así como el recurso de casación en materia criminal(198).

Sobre estas bases normativas, la «Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial» de 15 de septiembre de 1870(199), asentará el enjuiciamiento penal mediante un sistema en que se separan nítidamente las fases instructora y enjuiciadora, previendo la existencia de un juicio oral y público, practicado en única instancia, ante un tribunal colegiado que, para determinados delitos, será conformado con jurado (art. 276). Sobre la necesidad de implementar un juicio oral y público, practicado ante un tribunal colegiado, la Exposición de Motivos diría: «Defraudaría este proyecto la pública expectativa si conservara los Juzgados unipersonales y estableciese el principio de que el Juez instructor del sumario fallase la causa, organización defectuosa que los hombres de ciencia censuran y que nuestra historia jurídico legal rechaza (...). El juicio escrito, el procedimiento casi secreto y las dilaciones interminables de la forma actual de proceder en lo criminal están condenadas por la ciencia y cayeron en un completo descrédito. No tienen explicación posible esos procesos que, sobrecargados de diligencias inútiles, parecen más bien obras de curiales rutinarios que de verdaderos jurisconsultos. En ellos, a fuerza de pesquisas inoportunas, se distrae la atención de los hechos interesantes y capitales, se da tiempo a que se borren las huellas del delito, a mentidas declaraciones, a pruebas falsas, a confabulaciones amañadas, a que los delincuentes burlen la acción de la justicia o a que si les alcanza, su castigo sea ya cuando se borró la memoria del crimen y cuando en gran parte ha perdido sus efectos la ejemplaridad de la pena (...) La presencia de público en los actos solemnes del juicio oral habrá de recordar a los jueces de las funciones que desempeñan y la gravedad y la dignidad y alteza de su cargo. Y el público, a su vez, contemplará en los jueces celo en el cumplimiento de un deber sagrado y pericia en el curso de los debates, leyendo al propio

(198) *Gaceta de Madrid*, Año CCVII, núm. 103, de 12 de abril de 1868, p. 1 (art. 3). El recurso de casación (con introducción del de revisión) sería regulado por Ley Provisional sobre el establecimiento del recurso de casación en los juicios criminales, de 8 de junio de 1870 (*Gaceta de Madrid*, Año CCIX, núm. 174, de 23 de junio de 1870, pp. 1 y s.), remarcando, para evitar que se convirtiera en una tercera instancia, su carácter extraordinario, y diez días después, por Ley provisional sobre reformas en el procedimiento para plantear el recurso de casación en los juicios criminales, de 18 de junio de 1870 (*Gaceta de Madrid*, Año CCIX, núm. 175, de 24 de junio de 1870, p. 1).

(199) *Gacetas de Madrid*, números 258 a 263, de 15 a 20 de septiembre de 1870. El texto de su edición oficial impresa por la imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia (Madrid, 1870) puede verse en PELÁEZ DEL ROSAL, M., *Legislación orgánica y de Administración de Justicia*, tomo I, cit., pp. 185 y ss.

tiempo en el rostro de aquellos hombres la inteligencia, la imparcialidad y rectitud con que desempeñan su cometido. En el animado drama de la vista, el plenario de ahora, misterioso en gran parte por falta de verdadera publicidad, habrá de sustituirse con escenas de interés vivísimo en que a la luz del día se presenten los cargos y descargos de los procesados, *en que los Jueces oigan directamente a los testigos y a los reos, sin que entre sus dichos y el Tribunal se interponga una relación más o menos fiel, pálida y fría, sin embargo, y en las que por la franqueza de las manifestaciones hechas por los delincuentes, por los recursos evasivos que éstos empleen, por su embarazo al contestar y por la sinceridad de sus asertos, puedan los Jueces conocer la inocencia o la criminalidad de los acusados*. Por otra parte, la forma del juicio oral y público y de la única instancia será siempre de necesidad absoluta e indispensable cuando el jurado intervenga, pues el juicio escrito es de todo punto incompatible con esta nueva institución»(200).

II.8 La meta: la necesaria comparecencia del acusado en el juicio

Esta evidencia de la absoluta necesidad de comparecencia del acusado en el juicio oral y público, lo que, por tanto, vetaba de manera categórica en enjuiciamiento en ausencia del rebelde, encontrará lógico reflejo en la *Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal* de 22 de diciembre de 1872(201), en donde ya aparece regulada «la declaración de rebeldía y sus efectos»(202), reglamentación casi idéntica a la que hoy conocemos, que pasaría de la citada Ley provisional de 1872 a la «*Compilación General de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento Criminal*», autorizada por Ley de 30 de diciembre de 1878 y aprobada por Real Decreto de 16 de octubre de 1879, ahora bajo la

(200) Vid. PELÁEZ DEL ROSAL, M., *Legislación orgánica y de Administración de Justicia*, tomo I, cit., pp. 192-194.

(201) «Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal», de 22 de diciembre de 1872 (*Gaceta de Madrid*, Año CCXI, núm. 359, 24 de diciembre de 1872, tomo IV, pp. 949 y ss.). Edición oficial, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1872. Véase, también, *Ley provisional de enjuiciamiento criminal: anotada y seguida de los artículos de la Constitución y de los de la Ley provisional sobre la organización del poder judicial que están relacionados con ella*, Imprenta de la Biblioteca de Instrucción y Recreo, Madrid, 1873.

(202) Capítulo IX del Título Preliminar –*Disposiciones generales*–, arts. 128 a 140. Vid. *Ley provisional de enjuiciamiento criminal*, edición oficial, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1872, pp. 24 a 26. Asimismo, si bien en un título adicional (arts. 956 y siguientes), se regulaba el «procedimiento para la extradición de los procesados o condenados por sentencia firme que se hallen refugiados en país extranjero». Vid. *Ley provisional de enjuiciamiento criminal*, cit., pp. 181 y s.

rúbrica «De la declaración de rebeldía del procesado, y de sus efectos»(203), si bien que se ha de hacer notar que la Compilación recogía además un redundante y desubicado capítulo titulado «De las causas contra reos ausentes»(204), siendo ello lo que explique que en el traslado de los artículos 372 a 383 de la Compilación a los artículos 834 a 836 de la hoy vigente *Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882*, dicha regulación se ubique en un Título (actual Título VII del Libro IV) que lleva como nombre, tan mal heredado, «Del procedimiento contra reos ausentes», en lugar de «De la declaración de rebeldía del procesado, y de sus efectos», que sería lo más lógico y coherente con la fuente de donde trae causa.

III. LA REBELDÍA PENAL EN EL DERECHO COMPARADO

III.1 Los diversos sistemas regulatorios

Hemos visto hasta aquí como, una vez sentado el concepto de rebelde penal, la configuración del mismo se ha ido perfilando a lo largo de la historia, hasta llegar al presente. Pero para comprender el estatuto jurídico que del rebelde penal se ha esperar en la actualidad no basta con mirar al pasado, sino que también es necesario hacerlo a

(203) *Compilación General de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento criminal*, de 16 de octubre de 1879, Capítulo VIII del Título II –Disposiciones relativas al enjuiciamiento criminal–, arts. 372 a 383. La Compilación nunca fue publicada en la *Gaceta de Madrid* (solo en la de 26 de noviembre de 1879 –núm. 330, p. 570– se hace referencia a la venta de su edición oficial en la portería del Ministerio de Gracia y Justicia y en la Carrera de San Jerónimo, núm. 40, almacén de papel de la viuda de Fernández Iglesias é hijos, al precio de 2 pesetas y 50 céntimos). *Vid. Compilación General de las Disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento criminal, concordada, anotada y seguida de observaciones por D. Hermenegildo María Ruiz y Rodríguez*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1880, pp. 88 a 90. Ahora el procedimiento de extradición, también en título adicional, se encontraba en los arts. 1020 y ss.

(204) Capítulo VII del Título IV (Del Plenario), en el que un único artículo (art. 859) se limitaba a señalar que «Las causas contra reos ausentes se sustanciarán hasta la conclusión del sumario. Terminado éste se archivarán hasta que sean habidos o se presentaren a disposición del Juzgado. Las causas en que haya además otros procesados presentes, continuarán sustanciándose respecto a éstos solamente», precepto copiado del art. 19 de la «Ley provisional sobre reformas en el procedimiento para plantear el recurso de casación en los juicios criminales», de 18 de junio de 1870 (*Gaceta de Madrid*, Año CCIX, núm. 175, de 24 de junio de 1870, p. 1), pero que no tenía mayor sentido, al estar ello ya previsto en los arts. 378 y 379 de la misma Compilación, preceptos copiados de los arts. 134 y 136 de la *Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872*.

nuestro alrededor, a fin de conocer cuáles son los distintos sistemas regulatorios que, al respecto, el Derecho comparado ofrece. En este sentido, podemos comenzar señalando que en el panorama comparado encontramos una variedad de dichos sistemas, que irían desde aquéllos en los que, en principio, no se prevé ningún estatuto específico del rebelde, pues la exigencia de la presencia del acusado en el juicio es casi absoluta, a los que encuentran en su respectiva normativa una variada regulación, más o menos garantista, de las distintas «situaciones» que el rebelde puede tener en el proceso penal.

Ahora bien, como a continuación veremos, la tradicional distinción sostenida por la doctrina a la hora de realizar una radical separación entre los ordenamientos situados en la órbita del *Common Law* y los que se rigen por el sistema romano-germánico (*Civil Law*)(205), debe modernamente ser matizada, pues en aquéllos se ha observado una progresiva evolución y acercamiento hacia éstos.

III.2 El modelo del Common Law: el sistema británico y su evolución

Es evidente que, en los ordenamientos sajones, en donde el proceso penal, por clara influencia de la contienda civil(206), se configuraba tradicionalmente de manera adversarial, era imposible un juicio sin presencia de ambas partes(207). Se resalta, así, por ejemplo, la insostenibilidad de la ausencia del acusado en un procedimiento en el que la culpabilidad de éste se dilucidaba en la ordalía del agua y del fuego(208). Así en el Derecho británico, la necesidad de la presencia

(205) Por todos, véase, PRADEL, J., *Droit pénal comparé*, 1.^a ed., Dalloz, Paris, 1995 (4.^a, 2016), p. 525.

(206) Vid. COHEN, N. P., “Trial in Absentia Re-Examined”, en *Tennessee Law Review*, núm. 40, Winter 1973, p. 167.

(207) Resaltando este dato, SKILBECK, R., “Frankenstein’s Monster. Creating a New International Procedure”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 2, 2010, pp. 451 y ss., esp. p. 459. Para este autor, en la creación de los tribunales penales internacionales se ha producido una peligrosa combinación de elementos procedentes de ordenamientos jurídicos fundados en culturas jurídicas distintas (Derecho sajón versus Derecho continental), lo que, a su juicio, puede producir importantes mermas de derechos, al recogerse en un mismo procedimiento elementos de uno y otro modelo (inquisitivo y acusatorio), poniendo como ejemplo de una de dichas distorsiones el enjuiciamiento en rebeldía.

(208) Vid. COHEN, N. P., “Can They Kill me if I’m Gone. Trial in Absentia in Capital Cases”, en *University of Florida Law Review*, vol. 36, 1984, pp. 274 y ss. No obstante ser la ordalía una práctica habitual en toda la Europa medieval, en su propio nombre va ínsita la impronta bárbara (alemán, *Ur-Theil*, juicio de dios), siendo que en el sistema inglés sufrió un importante freno con la *Assize of Clarendon*, dada por el

del acusado en el juicio se ha presentado históricamente como un elemento nuclear de su procedimiento penal(209), siendo rastreable su exigencia desde «los más tempranos días del Derecho anglosajón»(210). Y así, luego de superadas las ordalías con la conquista normanda (1066) e instalado el sistema de “*trial by battle*”, lógicamente, se seguiría en él requiriendo la concurrencia de los «combatientes»(211), siendo que más tarde (a partir de 1219) el tribunal por jurados también haría imposible su actuación a espaldas del acusado, y ello con fundamento en el requerimiento que a éste se le hacía para defenderse por sí mismo, sin asistencia de ningún conse-

Rey Enrique II en 1166, luego abolida en 1220 por Enrique III tras la prohibición establecida por el IV Concilio de Letrán de 1215. Sobre el origen de la ordalía y su expansión a caballo del Derecho germánico, por todos, véase: FEHR, H., *Der Zweikampf*, K. Curtius, Berlin, 1908; KÆGI, A., “Alter und Herkunft des Germanischen Gottesurtheils”, en *Festschrift zur Begrüßung der 39. Versammlung deutscher Philologen und Schulmänner, dargeboten von der Universität Zurich, Neue Züricher Zeitung*, núm. 351, 1887, pp. 40 y ss.; KOHLER, J., “Studien über die Ordalien der Naturvölker”, en *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, band V, 1884, pp. 368 y ss.; MAJER, F., *Geschichte der Ordalien, insbesondere der gerichtlichen Zweikämpfe in Deutschland: Ein Bruchstück aus der Geschichte und den Alterthümern der deutschen Gerichtsverfassung*, Akademischen Buchhandlung, Jena, 1795 (reimpresión por Zentralantiquariat der Deutschen Demokratischen Republik, Leipzig, 1970), esp. pp. 14 y ss. (bibliografía en pp. 1-3); PHILLIPS, G., *Über die Ordalien bei den Germanen in ihrem Zusammenhange mit der Religion*, Georg Weiß, München, 1847, pp. 3-29. De particular interés, por su sintética y clara presentación, PFALZ, F., *Die germanischen Ordalien*, Druck von C. G. Naumann, Leipzig, 1865, en donde, después de la exposición de diversas ordalías (pp. 3 y ss.), y de indagar sobre su nombre y significado (pp. 11 y ss.), se realiza un interesante recorrido sobre su origen y evolución histórica (pp. 18 y ss.), para terminar estudiando el reflejo de las mismas en el procedimiento criminal germano (pp. 31 y ss.).

(209) Ampliamente, BLACKSTONE, W., *Commentaries of the Laws of England, book the fourth*, 16.^a ed., Printed by A. Strahan for T. Cadell and J. Butterworth & son, London, 1825, pp. 342 y ss.

(210) “The right of an accused to be present at his trial is traceable to the earliest days of Anglo-Saxon law”. STARKEY, J. G., “Trial in Absentia”, en *St. John’s Law Review*, vol. 54, Issue 4, Summer 1979, pp. 721 y s.

(211) Vid. POLLOCK, F., and MAITLAND, F. W., *The History of English Law (Before the Time of Edward I)*, vol. II, 2.^a ed., Cambridge University Press, C. J. Clay and sons, London, 1898, pp. 593 y ss.; STEPHEN, J. F., *A History of Criminal Law of England*, vol. I, Macmillan and Co., London, 1883, pp. 59 y ss. De ahí que Radbruch nos recordara que el *fair* constituye la esencia del pleito inglés, un «juego» en donde lo “individual” tiene un especial protagonismo, señalando al respecto que ello explica que «en Inglaterra, la personalidad y la responsabilidad del juez no se esconden tras una mayoría anónima de un órgano colegiado». RADBRUCH, G., *El espíritu del Derecho inglés*, moderna edición, traducción de Juan Carlos Peg Ros, con anotaciones y epílogo de Heinrich Scholler y estudio preliminar de Miguel Ayuso, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, pp. 32 y 34.

jero(212). En este sentido, en su clásica obra sobre la historia del Derecho penal inglés, James Fitzjames Stephen nos recuerda lo esencial del procedimiento adversarial: «Con relación al objeto de los juicios criminales y el procedimiento es común que la gente tienda a olvidar su verdadero carácter. Frecuentemente se sostiene que un juicio criminal debe desarrollarse tan serenamente como una investigación científica... La verdad es que toda clase de litigios, y especialmente aquellos que asumen la forma de un juicio criminal, constituyen el sustituto de una guerra privada y son, y deben ser, conducidos con un espíritu de hostilidad que muchas veces puede ser ferviente y aún incluso apasionado [...]. Un juicio de alguna importancia siempre es algo así como una batalla, y el objeto de las reglas de procedimiento es mantener el combate dentro de límites razonables e impedir que los combatientes se ocasionen, uno a otro o a terceros, heridas que no sean las absolutamente esenciales a los propósitos de la contienda. Las heridas que sean esenciales para el objeto del litigio deben ser, de tal modo, permitidas. Dentro de sus propios límites, la batalla tiene que disputarse con espadas y no con floretes»(213).

Por esta razón, debido a la influencia del Derecho inglés en sus colonias, ésta fue siempre la tradición arraigada en el Derecho norteamericano. Sin embargo, en ambos modelos, las exigencias impuestas por la práctica hicieron que, con el tiempo, se viera la necesidad de que el enjuiciamiento del rebelde comenzara a tener su propio lugar. Claro exponente de este acercamiento lo vamos a observar en el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, en donde el enjuiciamiento del rebelde, y a diferencia de lo acontecido en el Derecho británico, comienza a gestarse ya a principios del siglo XX, por lo que a día de hoy cuenta ya con una historia centenaria. En este sentido, la aceptación del enjuiciamiento en ausencia ha sido mucho más acentuada en el Derecho americano que en el inglés, en donde, no ha sido sino hasta comienzos del presente siglo cuando dicha posibilidad ha sido acogida, y no sin pocas reticencias.

En efecto, fue en el año 2002 cuando la Cámara de los Lores decidió que los juicios en rebeldía formaban parte del *Common Law*. En la conocida sentencia de la causa *Regina versus Anthony Jones* (20 de febrero de 2002)(214) se sostuvo esta posibilidad, si bien que advirtiendo expresamente que esta decisión discrecional del tribunal de enjuiciar al acusado en ausencia debía ser adoptada con la mayor de las cautelas, señalando la necesidad de ponderar aspectos como la gra-

(212) *Vid.*, STARKEY, J. G., “Trial in Absentia”, cit., p. 723.

(213) STEPHEN, J. F., *A History of the Criminal Law of England*, vol. I., cit., p. 432.

(214) Sentencia del caso *Regina versus Anthony Jones* ([2002] UKHL 5).

vedad del delito(215), la conducta renuente a la asistencia al juicio, la verificación del debido emplazamiento, el interés público del asunto a juzgar o los perjuicios que se derivarían para la administración de justicia un retraso en el enjuiciamiento que mermara la memoria de los testigos. En esta trascendental sentencia se recuerda que en el Derecho tradicional inglés siempre se ha sostenido la necesidad de que el acusado asista al juicio, pues ello era una característica esencial de un enjuiciamiento por jurados, siendo sin embargo que en la práctica se plantearon problemas en los casos en los que el juicio, una vez iniciado, no podía proseguir por la ausencia de éste, bien involuntaria (por ejemplo, su enfermedad(216)) bien voluntaria (expulsión de la sala por su mal comportamiento(217) o casos de fuga(218)), reconociéndose en todos ellos la facultad discrecional del Tribunal para decidir si continuaba el juicio en ausencia del acusado o procedía a disolver al jurado, facultad discrecional que, se subrayaba, debía ser ejercida con gran cautela e imparcialidad, ponderando las circunstancias del caso, pues no todas las circunstancias han de tener la misma relevancia, no siendo, por ejemplo, equiparables la ausencia involuntaria por enfermedad que la de quien voluntariamente ha decidido fugarse. Con antecedentes puntuales sobre casos en los que el juicio se iniciaba sin la presencia del acusado(219), en la sentencia que comentamos se aborda en profundidad la compatibilidad del juicio en rebeldía con los postulados básicos del *Common Law* y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y se termina concluyendo que la facultad discrecional, con las cautelas vistas, que tradicionalmente se admitía para continuar el juicio en rebeldía, es también aplicable a los casos en los que dicho juicio se practica en su totalidad y desde el inicio en ausencia del acusado, concluyendo, sin ambages, que «si un acusado mayor de edad y sano juicio, con pleno conocimiento de un juicio próximo, se ausenta voluntariamente, no hay razón en principio para que su decisión de violar su obligación de com-

(215) Pero sin que ello fuera decisivo, pues «la principal preocupación del juez será asegurar que el juicio, si se lleva a cabo en ausencia del acusado, sea tan justo como lo permitan las circunstancias y conduzca a un resultado justo. Estos objetivos son igualmente importantes, ya sea que la ofensa sea grave o relativamente menor».

(216) Sentencias de los casos *Regina versus Abrahams* ([1895]21 VLR 343) y *Regina versus Howson* ([1981]74 CrAppR 172).

(217) Sentencias de los casos *Regina versus Berry* ([1897]104 LT Jo 110) y *Regina versus Browne* ([1906]70 JP 472).

(218) Sentencias de los casos *Regina versus Robert Jones* (n° 2) ([1972]1 WLR 887) y *Regina versus Elvis Shaw* ([1980]1 WLR 1526).

(219) Particularmente, Sentencia del asunto *Regina versus Jones, Planter and Pengelly* ([1991] CrimLR 856).

parecer tenga como efecto el suspender el proceso penal contra él, hasta el momento en que sea aprehendido o se entregue voluntariamente». Y así, ante el alegato de la defensa de que un juicio a espaldas del acusado, en donde por tanto se priva de la oportunidad de interrogar a los testigos, convertiría a éste en un «juicio de papel» abocado a la condena, se sostiene que «quien voluntariamente elige no ejercer un derecho no puede luego quejarse de que ha perdido los beneficios que podría haber esperado disfrutar si lo hubiera ejercido», señalando como ejemplos que «si un acusado rechaza una oferta de asistencia jurídica e insiste en defenderse a sí mismo, no puede luego impugnar la imparcialidad de su juicio sobre la base de que fue defendido con menos habilidad que un abogado profesional habría demostrado. Si, después de un pleno asesoramiento profesional, elige no ejercer su derecho a prestar testimonio jurado en el juicio, no puede impugnar la imparcialidad de su juicio sobre la base de que el jurado nunca escuchó su explicación de los hechos. Si decide voluntariamente no ejercer su derecho de comparecencia, no puede impugnar la imparcialidad del juicio por el hecho de que siguió un curso distinto al que habría seguido si hubiera estado presente y representado», precisando incluso que, si lo deseable es que, en casos de enjuiciamiento en rebeldía, el acusado pueda estar representado en el juicio mediante su abogado, ello tampoco es óbice en los supuestos en los que tal representación falta.

Y es muy interesante subrayar que la mencionada doctrina de la Cámara de los Lores se fundamenta, según ella misma explicita, en razones prácticas, pues «las consideraciones de justicia práctica apoyan la existencia de la discrecionalidad que el Tribunal de Apelación consideró que existían para acordar el enjuiciamiento en rebeldía. Para apreciar esto, solo es necesario considerar la hipótesis de un procesamiento de múltiples acusados en el que el veredicto justo dependa de que sean procesados y juzgados conjuntamente, siendo que, en la víspera del comienzo del juicio, un acusado se ausenta. Si el tribunal no tiene facultades discrecionales para iniciar el juicio contra ese acusado en su ausencia, se enfrenta a un agudo dilema: o todo el juicio debe ser retrasado hasta que el acusado ausente sea detenido, hecho que puede causar angustia real a los testigos y las víctimas; o que el juicio pueda ser iniciado contra los acusados que están presentes y no contra el acusado que ha huido, lo cual puede conferir a éste una ventaja totalmente injustificada. Afortunadamente, los casos de este tipo son muy raros. Pero un sistema de justicia penal no debe estar abierto a poder ser manipulado de tal manera».

Sobre los citados postulados jurisprudenciales, y muy particularmente a partir de 2008, se ha venido reafirmado en la jurisprudencia

británica que el *trial in absentia*, realizado con las citadas cautelas, no conculca el derecho a un juicio justo establecido en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos(220), siendo práctica muy extendida los juicios en ausencia en delitos relacionados con la seguridad vial.

III.3 La rebeldía en el Derecho norteamericano

Pero, decíamos que el mayor exponente del acercamiento de los ordenamientos del *Common Law* al enjuiciamiento en rebeldía lo encontramos en el caso del Derecho de los Estados Unidos de América, si bien que para comprender el complicado sistema norteamericano de justicia penal es necesario detenernos un momento. Y es que debemos comenzar señalando que el sistema de justicia penal de los Estados Unidos si se caracteriza por algo es por su complejidad, pues en él se combina, por un lado, la existencia de un sistema procesal penal federal, regido principalmente por la Constitución federal(221) y las reglas federales de enjuiciamiento criminal (*Federal Rules of Criminal Procedure*) adoptadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1944(222), y por otro lado, los particulares sistemas procesales penales de cada uno de los cincuenta Estados(223). Sin embargo, debido a la «cláusula de supremacía» de la Constitución federal, según la cual la «legislación constitucional» (integrada por la propia Constitución federal, más las leyes federales y los tratados internacionales suscritos por los Estados Unidos) es de obligado cumplimiento para todos los

(220) Véanse, por todas, Sentencias de los asuntos *Abdalla versus Health Professions Council*, ([2009] EWHC 3498 Admin.), *Jawid Yusuf versus The Royal Pharmaceutical Society of Great Britain* ([2009], EWHC 876 Admin.), *Varma versus General Medical Council* ([2008], EWHC 753 Admin.) y *Jatta versus Nursing & Midwifery Council* ([2009], EWCA Civ 824).

(221) Mejor deberíamos decir «el bloque de constitucionalidad» norteamericano, integrado por la Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776, la Declaración de independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776, la Constitución, propiamente dicha, de 17 de septiembre de 1787, y la Carta de Derechos (*Bill of Rights*) incorporada a la Constitución en 1791.

(222) Las Reglas fueron adoptadas el 22 de diciembre de 1944, y tras la autorización del Congreso, entraron en vigor el 21 de marzo de 1946, habiendo sido posteriormente profusamente reformadas.

(223) Y ello sin contar con la existencia del sistema procesal penal militar y de las peculiaridades de los sistemas procesales de los territorios con los que Estados Unidos tiene distintas relaciones jurídicas (Samoa, Puerto Rico, Islas Vírgenes e Islas Marianas).

Estados(224), se produce una integración armónica, siendo así que los diversos sistemas procesales penales de los respectivos Estados, nunca pueden «bajar» del umbral del sistema federal, si bien pueden garantizar un nivel más alto de protección de los derechos del inculpado. Es por ello que las garantías constitucionales y las normas establecidas en el *Federal Rules* se convierten así en el «núcleo duro» o «barrera infranqueable» del sistema de justicia penal norteamericano.

En el sistema norteamericano el viejo concepto británico del derecho al proceso debido (*due process of law*) encontró acomodo constitucional en varias enmiendas a la Constitución (Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta), mor a la aportación de una serie de ilustres magistrados que van desde Oliver Wendell Holmes(225) a William J. Rehnquist(226), heredando así un modelo adversarial (*Adversarial System*)(227) que, en principio, se basa en la inexcusable exigencia de un juicio oral y público, en el que, ante un jurado, se practiquen las pruebas con todas las garantías, en especial, las referidas a la defensa del acusado. El artículo III de la Constitución garantiza el derecho al juicio con jurado, y la Sexta Enmienda consagra el derecho del acusado a un juicio rápido y público ante un jurado imparcial, a lo que habría que añadir el compromiso asumido por el ordenamiento de los Estados Unidos al ratificar, sin reservas en este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuyo artículo 14, como es

(224) En tal sentido, dispone el artículo VI párrafo 2.º de la Constitución de los Estados Unidos de América: «Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que de ella dimanen, y todos los tratados que se celebren o que vayan a celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos, constituirán la Ley suprema de la Nación; y los jueces de todos los Estados tendrán la obligación de acatarla, a pesar de cualquier disposición contraria que pudiera estar contenida en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado».

(225) «El más grande jurista norteamericano de su tiempo», en conocida expresión de Gustav Radbruch (*Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción de Wenceslao Roces, 3.ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1965, p. 73). Y es que Radbruch manifestó en su obra, de manera reiterada, su gran admiración por “The great Dissenter” (llamado así, el gran inconformista, por sus brillantes sentencias en contra de la opinión dominante), destacando la definición que el mismo realizara de lo que sea la ciencia del Derecho («la ciencia del Derecho no es otra cosa que el pronóstico de lo que los tribunales harán en el caso concreto», *op. cit.*, p. 20). *Vide* RADBRUCH, G., *El espíritu del Derecho inglés*, cit., p. 49 y nota 33. Ampliamente, del mismo autor, “Oliver Wendell Holmes: Zur Biographie eines amerikanischen Juristen”, en *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Jahrg. 1, Nr. 2, Mai 1946, pp. 25 y ss.

(226) Ampliamente, BODENHAMER, D. J., *Fair Trial. Rights of the Accused in American History*, Oxford University Press, New York, 1992.

(227) Resaltando su importancia, por todos, LAFAVE, W. R., and ISRAEL, J. H., *Criminal Procedure*, vol. I., West Publishing Co., Saint Paul (Minnesota), 1984, pp. 36 y ss.

sabido, se reconoce el derecho del acusado a un juicio público en el que, estando presente, pueda defenderse.

Sin embargo, esta idea de que el enjuiciamiento criminal americano tiene como paradigma el enjuiciamiento oral y público ante un jurado, no es más que una quimera, pues en realidad puede decirse que, en la práctica, el verdadero modelo de enjuiciamiento penal americano no es sino el «juicio por conformidad» (*Plea guilty*)(228), siendo así que más del noventa por ciento de los asuntos penales se concluyen con la asunción de la culpabilidad del acusado y, por tanto, sin necesidad de acudir a juicio(229). En tal sentido, son bastantes esclarecedoras las palabras de Weinreb(230) cuando afirmaba que «en un examen ajustado a la realidad, la conformidad es lo normal, y el paso al juicio, lo excepcional. Esta contradicción entre los modelos teórico y real del proceso penal es lo más chocante, porque nos vanagloriamos de ser un signo de nuestra cultura (el sistema acusatorio) y llevamos la admisión formal de culpabilidad del acusado mucho más allá de lo que permiten otros países, cuyos procedimientos criminales criticamos por entender que no están suficientemente basados en el modelo acusatorio. A la vista de la tan escasa frecuencia de los juicios en nuestro país, nuestra insistencia en nuestra superioridad deja mucho que desear». Es decir, puede afirmarse que, en la realidad, todo el sistema procesal penal norteamericano está preconcebido para conducir a la conformidad(231); este es el «espacio común del proceso

(228) Sobre el sistema norteamericano de conformidad, en nuestro idioma, véase: BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 36 y ss.; BUTRÓN BALIÑA, P. M., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 95 y ss.; CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*, Comares, Granada, 1996, pp. 62 y ss.; MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M., «Los derechos del acusado en el sistema legal norteamericano», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2, 1977, pp. 621 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, pp. 27 y ss.; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Introducción al Derecho Norteamericano*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2017, pp. 149 y ss.

(229) Vid. SAVITZ, L., and JOHNSTON, N., *The Legal Process and Corrections*, John Wiley & Sons Inc., London, 1982; ALPERT, G. P., *The American System of Criminal Justice*, Sage Publications, Beverly Hills, 1984, esp. pp. 80 y ss.; Más genéricamente, COLE, G. F., SMITH, C. E., and DEJONG, C., *The American System of Criminal Justice*, 14.ª ed., Cengage Learning, Stanford, 2015, pp. 432 y ss.

(230) WEINREB, L. L., *Denial of Justice. Criminal Process in The United States*, The Free Press. Collier Macmillan Publishers, New York-London, 1977, pp. 71 y ss.

(231) Vid. ALSCHULER, A. W., “The Defense Attorney’s Role in Plea Bargaining”, en *The Yale Law Journal*, vol. 84, núm. 6, May 1975, pp. 1179 y ss.

penal»(232) que se alza como «inevitable»(233), y ello, pese a que no han sido pocas las críticas recibidas(234).

El cualquiera de los casos, bien sea en un juicio oral y público ante un jurado, bien en la declaración de culpabilidad asumida tras las negociaciones con la acusación (*Plea bargaining*), la presencia del acusado es necesaria, algo machaconamente subrayado por la jurisprudencia tradicional que siempre insistió en que el derecho a comparecer personalmente en juicio era una pieza esencial del proceso debido garantizado por la Constitución, afirmando así ya en 1884 que «el legislador ha considerado esencial para la protección de alguien cuya vida o libertad está involucrada en el enjuiciamiento de un delito grave (*felony*), el que éste se encuentre personalmente presente en el juicio, esto es, en cada fase del juicio en el que puedan quedar afectados sus derechos. La privación de su derecho a la vida o a su libertad sin estar el acusado presente, supondría una vulneración del derecho al proceso debido garantizado por la Constitución»(235).

Sin embargo, este derecho del acusado a estar presente en el juicio pronto comenzó a ser relativizado, entendiéndose que el mismo no debía de concebirse como un derecho absoluto. Razones prácticas llevaron a la necesidad de tal entendimiento(236). Y así fue como, luego de una línea abierta en la jurisprudencia de varios Estados(237), el 19

(232) HALLEVY, G., “The Defense Attorney as Mediator in Plea Bargains”, en *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 9, núm. 3, 2009, pp. 1 y ss.

(233) Reflexionando sobre ello, SCHULHOFER, S. J., “Is Plea Bargaining Inevitable?”, en *Harvard Law Review*, vol. 97, núm. 5, 1984, pp. 1037 y ss.

(234) Por todos: WILSON, M. J. W., “Deffense Attorney bias and the Rush to the Plea”, en *Kansas Law Review*, vol. 65, 2016, pp. 271 y ss.; BURKE, A. S., «Prosecutorial Passion, Cognitive Bias, and Plea Bargaining», en *Marquette Law Review*, vol. 91, 2007, pp. 183 y ss.

(235) *Vid. Hopt versus Utah*, 110 U. S. 574, 28 L. Ed. 262, 4 S. Ct. 202 (1884). En el mismo sentido, resaltando el derecho del acusado a estar presente en todas las fases de proceso, como un derecho absoluto e irrenunciable, *Lewis versus United States* (146 US 370 [1892]) y *Ball versus United States*, 140 U. S. 118 [1891]), sentencia ésta última que arraiga el derecho a estar presente en el *common law*, vinculándolo con el derecho a la última palabra del acusado, antes de sentenciarse el juicio. Respecto a la aplicabilidad de este derecho en los juicios penales celebrados conforme al Derecho de los distintos Estados, por todas, véanse Sentencias de los casos *Pointer versus Texas* de 1965 (380 US 400 [1965]), y *Kentucky versus Stincer* de 1987 (482 US 730, 745 [1987]).

(236) Sobre la citada evolución, TASSARA, L., “Trial in Absentia: Rescuing the Public Necessity Requeriment to Proceed with a Trial in the Defendant’s Absence”, en *Barry Law Review*, vol. 12, núm. 1. 2009, pp. 1 y ss. Del mismo autor, antes «El juicio en ausencia en el sistema federal de los Estados Unidos», en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 11, núm. 20-21, 2006, pp. 719 y ss.

(237) Así, frente a entender que la presencia del acusado no era un mero formalismo, sino la propia esencia del juicio penal (Sentencia *Temple versus Common-*

de febrero de 1912 el Tribunal Supremo norteamericano admitió por primera vez el enjuiciamiento de un acusado por un delito no capital que, una vez iniciado el juicio con su presencia, se ausentó voluntariamente del mismo. Se trataba del asunto *Díaz versus United States*(238), en donde se debía verificar si la condena impuesta por un Tribunal filipino a Gabriel Díaz, en su ausencia, vulneraba el derecho constitucional a estar presente en el juicio. Y así, después de decir que el derecho a la asistencia a juicio garantizado en el Derecho estatal (artículo 5 de la Ley filipina de 1 de julio de 1902) era el equivalente al reconocido en la Sexta Enmienda(239), se afirmó que «el acusado que no se halla bajo custodia del Tribunal (a su disposición) no puede hacer uso del derecho a ser oído para así derrotar el derecho que el gobierno tiene a juzgarlo, ausentándose voluntariamente (una vez iniciado el juicio con su presencia) y alegando así que, al amparo del derecho a estar presente en el juicio reconocido por la Sexta Enmienda, el juicio no puede continuar. Esta regla no sería de aplicación en los casos en los que el delito de que se acusa es un delito capital, o cuando el acusado se encuentra bajo la custodia o el control del tribunal». Así en los casos permitidos «la ausencia no anula lo que se ha practicado en el juicio, ni impide su conclusión, sino que actúa como una renuncia del acusado a su derecho a estar presente en el juicio y deja al tribunal libre de proceder, pudiendo acordar la continuación del juicio procediendo con la presencia de su abogado». Concluyendo de manera lapidaria que «la Constitución no garantiza ese privilegio de invocar la conculcación de derechos por quien voluntariamente ha provocado tal situación».

Como vemos, en este primer paso, se trataba de admitir el enjuiciamiento en ausencia de quien, habiendo estado presente al inicio del juicio, luego se ausentaba de él de manera voluntaria. Un paso posterior sería admitir el enjuiciamiento de quien era expulsado de la sala por el tribunal en el ejercicio de la policía de estrados. Ello sería abor-

wealth, 77 Ky (Kentucky) 769 [1879]), los Tribunales de algunos Estados fueron admitiendo el juicio en ausencia para delitos no capitales, siempre que se le garantizara la presencia al inicio del juicio. Por todos ellos, véanse Sentencias de los casos *Fight versus State* (7 Ohio 181 [1835]); *Hill versus State* (17 Wis –Wisconsin– 697 [1864]); *Robson versus State* (83 Ga –Georgia– 166 [1889]); *Commonwealth versus McCarthy* (163 Mass –Massachusetts– 458 [1895]); *People versus Edwards* (139 Cal –California– 527 [1903]). Estudiando profundamente el tema en esta jurisprudencia estatal anterior al caso Díaz, *vid.* GOLDIN, G. B., “Presence of the Defendant and Rendition of the Verdict in Felony Cases”, en *Columbia Law Review*, vol. 16, núm. 1, 1916, esp. pp. 21 y ss.

(238) *Díaz versus United States* (223 US 442 [1912]).

(239) Algo que ya había mantenido el Tribunal Supremo años antes en la Sentencia del caso *Kepner versus United States* (195 US 100 [1902]).

dado en la Sentencia de 31 de marzo de 1970, caso *Illinois versus Allen*(240). En este asunto, Allen fue enjuiciado por robo a mano armada por un tribunal de primera instancia de Illinois, siendo que, en el juicio, debido a la mala conducta por él desplegada, el juez, luego de advertirle, acordó su expulsión temporal de la Sala, permitiéndole luego volver, pero siguiendo el juicio con la sola intervención defensiva de su abogado. Recurrida la sentencia en apelación, el Tribunal de Illinois entendió que el derecho a estar presente en todas las fases del juicio e interrogar a los testigos era un derecho absoluto, fundándose para ello en la jurisprudencia de finales del XIX antes señalada(241), afirmando, sin ambages que «no puede imponerse ninguna condición al derecho absoluto de un acusado criminal a estar presente en todas las etapas del procedimiento», entendiéndolo por tanto como un derecho irrenunciable y considerando, para el caso concreto, que Allen «no debería haber sido excluido de la Sala durante su juicio, a pesar de su conducta disruptiva e irrespetuosa, siendo que lo adecuado sería el haberlo restringido por cualquier medio necesario, incluido su encadenamiento y amordazamiento». Sería contra esta concepción absoluta de los derechos previstos en la Sexta y Decimocuarta Enmiendas, contra lo que reaccionaría el Tribunal Supremo norteamericano, y basándose en sentencias de los años treinta(242), afirmó que «mantenemos explícitamente hoy en día que un acusado puede perder su derecho a estar presente en el juicio si, después de haber sido advertido por el juez de que será expulsado si continúa su comportamiento perturbador, insiste en conducirse de una manera tan desordenada, disruptiva e irrespetuosa, que su juicio no pueda llevarse a cabo con él en la sala de audiencias. Una vez perdido, el derecho a estar presente puede, por supuesto, ser reclamado tan pronto como el acusado esté dispuesto a comportarse consistentemente con el decoro y respeto inherentes al concepto de los tribunales y los procedimientos judiciales. Es esencial para la correcta administración de la justicia penal que la dignidad, el orden y el decoro sean las características de todos los procedimientos judiciales en nuestro país. El flagrante desprecio en la sala de audiencias de las normas elementales de conducta apropiada no debe ni puede ser tolerado. Creemos que hay al menos tres vías

(240) *Illinois versus Allen* (379 US 337 [1970]). Sobre este asunto, FLAUM, J. M., and THOMPSON, JAMES, R., “The Case of the Disruptive Defendant: Illinois v. Allen”, en *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, vol. 61, núm. 3, 1970, pp. 327 y ss.

(241) Con cita expresa de las Sentencias de los casos *Hopt versus Utah* (110 US 574 [1884]) y *Shields versus United States* (273 US 583 [1927]).

(242) Sentencias de los casos *Snyder versus Massachusetts* (291 US 97 [1934]) y *Johnson versus Zerbst* (304 US 358 [1938]).

constitucionalmente permisibles para que un juez de primera instancia maneje estos casos: atar y amordazar al acusado, manteniéndolo así presente; acusarlo de desacato; o sacarlo de la Sala del tribunal hasta que prometa comportarse correctamente»(243). Todas estas previsiones, admitidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, tendrían, como ahora veremos, su debido acomodo en la regla núm. 43 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*, que, por cierto, entre sus varias reformas, la que tuvo lugar el 2 de abril de 1974 lo fue, precisamente, para incorporar la doctrina sentada en el caso *Allen*.

Sin embargo, la posibilidad de enjuiciar a un rebelde sin que éste haya estado presente al inicio del juicio siempre ha sido un tema espinoso en el Derecho norteamericano, por entender que ello supone un ataque frontal a uno de los pilares del sistema adversarial. Bien es cierto que esta posibilidad comenzó a plantearse ya en los años treinta(244), siendo reseñable que ese mismo año, el *American Law Institute*, en su *Model Code of Criminal Procedure*, así lo admitió, y poco después, en 1939, fue cuando se incorporó a la legislación del Estado de Arizona(245), desde donde se extendió a los ordenamientos de otros Estados sureños, como Texas o Luisiana(246). Pero será en la década de los setenta cuando esta polémica cuestión tenga reflejo jurisprudencial. Así, el 24 de julio de 1972 se decide la trascendental sentencia del caso *United States versus Santoro/Tortora*(247), dada en el Estado de Nueva York. Y es que John Tortora, junto a Samuel Santoro, habían sido condenados en ausencia, por lo que recurrieron en apelación al entender conculcadas las garantías contempladas en la

(243) No obstante, la propia sentencia, más adelante, muestra sus recelos respecto a la solución de encadenar y amordazar al acusado, señalando que la misma solo debería adoptarse como último recurso, pues «no solo es posible que la visión de los grilletes y las mordazas pueda tener un efecto significativo en los sentimientos del jurado sobre el acusado, sino que el uso de esta técnica es en sí mismo una afrenta a la misma dignidad y decoro de los procedimientos judiciales. Además, una de las principales ventajas del acusado de estar presente en el juicio, su capacidad para comunicarse con su abogado, se reduce considerablemente cuando el acusado se encuentra en una condición de total restricción física».

(244) Sobre el tema, ampliamente, STARKEY, J. G., “Trial in Absentia”, cit., pp. 726 y ss.

(245) Era lógico que fuera un Estado del Sur, limítrofe con México, en donde, debido a las altas tasas de rebeldía penal por delitos graves, se planteara la necesidad de permitir el enjuiciamiento del rebelde en su total ausencia (sin exigir su presencia al inicio del juicio).

(246) Vid. STARKEY, J. G., “Trial in Absentia”, cit., p. 727, nota 31.

(247) 464 F.2d 1202 (2d Cir.). *Santoro versus United States* (409 US 1063 [1972]). Vid. ANOLIK, I., and GRISWOLD, E. N., *Santoro (Samuel) versus U. S. Supreme Court Transcript of Record with Supporting Pleading*, Gale Ecco, U. S. Supreme Court Records, Charleston S. C., 2011.

regla 43 de las *Federal Rules*, en cuanto al derecho a estar presentes en el inicio del juicio.

Pues bien, en la citada sentencia se estableció que «como cualquier garantía constitucional, el derecho del acusado a estar presente en el juicio puede ser renunciado»(248) , afirmando textualmente que «aunque hasta la fecha, con excepción de los tribunales de un Estado(249), la renuncia solo se ha admitido si el acusado estuvo presente al inicio del juicio, no vemos razón para no admitir lo mismo cuando el acusado está ausente antes de que el jurado haya sido seleccionado (inicio del juicio)». Partiendo así de que la renuncia de los derechos se caracteriza por la una voluntad ejercida con conocimiento de las consecuencias que de dicha renuncia pueden derivarse, se entiende que «la ausencia deliberada de quien sabe que está acusado en un proceso penal y que el juicio comenzará un día determinado, indica, nada más ni menos, que una intención por obstruir la ordenada prosecución de la justicia, siendo que ningún acusado tiene el derecho unilateral de fijar el tiempo o las circunstancias bajo las cuales será juzgado»(250), siendo así que «cuando un juez designa una fecha para el juicio, la obligación del acusado es comparecer ante el Tribunal en esa fecha (...) Y es que, sin la existencia de esta obligación, la disposición de las causas penales quedaría sujeta a los caprichos de los acusados, que podrían así frustrar a la justicia mediante su ausencia a los juicios. Hoy más que nunca, el interés público exige que los procesos penales sean tramitados con diligencia, y cuanto mayor sea el retraso entre la acusación y la fecha del juicio, mayor será la probabilidad de que los testigos no puedan aparecer o que sus recuerdos se hayan desvanecido y su testimonio sea menos convincente (...). La ausencia consciente y deliberada de un acusado no priva al tribunal de la potestad para iniciar el juicio y proseguirlo hasta que se alcance un veredicto».

Ahora bien, para que sea posible este enjuiciamiento del rebelde penal es necesaria que la adopción de la decisión de enjuiciarlo esté rodeada de unas garantías, y así «el juez debe comprobar que el acusado ha tenido una notificación adecuada de los cargos y procedimientos que existen en su contra», por lo que «debe constar

(248) Con cita expresa de la Sentencia del caso *Snyder versus Massachusetts* (291 US 97 [1934]).

(249) Se refería así al Estado de Arizona, Sentencia del caso *State versus Tacon* (107 Ariz. 353, 488 P.2d 973 [1971]), ratificada por sentencia 407 U. S. 909 [1972].

(250) Citando a continuación expresamente la Sentencia *U. S. versus Bentvena* (319 F.2d 916 (2d Cir.) (cert. Deneg. 375 U. S. 940, 84 S. Ct. 345, 11 L. Ed. 2d 271 [1963]).

claramente en el expediente que se informó al acusado cuándo debía iniciarse el procedimiento y que voluntariamente, con conocimiento de causa y sin justificación, no estuvo presente en el momento y lugar designados antes de que el juicio pudiera proceder en su ausencia, lo cual asegura que al acusado se le ha concedido la oportunidad de estar presente en todas las etapas críticas del juicio contemplado en la regla 43 de las *Federal Rules*, y por lo tanto, se le garantiza el derecho al debido proceso. En definitiva, habiendo recibido una notificación efectiva de cuándo se llevará a cabo el proceso, en ausencia de alguna excusa convincente, el acusado no puede obstruir el curso de la justicia al ausentarse del proceso».

En la citada línea garantista, poco después, se pronunciaría la sentencia del caso *Tacon versus Arizona*(251), cuya decisión data de 21 de febrero de 1973. Aquí Tacon fue condenado en rebeldía a una pena de prisión de entre cinco y cinco años y seis meses, por un delito de tráfico de marihuana. Su ausencia fue debida a que, sin bien antes del inicio del juicio abandonó voluntariamente, tras ser licenciado del ejército, el Estado de Arizona, para marchar al de Nueva York, si no acudió al mismo fue por defectos en la notificación (retraso de correos en su entrega) y por las dificultades económicas que tuvo para poder hacer el viaje, llegando finalmente a Arizona cuando el juicio ya había concluido. Es por ello que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, luego de entender que la cuestión en este caso de si la renuncia (tácita) a estar presente en el juicio estaba lejos de ser una frivolidad, y subrayar que el acusado ni huyó ni se escondió de la justicia, recordó que «la renuncia es ordinariamente una renuncia voluntaria o el abandono de un derecho o privilegio con conocimiento de ello, por lo que la determinación de si ha habido una renuncia voluntaria y consciente del derecho debe depender, en cada caso, de los hechos y circunstancias particulares que rodean ese caso, incluyendo los antecedentes, la experiencia y la conducta del acusado», siendo que en el caso enjuiciado no podía llegarse a la consideración de entender que el acusado había voluntariamente renunciado a su derecho a estar presente en el juicio.

Esta línea aperturista hacia la admisión del juicio del rebelde penal (desde el inicio del juicio) se fue consolidando, frente a la dicción literal de la regla 43 de las Reglas Federales que inicialmente partía de la exigencia taxativa de estar presente el acusado desde la comparecencia inicial hasta el dictado de la sentencia, siendo así que la propia regla 43 fue sucesivamente enmendada a partir de los años setenta. Sin embargo, en el año 1993 el Tribunal Supremo Federal dio un paso

(251) *Arizona* 353, 488 P.2d 973 (1971). 410 U. S. 351 (1973).

atrás y volvió a exigir que el acusado estuviera al menos presente en el comienzo del juicio, avalando por tanto el juicio en ausencia solo en los supuestos de rebeldía sobrevenida a dicha fase judicial. Este cambio jurisprudencial fue dado en la Sentencia *Crosby versus United States*, de 13 de enero de 1993(252). Michael Crosby, junto a otras personas, fueron acusadas de una estafa consistente en vender fraudulentamente unos medallones conmemorativos del ejército norteamericano con el falaz argumento de que las ganancias serían destinadas a financiar un parque temático en honor a los militares veteranos. Después de comparecer y declararse no culpable ante el magistrado federal del distrito de Minnesota, fue puesto en libertad bajo fianza y con la obligación de permanecer en el Estado, compareciendo posteriormente para ser citado a la celebración del juicio, siendo así que llegado el día del mismo no compareció, realizándose gestiones infructuosas para su localización y constatándose que había abandonado su domicilio, por lo que el Tribunal, a la vista de los perjuicios que la suspensión del juicio acarrearía, tanto para el Jurado ya constituido como para la propia agenda del órgano judicial, decidió que, estando presentes el resto de acusados y todos los letrados, procedía el enjuiciamiento en ausencia, decisión que luego tumbó el Tribunal Supremo Federal en la sentencia que cometamos, al señalar que según la dicción textual de la regla 43 de las Reglas Federales del Procedimiento Penal la excepción al deber de estar presente el acusado en el juicio solo estaba en ese momento referida a los casos en los que el mismo se ausenta de manera voluntaria una vez iniciado el juicio, siendo por tanto obligatoria su presencia en dicho momento procesal(253).

Siguiendo esta estela jurisprudencial, la citada regla 43 se ha ido enmendando desde la sentencia *Crosby versus United States*, haciéndolo de manera sucesiva en los años 1998, 2002 y 2011, quedando finalmente perfilados los supuestos en lo que cabe el enjuiciamiento en rebeldía: a) ausencia sobrevenida una vez comparecido al inicio del juicio y siempre que no sea un delito castigado con pena capital; b) ausencia total (incluido el inicio del juicio) en los casos de delitos menores (castigados con multa o prisión de hasta un año de duración)

(252) *Crosby versus United States* (506 US 255 [1993]).

(253) Sobre la «doctrina Crosby», *vid.* CAREY, M. E., “Recent Developments: Crosby v. United States: Criminal Trial May Not Proceed if Defendant Is Not Present at Commencement of Trial”, en *University of Baltimore Law Forum*, vol. 23, núm. 3, Spring 1993, pp. 22 y s. TASSARA, L., “Trial in Absentia: Rescuing the Public Necessity Requirement to Proceed with a Trial in the Defendant’s Absence”, *cit.*, pp. 164 y ss.

siempre que lo solicite por escrito (cabiendo en estos casos también la comparecencia por videoconferencia); c) cuando el acusado sea expulsado de la sala por el Tribunal en ejercicio de la competencia de policía de estrados, y d) cuando el acusado sea una persona jurídica representada por un abogado que está presente en el juicio.

III.4 El modelo del Derecho continental: notas características

Pero dejemos el Derecho del *Common Law*, y centrémonos ahora en el Derecho continental europeo, en donde se enmarca nuestro ordenamiento jurídico. Y lo primero que tenemos que señalar es que, fruto de la herencia romano-germánica, en los ordenamientos europeos continentales podemos encontrar unas notas comunes a la hora de regular la rebeldía penal, y ello sin desconocer, no obstante, la existencia de importantes características diferenciadoras.

En efecto. El principal denominador común que encontramos en los distintos ordenamientos procesales europeos a la hora de regular la rebeldía penal lo aporta la normativa supranacional representada por los tratados y convenios internacionales ratificados por los distintos países y que, como es bien sabido, quedan así integrados en su normativa interna y obligan a interpretar ésta a la luz de aquéllos. En este sentido, y como punto de partida, resulta de singular interés el estándar mínimo que garantiza el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en donde, a la hora de perfilar el derecho a un juicio justo, se establecen una serie de garantías, entre las cuales *se ha querido ver* el derecho del acusado a comparecer en el juicio. Y me explico. El tenor literal del artículo 6.1 del citado Convenio reza textualmente: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley...». Repárese que aquí, a diferencia de otros textos internacionales(254), no se hace

(254) Textos internacionales que sí concretan el derecho del acusado a ser personalmente oído por el Tribunal. Así, por ejemplo, el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que «*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial*, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal». Y en el mismo sentido, el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala; «*Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella...*», y en el art. 14.3 precisa: «*Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena*

referencia al derecho de la persona a ser oído por el Tribunal, que garantizaría por tanto el derecho a estar presente en el juicio, sino que el derecho es a que «la causa» sea oída, pública y equitativamente, por un Tribunal, algo que perfectamente puede cumplirse en los juicios celebrados sin la presencia del acusado. Es por ello que, con todo acierto, se ha dicho(255) que ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos(256) el que, en su jurisprudencia, «ha descubierto» el citado derecho en las entretelas del art. 6, entendiendo así que, aunque efectivamente no lo contemple de manera expresa, se ha de considerar incluido implícitamente dentro de las garantías exigibles en un proceso equitativo.

Se parte así del principio de que, como regla general, el juicio penal ha de celebrarse con la presencia del acusado, lo cual no obsta para que, sobre la base del reconocimiento del derecho del acusado a estar presente en el juicio, los diversos ordenamientos nacionales puedan regular los distintos supuestos en los que cabría el enjuiciamiento en ausencia del mismo, ya por voluntad expresa de éste o porque se hubiera sustraído a la acción de la justicia. Y es que el mismo Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que ha consagrado «ex novo» el derecho del acusado a estar presente en el juicio(257), es el que también,

igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) *A hallarse presente en el proceso* y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo».

(255) HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a un proceso penal equitativo», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 115 (Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos), 2009, p. 357.

(256) En este sentido, *vide* SSTEDH de 12 de febrero de 1985 (*caso Colozza contra Italia*) o de 24 de mayo de 2007 (*caso Da Luz Domingues Ferreira contra Bélgica*).

(257) La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado la cuestión de si el derecho a estar presente en el juicio es predicable solo del juicio de instancia o es también referible a las vistas de los ulteriores recursos (apelación, casación), señalando al respecto que, en relación a la apelación la presencia del acusado a la misma en modo alguno reviste la misma importancia que en la primera instancia, por lo que los diversos ordenamientos tienen capacidad para establecer el grado de participación personal del acusado en esta fase procesal (STEDH de 19 de diciembre de 1989, caso *Kamasinski contra Austria*), señalando incluso que la exigencia de tener que personarse para poder recurrir no es una carga desproporcionada (STEDH de 23 de julio de 2020, caso *Chong Coronado contra Andorra*). En la misma línea, respecto al recurso de casación, ha señalado que el modelo casacional propio de cada país puede negar la participación del acusado ante la Corte Casacional, pudiendo excluir al mismo en favor del «monopolio del uso de la palabra a abogados especializados» (STEDH de 26 de julio de 2002, caso *Meftah et alt., contra Suiza*).

en su jurisprudencia, ha abordado la posibilidad de su enjuiciamiento en ausencia, siempre que concurren determinadas condiciones. Por decirlo sintéticamente, podemos señalar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha supeditado la aceptación del enjuiciamiento en ausencia del acusado a que la misma nunca sea debida a causas no imputables al mismo (desconocimiento de la citación, imposibilidad física de acudir, el estar privado de libertad, ingresado en un centro hospitalario...)(258), señalando expresamente respecto a los supuestos de rebeldía o contumacia que cuando existe una clara, expresa y recepticia voluntad del acusado de no comparecer a juicio, no resulta «en principio» reprochable, desde los parámetros del Convenio, ni el enjuiciamiento en ausencia del rebelde, ni, en su defecto, el uso de mecanismos de aseguramiento (incluida «cierta coerción»(259)) o de extradición (entendida ésta en sentido amplio) que permitan el enjuiciamiento con su presencia(260), subrayando en todos estos casos la necesidad de realizar un juicio de ponderación que, balanceando la legítima consecución de la eficacia del proceso penal con el derecho de defensa del acusado, permita dar una respuesta proporcional(261), entendiendo en todo caso que existe vulneración del art. 6 cuando el acusado ha tenido una imposibilidad real de participar de manera activa en su defensa(262).

En una línea similar, se ha movido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que a la hora de compaginar el derecho a un proceso equitativo y recibir una tutela judicial efectiva, contemplado en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en donde, en parecidos términos al art. 6 del Convenio Europeo solo establece el derecho de toda persona a «que su causa sea oída» equitativa y públicamente por un juez independiente e imparcial) y los derechos de defensa garantizados en el art. 48 de la

(258) Ampliamente, por todas, *vide*, además de caso *Colozza* ya citado: SSTEDH de 28 de agosto de 1991 (caso *FCB contra Italia*), 20 de marzo de 2005 (caso *Harizi contra Francia*), 1 de marzo de 2006 (caso *Sejdovic contra Italia*), 8 de junio de 2006 (caso *Kaya contra Austria*), 3 de diciembre de 2009 (caso *Aliyjev contra Bulgaria*), 14 de enero de 2010 (caso *Popovitsi contra Grecia*), 24 de abril de 2012 (caso *Haralampiev contra Bulgaria*), 5 de noviembre de 2013 (caso *Izet Haxhia contra Albania*), 6 de octubre de 2015 (caso *Coniac contra Rumanía*), 25 de septiembre de 2018 (caso *K contra Albania*), 20 de febrero de 2020 (caso *Jafarzade contra Azerbaijan*) y 4 de junio de 2020 (caso *Vlasova y otros contra Rusia*).

(259) STEDH de 23 de noviembre de 1993 (caso *Poitrimol contra Francia*).

(260) Por todas, SSTEDH de 14 julio de 2001 (caso *Medinica contra Suiza*) y 10 de noviembre de 2004 (caso *Sejdovic contra Italia*).

(261) *Vide* SSTEDH de 21 de enero de 1999 (caso *Van Geyselghen contra Bélgica*) y 13 de febrero de 2001 (caso *Krombach contra Francia*).

(262) STEDH de 26 de julio de 2018 (caso *B. contra Georgia*).

misma (en donde solo se hace una referencia general a que «se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa»), ha terminado igualmente reconociendo que «el derecho del acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo», lo que no ha de significar que tal derecho sea un derecho absoluto, por lo que no se vulnerará el mismo en los supuestos de enjuiciamiento en su ausencia cuando el acusado tuvo cumplido conocimiento de la fecha y lugar del juicio y no se presentó de forma voluntaria, siendo entonces enjuiciado con la presencia de su abogado(263).

Por lo que aquí y ahora nos interesa, es importante dejar subrayado que ha sido en primer lugar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y más concretamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y luego la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las que han venido a fijar un «núcleo duro» de la regulación del rebelde penal, en el sentido de, aun partiendo del reconocimiento del derecho del acusado a asistir al juicio, entender dable la admisión del enjuiciamiento en su ausencia cuando se den las previsiones antes dichas. Es pues esta normativa la que habría de tener nuestro ordenamiento jurídico como marco referencial, un marco referencial que, repetimos, en modo alguno proscribiera el enjuiciamiento del rebelde.

Pasemos, pues, a continuación, a exponer, siquiera someramente, la regulación que de la rebeldía penal hacen algunos de los países de nuestro entorno.

III.5 El ordenamiento francés

Desde principios del siglo XIX, concretamente desde el Código de Instrucción Criminal de 1808, el ordenamiento francés del Nuevo Régimen venía permitiendo los juicios en ausencia para determinados delitos(264), estableciendo una regulación que en lo básico se ha mantenido durante casi dos siglos, pues el Código Procesal Penal de 1959 no hizo sino seguir los postulados de la citada instrucción decimonónica(265). Dicha normativa tenía una clara influencia del

(263) Por todas, STJUE, Gran Sala, de 26 de febrero de 2013 (*asunto Meloni*) y STJUE, Sala 1.^a, de 6 de septiembre de 2012 (*asunto Trade Agency*).

(264) Con fundamentos que se remontan a la Ordenanza Criminal de 26 de agosto de 1670, dada por Luis XIV.

(265) Para una visión general de la historia de la contumacia penal en el país galo puede verse LAINGUI, A., «Histoire de la procédure de contumace en France», en VV. AA., *Contumace et Défaut criminel*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 259 y ss.

modelo inquisitivo, siendo que el procedimiento contumacial presentaba varias notas singulares que lo alejaban del acusatorio. Se trataba, en efecto, de un procedimiento fundamentalmente escrito, que se ventilaba ante jueces profesionales y no ante un jurado, y en el que la asistencia letrada estaba vetada (art. 630 del Código Procesal Penal); la sentencia condenatoria del rebelde no podía apreciar atenuantes (art. 632) ni ser recurrida en casación (art. 636), siendo solo posible que, si el acusado comparecía antes de que la pena impuesta hubiese prescrito, cabría la «*purge*», es decir, la anulación de la sentencia y la celebración de un nuevo juicio con la presencia del acusado (art. 639).

Desde la década de los noventa de la pasada centuria, esta regulación fue objeto de duras críticas por parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos, y muy particularmente por la Sentencia de 23 de noviembre de 1993 (caso *Poitrinol contra Francia*), en donde se entendió vulnerado el derecho a un juicio justo por las limitaciones del derecho de defensa e imposibilidad de acceso a la casación que contenía la antes citada regulación(266). Sin embargo, fue la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2001 (caso *Krombach contra Francia*) la que dejó definitivamente «tocado» al sistema francés de enjuiciamiento en ausencia. Y es que en esta sentencia se critican arduamente las limitaciones del derecho de defensa que tenía el rebelde penal, muy particularmente la previsión del citado artículo 630 del Código de Procedimiento Penal, que expresamente señalaba que «Ningún asesor ni procurador judicial podrá presentarse en nombre del rebelde». Frente a dichas previsio-

(266) No obstante señalar que la votación de esta sentencia fue favorable a la estimación de la demanda por cinco votos frente a cuatro, siendo así que en el voto particular formulado por el juez Pettiti se afirmaba: «He votado con la minoría la no violación del artículo 6 del Convenio. En mi opinión, la decisión de la mayoría introduce exigencias procesales en el proceso penal que van más allá de las contenidas en el artículo 6. El derecho de todo acusado a ser defendido por un abogado de su elección o nombrado de oficio, no significa que el acusado que se sustrae voluntariamente y sin excusa legítima a la presencia ante el Tribunal cuando es regularmente y efectivamente convocado, pueda ser representado por un abogado para ser juzgado con efecto de juicio contradictorio. La obligación de comparecer es un elemento esencial del proceso penal. Hay que respetar los derechos de las víctimas y partes civiles que serían, en caso contrario, privados de la posibilidad de interrogar al acusado. Esta facultad de representación es concebible para los delitos menores: cada legislación nacional puede definir el umbral de pena que permita o no la representación por un abogado. Se puede concebir igualmente que en la fase de casación la facultad de recurrir pueda abrirse incluso a quien no haya comparecido en apelación. Si el acusado puede eludir cualquier comparecencia, esto obstaculizará el que el proceso sea justo de acuerdo con el artículo 6, teniendo en cuenta a los recurrentes, víctimas y partes civiles».

nes, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, recordando las garantías mínimas que ya se contemplaban en Resolución (75) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa(267), y partiendo de la consideración de que «un procedimiento que se desarrolla en ausencia del inculpado no es en sí mismo incompatible con el Convenio, si puede conseguir posteriormente que un tribunal resuelva de nuevo, tras haberle oído, sobre el fundamento de la acusación de hecho y de derecho», afirmó que «Aunque no absoluto, el derecho de todo acusado a ser efectivamente defendido por un abogado, dado el caso designado de oficio, figura entre los elementos fundamentales de un proceso equitativo. Un acusado no pierde este derecho por el mero hecho de su ausencia en los debates. Incluso si el legislador debe poder desanimar las abstenciones injustificadas, no puede sancionarlás derogando el derecho a la asistencia de un defensor».

A partir de ese momento, el Estado francés se planteó la necesidad de reformar en profundidad su sistema de enjuiciamiento en rebeldía, siendo que ello tuvo lugar con la Ley núm. 204, conocida *Ley Perben II*, de 9 de marzo de 2004(268), que instituye un procedimiento de rebeldía (*procédure de défaut criminel*) que viene a solventar alguna de las tradicionales deficiencias antes señaladas, que como dijimos, se remontaban a hace dos siglos. Ahora el procedimiento en rebeldía deja de ser un proceso especial y se rige por las reglas del procedimiento común, si bien con sus normas particulares, lo que hace que el principio acusatorio y el derecho de defensa queden reforzados.

En la actualidad el procedimiento en rebeldía viene así regulado en los artículos 379-2 a 380 del Código Procesal Penal francés. Así se entiende que cabrá el enjuiciamiento en rebeldía cuando el acusado esté ausente sin una excusa válida en el momento de apertura del juicio oral, o cuando la ausencia del acusado se verifique en el curso de las sesiones del juicio y no sea posible suspenderlas hasta que se persone (art. 379.2). Para decidir sobre el enjuiciamiento en rebeldía el

(267) Según las cuales, «1. Nadie podrá ser juzgado si no ha recibido previamente y efectivamente una citación entregada en tiempo útil para permitirle comparecer y preparar su defensa, salvo si está establecido que se ha sustraído voluntariamente a la justicia [...]. 4. No procede juzgar al inculpado en su ausencia si es posible y oportuno transmitir el procedimiento a otro Estado o presentar una demanda de extradición. 5. Cuando el inculpado es juzgado en su ausencia, se procede a la administración de las pruebas en la forma habitual, y la defensa tiene el derecho de intervenir [...]. 7. Toda persona juzgada en su ausencia debe poder impugnar la sentencia por todas las vías de recurso que le habrían sido posibles si hubiera estado presente».

(268) La Ley tomaba su nombre del ministro de Justicia que la impulsó, Dominique Perben, y tenía como principal objeto una amplia reforma en materia de delincuencia organizada.

tribunal examinará el asunto y resolverá sobre la acusación sin la asistencia de los jurados, salvo si estuvieran presentes otros acusados juzgados simultáneamente durante las sesiones, o si la ausencia del acusado hubiera sido constatada tras el inicio de las mismas. Si un abogado estuviera presente para asegurar la defensa de los intereses del acusado ausente, el procedimiento se desarrollará conforme a las disposiciones de los artículos 306 a 379-1, es decir, de manera ordinaria, con la lógica excepción de las disposiciones relativas al interrogatorio o a la presencia del acusado. En ausencia de abogado para asegurar la defensa de los intereses del acusado, el tribunal resolverá sobre la acusación tras haber oído a la parte civil o a su abogado y los requerimientos del ministerio fiscal. En caso de condena a una pena firme privativa de libertad, el tribunal expedirá orden de detención contra el acusado, salvo si ésta hubiera sido ya expedida (art. 379.3). Como garantía del enjuiciamiento en rebeldía se prevé expresamente (art. 379.4) que, si el acusado condenado en rebeldía se entregara o fuera detenido antes de la extinción de la pena por prescripción, la sentencia de la *Cour d'assises* se entenderá anulada y se procederá a un nuevo examen del asunto por el mismo Tribunal. En cualquier caso, la persona condenada en rebeldía no puede recurrir en apelación (art. 379.5).

III.6 La rebeldía en Alemania

En Alemania, el mandato constitucional de que «todos tendrán derecho a ser oídos ante un Tribunal» (art. 103.1 de la *Grundgesetz*) se conjuga con la tradicional desconfianza que el ordenamiento procesal penal germano ha mostrado ante la posibilidad de realizar juicios penales sin la presencia del acusado, mor al respeto al principio de inmediación. En este sentido ya escribía Baumann que(269): «El acusado debe ver lo que ocurre y escuchar lo que se expone (principio de la oralidad) y poder ajustar su defensa conforme a ello. El proceso penal produce consecuencias jurídicas demasiado terminantes como para consentir que un procedimiento se lleve a cabo en ausencia del acusado. Este criterio vale incluso si el acusado no quiere estar presente. Aquí se presenta, por un lado, el pensamiento de que es imposible renunciar a un derecho de tanta trascendencia (el de estar presente) y, por el otro, aquel según el cual el juez puede valor libremente, en la apreciación de la prueba, el comportamiento del acusado (deber de estar presente por motivos referentes a la investigación de la

(269) BAUMANN, J., *Derecho procesal penal ...*, cit., pp. 87 y s.

verdad)». Ello explica que el párrafo 1.º del § 230 de la Ordenanza Procesal Penal (*Strafprozessordnung*), no deje, en principio, lugar a dudas: «no se celebrará un juicio oral contra el acusado que se encuentre ausente»(270), por lo que se prevé (§ 230.2) que si dicha ausencia no estuviera debidamente justificada, el Tribunal podrá ordenar que para el próximo señalamiento el acusado sea conducido por la Fuerza Pública o puede dictar directamente una orden de detención, limitada a la duración del juicio, siendo que para todo ello se entiende que es necesario que en la citación a juicio que se hizo al acusado, se le aperciba de estas posibles consecuencias derivadas de su voluntaria incomparecencia, siendo el principio de proporcionalidad el que motiva que la detención sea una medida subsidiaria respecto a la mera conducción forzosa(271).

Sin embargo, pese a lo dicho, y como la “realidad se impone”, el ordenamiento alemán no ha podido dejar de dar respuesta a determinadas manifestaciones de la ausencia del acusado en el juicio que, por obvias razones de sentido común, deben tener una cumplida acogida. Y así, en parecidos términos a lo que ocurre en nuestro ordenamiento, podríamos distinguir entre el enjuiciamiento del rebelde propiamente dicho, esto es, de quien no está a disposición de la justicia, y el enjuiciamiento en ausencia del acusado que sí lo está.

1. Empezando por este último, hemos de decir que el “*enjuiciamiento en ausencia*” del acusado que se encuentra a disposición de la justicia, tiene en el ordenamiento germánico varias manifestaciones(272).

Así, en primer lugar, existen previsiones expresas que en realidad se refieren a la posibilidad de que el acusado «no esté presente en todas las sesiones del juicio», ya porque, una vez que hubiera declarado, así lo solicitara, y el Tribunal lo entendiera dable por considerar que ya no es necesaria su participación (§ 231), bien porque desplegara una conducta dolosa tendente a impedir celebrar el juicio (§ 231

(270) § 230.1: “Gegen einen ausgebliebenen Angeklagten findet eine Hauptverhandlung nicht statt”.

(271) Resaltando estas garantías, ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, cit., p. 371.

(272) Detenidamente estudiadas por STEIN, U., “Die Anwesenheitspflicht des Angeklagten in der Hauptverhandlung”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 97, núm. 2, 1985, pp. 303 y ss. Véase también, MAATZ, K. R., “Die Fortsetzung der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten”, en *Deutsche Richterzeitung*, núm. 91, 1991, pp. 200 y ss. Comentarios con bibliografía pueden verse en LÖWE-ROSEMBERG (Hrsg., von Peter Rieß), *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. StPO Grosskommentar*, 25 auflage, IV band, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2001, pp. 217 y ss.

a)(273), o porque el acusado tenga que ser expulsado de la Sala durante el juicio por manifestar una conducta inadecuada y obstativa al buen desarrollo del mismo (§ 231 b).

Junto a ello, existen asimismo supuestos en los que la Ordenanza procesal alemana permite juzgar al ausente en atención a la menor entidad de los asuntos a juzgar: serían los casos que se trate de juzgar delitos castigados con pena de multa (de hasta 180 días multa), privación del derecho a conducir vehículos o confiscación (§ 232); cuando tratándose de delitos que llevan multa superior o pena de prisión de hasta seis meses de duración, el acusado así lo solicita expresamente y el Tribunal, luego de escucharlo accede a dispensarle de su deber de acudir al juicio (§ 233); cuando se juzgan «delitos privados» (entiéndase, perseguidos solo por acción privada), en donde se permite que el acusado comparezca mediante un representante legal (§ 387); o cuando hay juicio en el procedimiento por mandato (equivalente a nuestro procedimiento por decreto) por haberse planteado por el acusado oposición (§ 412). Paralelamente, y por razones de carencia de relevancia, se entiende innecesaria la intervención del acusado en las fases de apelación y casación (§§ 329 y 350).

Existen asimismo supuestos, contemplados en el § 247, en los que se acuerda una «ausencia temporal» del acusado motivadas por dos tipos de razones: el primero por concurrir un interés superior de la justicia, siendo ello lo que acontece en los casos en los que el acusado tiene que abandonar la sala para permitir que un testigo (o un coacusado) declare sin sentirse intimidado por su presencia, o porque el que declara es un menor edad que, por dicha circunstancia, también puede sentirse coartado(274); y en segundo lugar, cuando por razones de salud del propio acusado, se entiende conveniente que éste abandone la Sala por un tiempo. Para cualquiera de estos supuestos, el citado precepto dispone que tan pronto el acusado vuelva a la Sala deberá ser informado por el juez del contenido de lo practicado sin su presencia. No obstante, hemos de señalar que los loables fines de protección de

(273) Este párrafo es conocido como «*parágrafo de la huelga de hambre*», ya que fue introducido para dar respuesta a los casos en los que acusados de terrorismo se ponían en tal situación con la finalidad de invocar que no se hallaban en condiciones físicas de ser sometidos a juicio. Así el precepto prevé que, una vez consultado al médico, el Tribunal puede acordar el enjuiciamiento en ausencia del acusado si evidencia que efectivamente estamos ante la presencia de una artimaña dolosa del mismo.

(274) Detallado estudio al respecto de dicha protección de los testigos, específicamente en el ámbito del enjuiciamiento de delitos sexuales, puede verse en ULLRICH, C., *Schutz des verletzten Zeugen durch Entfernung des Angeklagten gemäß StPO 247 im Bereich der Sexualdelinquenz*, LIT Verlag, Münster, 1998.

los testigos previstos tradicionalmente en el § 247 han sido colmados más fácilmente por las nuevas tecnologías y así, en 1998 la Ley de protección de testigos introdujo el § 247a, que permite garantizar el testimonio de los citados testigos mediante su deposición por videoconferencia, algo muy generalizado en el caso de menores(275).

2. Junto a estos supuestos de enjuiciamiento en ausencia del acusado, tendríamos lo que técnicamente sería la *rebeldía penal*, es decir, el estatuto del sujeto procesal que no se encuentra a disposición de la justicia, bien porque “se hallan ilocalizados al desconocerse su paradero, o porque se encuentran en el extranjero y su comparecencia a juicio no resulta factible o razonable”, definición ésta que textualmente hace el § 276(276).

Para estos casos, inicialmente existía la regulación de todo un procedimiento dedicado al enjuiciamiento de los rebeldes(277) que, bajo la rúbrica «procedimiento contra ausentes» (*Verfahren gegen Abwesende*), estaba recogida en el capítulo VIII del Libro II de la Ordenanza Procesal Penal (§§ 276-295). Esta regulación no escapó a duras críticas, muy especialmente en los años setenta, por entenderla conculcadora de los principios de audiencia e intermediación y del derecho de defensa(278), llegándose a afirmar que tal procedimiento estaba «agotado» (279), lo que propició que en la reforma de 2 de marzo de 1974(280) se suprimiera la posibilidad de enjuiciamiento del rebelde (derogando los §§ 277 a 284), siendo ahora en tal sentido taxativo el tenor del § 285.1, según el cual «contra un ausente (léase rebelde) no tendrá lugar ningún juicio oral»(281), quedando pues circunscrita la regulación vigente a asegurar las fuentes de prueba (§ 289) y a forzar la comparecencia del

(275) Vid. SCHEUMER, M., *Videovernehmung kindlicher Zeugen: zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes*, Universitätsverlag, Göttingen, 2007.

(276) § 276: “Ein Beschuldigter gilt als abwesend, wenn sein Aufenthalt unbekannt ist oder wenn er sich im Ausland aufhält und seine Gestellung vor das zuständige Gericht nicht ausführbar oder nicht angemessen erscheint”.

(277) Regulación que, contemplada en la Ordenanza desde sus inicios, recogía la herencia de una tradición secular, ya estudiada por Hugo MEYER en su conocida monografía, *Das Strafverfahren gegen Abwesende, geschichtlich dargestellt und vom Standpunkt des heutigen Rechts geprüft*, Verlag von Georg Reimer, Berlin, 1869.

(278) Así, por todos, OPPE, W., “Das Abwesenheitsverfahren in der Strafprozessreform”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Jahrg. 5, März 1972, pp. 56 y ss.

(279) DÜNNEBIER, H., “Das Kontumazialverfahren ist abgeschafft”, en VV. AA. (Herausgegeben von Hans Lüttger in Verbindung mit Hermann Blei und Peter Hanau), *Festschrift für Ernst Heintz zum 70. Geburtstag: am 1. Januar 1972*, Walter de Gruyter, Berlin, 1972, pp. 669 y ss.

(280) Reforma llevada a cabo en la Ordenanza procesal por la Ley de introducción al Código penal –*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*– de 2 de marzo de 1974, con entrada en vigor el 1 de enero de 1975.

(281) § 285.1: “Gegen einen Abwesenden findet keine Hauptverhandlung statt”.

rebelde a través de embargos coactivos de su patrimonio (§§ 290-294) y «salvoconducto de libertad» (§ 295), siendo que para la adopción de las mismas el ausente puede estar representado por un abogado (§ 286), si bien el rebelde no tiene derecho a que se le notifiquen las resoluciones (§ 287), pudiendo ser mediante edictos públicos como se le requiera para comparecer (§ 288).

Respecto al aseguramiento de prueba, se establece que después de la apertura del juicio oral el juez puede acordar que se tomen las pruebas que crea necesarias (§ 289), pruebas anticipadas que lógicamente servirán para juzgar al rebelde en caso de que sea habido.

En cuanto a los mecanismos tendentes a forzar la comparecencia del rebelde, la orden de incautar los bienes de éste exige como presupuesto que el delito del que se le acusa lleve aparejada pena de prisión superior a los seis meses de duración o multa de más de ciento ochenta días, y que concurren los mismos requisitos que exigiría la emisión de una orden de detención (§ 290), siendo que tal embargo patrimonial(282) cesará tan pronto desaparezcan los motivos que llevaron a acordarlo (§ 293), tales como la aparición del rebelde o el archivo definitivo del procedimiento por cualquier motivo (fallecimiento del rebelde, prescripción...). Y por lo referible al «salvoconducto de libertad», consistente en garantizar al rebelde el quedar exento de ser detenido si, antes del juicio, se presenta voluntariamente ante el Tribunal (§ 295), solo señalar que la doctrina ha sido muy crítica respecto a la virtualidad práctica de esta medida(283), ante la exigencia de caución para su adopción y el hecho de que se revoque automáticamente en caso de condena a pena de prisión.

Una vez concluida la fase de investigación y constatada por el Tribunal la evidente rebeldía del acusado, se procede a la suspensión del procedimiento (§ 205), a través de un auto que acuerda el sobreseimiento provisional, resolución recurrible en queja conforme a lo dispuesto en el § 304.

(282) La resolución por la que se acuerda la incautación patrimonial del rebelde ha de ser obligatoriamente publicada en el Boletín Oficial de Alemania y, discrecionalmente, en cualquier otro medio que determine el Tribunal (§ 291), siendo que, desde la publicación en aquél, el rebelde pierde el derecho de disponer «inter vivos» de los citados bienes (§ 292).

(283) Por todos, ROXIN, C., *Derecho procesal penal...*, cit., p. 521.

III.7 El caso del Derecho italiano

Particular interés presenta el modelo italiano de rebeldía, dadas sus peculiaridades y reformas tenidas, lo que justifica que nos ocupemos de él con un poco de mayor detalle. Y es que, con una herencia secular a sus espaldas(284), el ordenamiento procesal penal italiano ha venido realizando una detallada y detallista regulación de la situación en que se encuentra la persona que, sometida a un proceso penal, no se halla, o deja de hallarse, a disposición de la justicia. Ello ha propiciado que se lleguen a distinguir hasta cuatro situaciones diferentes.

En la fase inicial de proceso, la referida a la indagación preliminar llevada a cabo por el Ministerio Público, puede ocurrir que cuando se va a realizar la primera notificación a un imputado que se encuentra en libertad, éste no sea hallado, encontrándose por tanto en estado de «*irreperibilità*» (ilocalizable), un concepto que no aparece formalmente recogido hasta el Código Procesal Penal italiano de 1930 (art. 170), pues los Códigos de 1865 y 1913 no contenían sino una regulación general del modo de realizar las notificaciones(285), siendo que sobre sus previsiones la mejor doctrina(286) definió al *irreperibile* como «aquella situación objetiva de falta de una dirección del imputado que sea útil a efectos de notificación». Para estos casos, el Código de 1930 preveía una regulación «pro actione», en el sentido de que el interés de la misma era la prosecución del procedimiento, para lo que se entendía suficiente que una vez se dictara el decreto de «*irreperibilità*» y se le nombrara al imputado un abogado, las notificaciones se entenderían hechas a éste mediante el depósito de las mismas en la secretaría (judicial o del ministerio fiscal) y el abogado quedaba habilitado para representar al imputado en todas aquellas actuaciones procesales, salvadas aquellas que la ley obligase a que fueran realizadas personalmente por el imputado o por un procurador especial. Sin embargo, la reforma llevada a cabo en 1955, por impulso del reconocimiento constitucional (1947) del derecho de defensa como un derecho fundamental inviolable, supuso una potenciación en la posi-

(284) Ampliamente al respecto, por todos, puede verse, MOSCARINI, P., *La contumacia dell'imputato*, Giuffrè, Milano, 1997, esp. pp. 7 a 240.

(285) Así, por ejemplo, el art. 112 del Código procesal de 1913 disponía que, si no se tenía conocimiento de la residencia o morada del imputado, éste sería notificado colocando una copia de la misma en la puerta del Ayuntamiento de la localidad de su nacimiento y de la casa de la última morada de la que se tuviera conocimiento, y si ésta no fuera conocida, dicha copia se expondrá en la puerta de la Corte, Tribunal o Pretura en la que se siga el procedimiento.

(286) «Oggettiva situazioni di macanza di un recapito dell'imputato utile ai fini della notificazione». FOSCHINI, G., *La Latitanza*, Giuffrè, Milano, 1943, p. 15.

ción de garante del abogado del imputado ilocalizado, introduciendo la figura de la «restituzione nel termine» en el art. 175 del Código Procesal Penal, recurso que le permitía retrotraer las actuaciones en los casos de que el avance procesal hubiera sido a espaldas del conocimiento efectivo del imputado(287).

Sobre las citadas premisas, el vigente Código Procesal Penal italiano de 1988, en su art. 159, y bajo la rúbrica «*Notificazioni all'imputato in caso di irreperibilità*», dispone que si la autoridad judicial (juez o fiscal), luego de intentar notificar de manera infructuosa al imputado no detenido por los modos ordinarios previstos en el art. 157 (personalmente, o en su defecto, a la persona que conviva con él en su domicilio o al potero de dicha finca) y tras investigar entonces el paradero del imputado (incluida la consulta a la Administración penitenciaria por si se hallara privado de libertad en un establecimiento penitenciario)(288) sin obtener resultado, emitirá el llamado «*decreto di irreperibilità*», en el que, después de habersele designado un abogado defensor al imputado, se acuerda que a partir de ese momento todas las notificaciones se realizarán a la persona de este representante legal(289). Como vemos, el decreto de *irreperibilità* se basa en una presunción, cual es que el imputado tendrá conocimiento de lo notificado porque así se lo hará llegar su Letrado(290), siendo por ello por lo que la eficacia del mismo está

(287) En este sentido, vide CAVALLARI, V., *Le notificazioni nell'processo penale*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 244 y s. Ampliamente, al respecto, CASSANO, M., e CALVANESE, E., *Giudizio in contumacia e restituzione nel termine*, Giuffrè, Milano, 2008.

(288) La detallada regulación de las exigencias de investigación sobre el paradero del imputado impuestas a la autoridad ha llevado a algún autor a hablar de «*situazione di protoirreperibilità*». MORSELLI, C., *Il «render noto» nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 273. Estas rígidas exigencias hacen que la validez del Decreto pueda ser puesta en entredicho si no se cumplimenta adecuadamente la investigación exigida a la autoridad sobre el paradero del imputado, critica aún mayor si tenemos en cuenta que el mismo procedimiento es, ex art. 161.4, el predicable respecto al imputado que sí que dio un domicilio, pero que por caso fortuito o fuerza mayor no pudo poner en conocimiento de la autoridad el cambio del mismo. Vid. SECHI, P., *Il patrocinio dei non abbienti nei procedimenti penali*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 78, n. 43.

(289) Como veremos, esta solución es análoga a la prevista en el Código procesal penal para los casos de imputado «latitante» o evadido (art. 296). Vide, ampliamente, TRINCI, A., e VENTURA, V., *Notificazioni e processo senza imputato*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 367 y ss. (esp., en cuanto a notificación al latitante y evadido, pp. 409 y ss.).

(290) Siendo esta la razón por la que ha sido sometido a una dura crítica (que no compartimos) por parte de la doctrina italiana, en donde se resalta la confrontación entre este modo de notificar, con las exigencias de efectivo conocimiento por parte del imputado del acto notificado a su abogado. En este sentido, ya se pronunciaban auto-

limitada en el tiempo, cesando la misma, conforme dispone el art. 160, si se dicta en fase de instrucción, cuando se cierra la fase de indagaciones preliminares y, si es adoptado después, con el dictado de la sentencia, en los casos que, según el ordenamiento italiano, el enjuiciamiento sea posible(291). Como vemos la «irreperibilità» es una *situación procesal* que cobra sentido solo en lo referido al ámbito de la notificación de las resoluciones procesales respecto del imputado que se halla ilocalizado, dando con ello respuesta, única y exclusivamente, a cómo han de llevarse a cabo dichas notificaciones para garantizar el impulso procesal. Es por ello por lo que el Derecho italiano, una vez resuelta la citada problemática, regula de manera diferenciada, otras «situaciones procesales», cuales son la «latitanza», la «assenza» y la «contumacia».

La *latitanza* es la situación procesal en la que se coloca el imputado que voluntariamente, encontrándose privado cautelarmente de libertad (o dictada la orden de encarcelamiento) se evade; o hallándose en libertad, pero con la obligación de permanecer en un domicilio o con la prohibición de viajar, lo incumple(292). Como vemos, en ambos supuestos el imputado se coloca en situación de «ilocalizado» de manera voluntaria y sobrevenida, lo que le diferencia del mero «irreperibile», si bien que la solución penal que ofrece el ordena-

res como: VASSALLI, G., «Sul diritto di difesa giudiziaria nell'istruzione penale», en VV. AA., *Scritti giuridici in onore della Cedam*, tomo II, ed. Cedam, Padova, 1953, p. 582; CARULLI, N., *Il diritto di difesa dell'imputato*, ed. Jovene, Napoli, 1967, p. 31; o DALIA, A. A., «L'accertamento dell'irreperibilità dell'imputato», en *Giur. Merito*, 2-1, 1970, p. 38. En la misma línea, modernamente: FORTUNA, E., «Gli atti», en VV. AA. (Ennio Fortuna, Raimondo Giustozzi, Elvio Fassone, Stefano Dragore), *Manuale pratico del processo penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 289; LOZZI, G., *Lezioni di procedura penale*, ed. G. Giappichelli, Torino, 2009 (últ. 2017), p. 182. En este sentido, TONINI, P., *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2013 (últ. ed., 2018), subraya (p. 183) que «il codice ha voluto contemperare due esigenze fondamentali ma contrastanti. Da un lato, quella di portare alla conoscenza effettiva del destinatario l'atto da notificare. Dall'altro lato, l'esigenza di accertare il reato e assicurare la celebrità degli adempimenti formali».

(291) En cualquier caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo italiano ha subrayado la importancia de cumplir con las previsiones del art. 160.4 en el sentido de que es necesario dictar un nuevo decreto para cada fase procesal, siendo nulo en juicio celebrado sin la citada renovación (así, últimamente Corte di Cassazione Penale, secc. 5.ª, Sentencia 50080, de 2-11-2017).

(292) Art. 296: «É latitante chi volontariamente si sottrae alla custodia cautelare, agli arresti domiciliari, al divieto di espatrio, all'obbligo di dimora o a un ordine con cui si dispone la carcerazione». La doctrina ha subrayado el carácter tasado de los presupuestos necesarios de la latitanza. Por todos, vide, PALUMBO, A., *Le notificazioni nel rito penale*, ed. Jovene, Napoli, 1992, pp. 161 y s.; JAZZETTI, A., e PACINI, M., *La disciplina degli atti nel nuovo processo penale*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 169.

miento italiano es la misma que la prevista para éste: una vez constatados los hechos que dan lugar a la misma, el juez declara mediante decreto «lo stato di latitanza» (art. 295.2) y ordena que se le designe un abogado en la causa en que se acuerda (art. 296.2), siendo a este Letrado al que se le notificarán las posteriores resoluciones (art. 165.3). Equiparándose a todos los efectos el latitante y el evadido (art. 296.5), se adoptarán las medidas tendentes a su localización y detención (entre las que expresamente se prevé la posibilidad de la interceptación de sus comunicaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación, art. 295.3), siendo así que el estado de latitanza durará hasta tanto la misma no sea revocada, el delito o la pena hayan prescrito, o se hayan extinguido por alguna otra causa de las previstas legalmente (art. 296.4).

Así pues, en resumen, y de una manera genérica y gráfica, podríamos decir que la *irreperibilità* es la situación del imputado que se encuentra en busca, y la *latitanza* la del evadido que se halla en busca y captura.

Ahora bien, al margen de dichas situaciones procesales, existían otros dos que tenían más relevancia para nuestro estudio, pues se relacionaban con la posibilidad de enjuiciar al imputado sin estar presente en el juicio. Y estas dos situaciones procesales eran la ausencia y la contumacia.

Hasta el año 1999, la ausencia (*assenza*) era el estatus jurídico del acusado que de forma voluntaria rehusaba, expresa o tácitamente («pide o consiente»), a estar presente en el juicio, siendo así que el juicio se celebraba estando representado por su abogado. Esta era la previsión que contenía el art. 488 del Código Procesal Penal italiano hasta la reforma llevada a cabo por la Ley núm. 479, de 16 de diciembre de 1999 (Legge Carotti), cuyo art. 39 vino a derogarlo. Asimismo, hasta dicho año se contemplaba en el art. 487 la figura de la *contumacia*, referida al acusado que no acudía voluntariamente a la audiencia preliminar, pudiendo en tales casos y bajo determinadas circunstancias, ser enjuiciado, siendo para ello representado por su abogado. El sistema italiano tradicional estaba, pues, basado en entender que el estar presente en el juicio era, no tanto un deber sino un derecho, que por lo tanto podía ser renunciado, y que el requisito para poder juzgar al acusado incompareciente se basaba en el conocimiento, no tanto efectivo cuanto presunto, de la existencia del proceso por parte de dicho acusado. Estos pilares, que habían sido incluso ratificados por el Tribunal Constitucional italiano(293), fueron objeto de arduas críticas

(293) Así en Sentencias de la Corte Costituzionale tales como: 170/1976, de 12 de julio; 188/1980, de 16 de diciembre; 9/1982, de 1 de febrero; 316/1990, de 26 de junio y 5 de julio; 301/1994, de 15 de julio; 399/1998, de 12 de diciembre...

doctrinales y terminó siendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la que, en sucesivas condenas al Estado italiano, vino a abrir profundas grietas en los mismos, siendo ello la base de sucesivas reformas (así, por ejemplo, la operada por Ley 60/2005) que culminaron con la llevada a cabo por la Ley núm. 67, de 28 de abril de 2014, que es la que establece el sistema actualmente vigente.

En efecto. Fue ya en 1985 cuando el Tribunal Europeo de Derecho Humanos realizó una primera crítica en profundidad sobre el sistema de enjuiciamiento del rebelde penal contemplado en el entonces Código Procesal italiano de 1930. En la Sentencia de 12 de febrero de 1985 (caso *Colozza contra Italia*) el Tribunal Europeo señaló que se causaba notable indefensión al acusado que había sido enjuiciado en rebeldía sin tener conocimiento de la existencia de procedimiento, máxime cuando una vez enterado de la existencia del mismo, no se le había dado la posibilidad de ser oído. Se entendía que era inadmisibles que de la declaración de «latitanza» se pudiera presumir que el acusado tenía cumplido conocimiento de la existencia del procedimiento, no pudiendo equipararse ello al haber renunciado a estar presente en el juicio⁽²⁹⁴⁾. La promulgación del nuevo Código de Procedimiento Penal en 1988 (con entrada en vigor en 1989), y pese a los teóricos

(294) Las palabras del Tribunal Europeo eran claras y rotundas: «Ahora bien, no se trata aquí de un inculpado a quien se ha dirigido una notificación personal y que, después de haber tenido de este modo conocimiento de los motivos de la acusación, renuncia expresamente a comparecer y defenderse. Las autoridades italianas han inferido tal renuncia de la cualidad de “latitante” que otorgaban al señor Colozza, basándose en una simple presunción (apartados 12 y 20 supra). En opinión del Tribunal, esta presunción no está suficientemente basada. No se deduce del examen de los hechos que el demandante haya tenido noticia de la apertura de diligencias contra él. Estaba, sin más, considerado al corriente, gracias a las notificaciones depositadas en la secretaría del juez de instrucción y después en la del Tribunal. Además, las investigaciones realizadas para encontrarle fueron inadecuadas: se limitaron a la residencia en la que se le había buscado en vano en 1972 (vía Longanesi) y al domicilio indicado en el Registro Civil (vía Foanteiana); ahora bien, se sabía que él ya no vivía allí (apartados 10 y 12 supra). El Tribunal concede una importancia particular a la circunstancia de que ciertos servicios de la Fiscalía y de la policía de Roma habían conseguido en el curso de otras diligencias la nueva dirección del interesado (apartado 15 supra); era, pues, posible localizarle incluso en ausencia –invocada por el Gobierno como excusa– de un banco de datos. La situación observada por el Tribunal es difícilmente conciliable con la diligencia que los Estados contratantes deben desplegar para asegurar el disfrute efectivo de los derechos garantizados por el artículo 6 (ver, *mutatis mutandis*, la Sentencia Ártico de 13 mayo 1980 [TEDH 1980, 4], serie A núm. 37, p. 18, § 37). En conclusión, de los documentos de que ha dispuesto el Tribunal no se desprende que el señor Colozza haya renunciado a comparecer y a defenderse, ni que haya tenido la intención de sustraerse a la justicia. El Tribunal no tiene, pues, que determinar si un acusado que ha eludido verdaderamente a la justicia pierde al mismo tiempo el beneficio de los derechos en cuestión».

intentos de conciliar sus postulados con los lineamientos fijados por la jurisprudencia europea, no dio una satisfactoria respuesta a la nuclear cuestión del conocimiento efectivo del acusado del procedimiento que se seguía contra él en su ausencia, criticándose que se hubiera producido una inversión en la carga de la prueba, en el sentido de que fuera él quien tuviera que probar este hecho negativo. Las críticas arreciaban desde diversos frentes, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los primeros años del presente siglo condenó a Italia por ello en trascendentes sentencias.

Así, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de mayo de 2004 (caso *Somogyi contra Italia*) comenzaba recordando la doctrina sentada en el caso *Colozza*, señalando que, si bien un juicio en ausencia no es por sí mismo incompatible con el derecho a un juicio justo garantizado en el art. 6 del Convenio, sí que «se produce una denegación de justicia si un individuo condenado *in absentia* no puede obtener posteriormente que un tribunal se pronuncie nuevamente, tras haberle oído, sobre el fundamento de la acusación tanto de hecho como de derecho, mientras no se establezca de manera inequívoca que ha renunciado a su derecho a comparecer y a defenderse» (295). Se insistía pues en la necesidad del puntual conocimiento de la existencia del procedimiento por parte del acusado y su derecho a utilizar, llegado el caso, la «*restituzione nel termine*», contemplada, como ya dijimos, en el art. 175 del Código procesal penal italiano, y en virtud de la cual, «En caso de condena en rebeldía [...], el acusado podrá solicitar la reapertura de la apelación contra la sentencia, si puede probar que no ha tenido conocimiento [de la sentencia] [...] sin que haya habido falta por su parte o, si se hubiese notificado [...] a su abogado la sentencia pronunciada en rebeldía [...], si puede probar que no se ha negado voluntariamente a conocer de los actos del procedimiento».

Pues bien, en el caso *Somogyi*, el juez penal italiano de Rimini entendió que el Sr. Tamas Somogyi había renunciado a su derecho a comparecer en la audiencia preliminar ya que, aun informado por carta certificada de las acusaciones formuladas en su contra y de la fecha de la vista, éste no se preocupó ni de presentarse ante el órgano judicial ni de designar un abogado. Frente a ello, el Sr. Somogyi argumentaba que nunca tuvo real conocimiento de que se siguiera un procedimiento contra él y que estuviera citado para una audiencia, pues la carta certificada que el Juzgado le remitió tenía mal puesta la dirección y la firma que figuraba en el acuse no era la suya, impugnando en repetidas ocasiones dicha autenticidad, algo que cayó en

(295) En el mismo sentido, recordaba el TEDH su Sentencia 71555/2001 de 16 de octubre de 2001 (caso *Einhorn contra Francia*), § 33.

saco roto ante las autoridades italianas que no realizaron indagación alguna al respecto, dieron por válida la notificación y celebraron el juicio en ausencia, sin permitir luego la «restitutio nel termine», una vez que la sentencia fue notificada.

Ante ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye que «teniendo en cuenta el lugar eminente que el derecho a un proceso justo ocupa en una sociedad democrática, el artículo 6 del Convenio implica para todo tribunal interno la obligación de verificar si el acusado ha tenido la posibilidad de conocer las diligencias efectuadas contra él cuando, como en este caso, surge sobre esta cuestión una impugnación que no parece de entrada carecer manifiestamente de seriedad», siendo que «el Tribunal de apelación de Bolonia y el Tribunal de Casación no procedieron a dicha verificación, privando al demandante de la posibilidad de corregir, llegado el caso, una situación contraria a las exigencias del Convenio. De esta forma, no se efectuó ningún control escrupuloso para determinar, más allá de toda duda razonable, si la renuncia a comparecer del condenado era inequívoca». Y termina la sentencia que comentamos haciendo alusión a un interesante tema en relación al conocimiento del acusado sobre el procedimiento contra él seguido. Y es que uno de los argumentos barajados por las autoridades italianas es que dicho conocimiento se pudo inferir de la difusión periodística del caso y del hecho de que sobre el mismo el propio acusado concediera una entrevista a un medio de comunicación. En este sentido el Tribunal Europeo señala que: «En lo relativo, por último, a la afirmación del Gobierno según la cual el demandante se enteró de todos modos de las diligencias a través del periodista que le entrevistó o de la prensa local, el Tribunal recuerda que avisar de las diligencias llevadas a cabo contra alguien constituye un acto jurídico de tal importancia que debe responder a condiciones de forma y de fondo que garanticen el ejercicio efectivo de los derechos del acusado; ello se desprende, por lo demás, del artículo 6.3 a) del Convenio. *No es suficiente un conocimiento vago y no oficial*».

El mismo año 2004, Italia vuelve a ser condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 10 de noviembre de 2004 (caso *Sejdovic contra Italia*). Y es que al Sr. Cloce Sejdovic se le imputó un delito de homicidio, dictándose auto de prisión preventiva, si bien que la misma no pudo ser ejecutada al huir al extranjero el Sr. Sejdovic, quien por lo tanto fue declarado en situación de «latitanza», se le nombró abogado de oficio y fue juzgado y condenado en rebeldía, siendo que dicha sentencia adquirió firmeza al no ser recurrida en apelación por su Letrado. Detenido el condenado dos años después en Alemania, este país se negaría a extraditarlo, por entender

que en Italia no se garantizaba al condenado, en un grado suficiente de certeza, la posibilidad de obtener la reapertura de su proceso.

La primera cuestión nuclear volvía a ser el cumplido conocimiento de la existencia del procedimiento por parte del imputado, siendo que las autoridades italianas entendían que el Sr. Sedjovic había renunciado a su derecho a comparecer en la audiencia preliminar ya que se encontraba en paradero desconocido tras cometer el homicidio, situación voluntariamente realizada de la que debería deducirse su voluntad de sustraerse a la justicia. Sin embargo, el Tribunal Europeo sostiene que «no considera necesario especular sobre las razones que indujeron al demandante a abandonar su domicilio e ir a Alemania. Recuerda que avisar a una persona de las diligencias abiertas en su contra constituye un acto jurídico de tal importancia que debe responder a unas condiciones de forma y de fondo que garanticen el ejercicio efectivo de los derechos del acusado; ello se desprende, por lo demás, del artículo 6.3 a) del Convenio. Un conocimiento vago y no oficial no es suficiente (reitera el Tribunal aquí lo que ya dijo en la sentencia del caso Somogyi). En consecuencia, suponiendo incluso que el demandante hubiese estado directamente al corriente de la apertura de un proceso penal en su contra, no se podría por ello concluir que renunciara de forma inequívoca a su derecho a comparecer en la audiencia».

Y en segundo lugar se aborda el análisis relativo a si el Derecho italiano, a través de la conocida figura de la «restituzione nel termine», garantiza el derecho del rebelde a un juicio justo, concluyendo al respecto que «suponiendo incluso que, como dice el Gobierno, un condenado que desea presentar una solicitud de revocación de la caducidad no deba presentar ninguna prueba de ausencia de un comportamiento intencionado para sustraerse a la justicia, el Tribunal señala que el artículo 175 del Código Procesal Penal italiano no confiere al acusado, que nunca ha sido informado de forma efectiva de las diligencias, el derecho incondicional a obtener la reapertura del plazo para presentar recurso. Como señaló, con mucha razón, la propia Fiscalía de Roma, en el caso del demandante el nuevo proceso no era automático, planteándose previamente por el contrario la cuestión de si la declaración según la cual el acusado había “huido” era errónea». Es por ello por lo que el Tribunal Europeo recuerda que «un condenado del que no pueda considerarse que ha renunciado inequívocamente a comparecer, debe en toda circunstancia poder obtener que un tribunal vuelva a pronunciarse sobre el fundamento de la acusación. La mera posibilidad en este sentido, dependiendo de las pruebas que pudieran presentar la Fiscalía o el condenado en cuanto a las circunstancias que rodearon la declaración de huida, no puede satisfacer las

exigencias del artículo 6 del Convenio. De ello se deriva que el remedio previsto en el artículo 175 del Código Procesal Penal italiano no garantizaba al demandante, en un grado suficiente de certeza, la posibilidad de personarse y defenderse en un nuevo proceso. No se ha alegado ante el Tribunal que el demandante dispusiese de otros medios para obtener la reapertura del plazo para interponer recurso o la celebración de un nuevo juicio».

La crítica formulada por el Tribunal de Estrasburgo al sistema de revisión del juzgado en rebeldía prevista en el art. 175 del Código Procesal Penal italiano, llevó a que se aprobara la Ley 60/2005, de 22 de abril, que modificaba el citado precepto, cuyo tenor literal sería ahora: «En caso de condena en rebeldía (...), se abrirá nuevamente el plazo para impugnar la sentencia, a solicitud del acusado, salvo si este último ha tenido conocimiento real (*effettiva conoscenza*) del procedimiento [entablado contra él] o de la sentencia (*provvedimento*) y ha renunciado voluntariamente a comparecer o a impugnar la sentencia. Las autoridades efectúan toda verificación necesaria al respecto». Y además se añadía un párrafo 2bis según el cual: «La demanda indicada en el párrafo 2 deberá presentarse, so pena de inadmisibilidad, dentro de los treinta días que siguen a la fecha en la que el acusado ha tenido conocimiento efectivo de la sentencia. En caso de extradición desde el extranjero, el plazo para presentar la demanda comenzará a partir del momento en que el acusado sea entregado [a las autoridades italianas] (...)».

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de junio de 2005 (*caso R. R. contra Italia*) volvió a condenar a Italia por la insuficiencia de las previsiones de la revisión del juicio del condenado en rebeldía que se contemplaban en el art. 175 del Código procesal en la redacción que este precepto tenía antes de la citada reforma 2005, y que fueron las que se aplicaron al caso en cuestión. Y en relación a la reforma llevada a cabo por la Ley 60/2005 simplemente señala que «después de finalizar el proceso del demandante, se introdujeron en Italia unas reformas legislativas. Concretamente, la Ley núm. 60 de 2005 modificó el artículo 175 del Código Procesal Penal. En términos de las nuevas disposiciones, el plazo para impugnar una sentencia dictada en rebeldía vuelve a abrirse a petición del condenado. Esta norma tiene solamente una excepción, en el caso de que el acusado haya tenido un «conocimiento real» del procedimiento entablado contra él o de la sentencia y haya renunciado voluntariamente a comparecer o a impugnar la sentencia. Además, el plazo para presentar una solicitud de revocación de caducidad para las personas que se encuentren en una situación similar a la del demandante, se ha

ampliado de diez a treinta días. Es cierto que estas nuevas disposiciones no son aplicables al demandante o a cualquier otra persona que se encuentre en una situación similar y que haya conocido efectivamente su condena o haya sido entregada a las autoridades italianas más de treinta días antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley núm. 60 de 2005. Sin embargo, el Tribunal considera que sería prematuro, en esta fase y en ausencia de una jurisprudencia interna que aplique disposiciones de esta Ley, examinar la cuestión de si las citadas reformas son eficaces. A este respecto, señalar igualmente que una demanda sobre una condena en rebeldía y sobre la eficacia del mecanismo previsto en el artículo 175 del Código Procesal Penal está actualmente pendiente ante la Gran Sala (Sejdovic contra Italia, núm. 56581/2000)»(296).

Como vemos en el año 2005(297) se produce un primer intento de adaptar la legislación italiana a las exigencias perfiladas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al enjuiciamiento en rebeldía, muy particularmente en lo relativo al efectivo conocimiento del imputado del procedimiento contra él seguido y la posibilidad de, una vez condenado, instar una revisión del juicio(298). Sin embargo, desde muy pronto se comenzaron a alzar voces que entendían insuficiente la reforma que representaba la Ley 60/2005 y que apostaban por una de mayor calado(299), reforma que cristalizará definitivamente con la vigente Ley 67/2014, de 2 de abril.

La reforma de 2014, manteniendo las situaciones procesales de «irreperibile» y de «latitante», en los términos antes vistos, ha proce-

(296) Por Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de marzo de 2006 se ratificó esta sentencia de 10 de noviembre de 2004, insistiendo que artículo 175 del Código Procesal Penal italiano (en redacción anterior a Ley 60/2005) no garantizaba al acusado, con un grado suficiente de certidumbre, la oportunidad de estar presente y defenderse a sí mismo durante un nuevo juicio. En la misma línea se pronunciarían las SSTEDH de 28 de septiembre de 2006 (caso *Hu contra Italia*) y 14 de diciembre de 2006 (caso *Ay Ali contra Italia*).

(297) El antecedente de la Ley 60/2005, fue el Decreto Ley 21 de febrero de 2005, en el que se establecían «*Disposizioni urgente in materia di impugnazione delle sentenza contumaciali e dei decreti di condanna*», que entró en vigor el 23 de febrero, Decreto Ley luego convertido en la citada Ley 60, de 22 de abril, que entró en vigor el 24 del mismo mes.

(298) Véase al respecto, PAPANNO, C., *Contumacia e proceso Equo*, Giuffrè, Milano, 2010, esp. pp. 73 y ss.; MOSCARINI, P., «Il giudizio in absentia nell'ottica delle giurisdizioni internazionali ed in una recente legge italiana», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2005, pp. 573 y ss.; RIVELLO, P., «La vicenda Somogyi di fronte allá Corte di Cassazione: un'importante occasione di riflessione», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, pp. 1071 y ss.

(299) Por todos, vide CHIAVARIO, M., «Non è tutto oro quello che luccica nel nuovo processo in absentia», en *Diritto e Giustizia*, núm. 19, 2005, p. 10; Del mismo, «Una riforma inevitabile: ma basterà?», en *Legislazione Penale*, 2005, pp. 253 y ss.

dido a reformular los institutos de la derogada ausencia y de la contumacia, haciéndolo de tal manera que, desaparecido el termino contumacia, se reglamenta *ex novo* la figura del imputado ausente, dando redacción para ello a los artículos 420 bis a 420 *quinquies* del Código Procesal Penal. La filosofía de la reforma(300) es evitar el enjuiciamiento contumacial que hasta ese momento tantas críticas habían recibido, muy particularmente de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo(301), partiendo así del principio de la necesidad de suspender el procedimiento en los casos en los que no existe prueba de que el imputado tiene cabal conocimiento del mismo.

Ahora, en efecto, se parte del principio general de que la ausencia del imputado acarrea la suspensión del proceso. En tal sentido, y bajo dicha rúbrica («sospensione del processo per assenza dell'imputato»), el art. 420 *quater* dispone que «Fuera de los casos previstos en los artículos 420 bis y ter y al margen de la hipótesis de una nulidad de notificaciones, si el imputado no está presente, el juez suspende la audiencia y dispone que la policía judicial se lo notifique personal-

(300) Sobre la misma, ampliamente: CASSANO, M., «Restituzione nel termine e abolizione della contumacia: Il residuo ambito di applicabilità dell'art. 175 CPP», en VV. AA. (a cura di Carlotta Conti, Antonella Marandola e Gianluca Varraso), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, Padova, 2014, pp. 207 y ss.; CHINNICI, D., «Sospensione del processo nei confronti degli irreperibili», en VV. AA., *Il libro dell'anno del diritto 2015*, ed. Giovanni Treccani, Roma, 2015, pp. 573 y ss.; CONTI, C., «Processo in absentia a un anno dalla riforma: praesumptum de preasumpto e spunti ricostruttivi», en *Diritto penale e processo*, 2015, pp. 461 y ss.; DEI-CAS, E. A. A., «Il procedimento penale nei confronti di imputati irreperibili tra giurisprudenza della Corte Europea e normativa interna», en VV. AA., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., pp. 189 y ss.; FOCARDI, F., «Le nuove ricerche e la revoca della sospensione», en VV. AA. *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 2014, pp. 273 y ss.; MANGIARACINA, A., «Il tramonto della contumacia e l'affermazione di un'assenza multiforme», en *La Legislazione Penale*, 4, 2015, pp. 556 y ss.; MOSCARINI, P., «Una riforma da tempo necessaria: l'abolizione della contumacia penale e la sospensione del processo contro l'imputato irreperibile», en VV. AA. *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 2014, pp. 239 y ss.; SANTALUCIA, G., «Il processo in absentia e il giudizio di appello», en VV. AA., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 2014, pp. 295 y ss.; TONINI, P., e CONTI, C., «Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"», en *Diritto penale e processo*, 2014, pp. 509 y ss.; TONINI, P., e INGENITO, M., «La sospensione del processo contro l'irreperibile e la frattura legislativa tra vecchia contumacia e nuova assenza», en VV. AA. *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 2014, pp. 179 y ss.; VV. AA. (a cura di Daniela Vigoni), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, G. Giappichelli, Torino, 2014.

(301) Y del propio Tribunal Constitucional italiano, así en Sentencia núm. 317 de 4 de diciembre de 2009, en donde se exponen las fallas del art. 175 («restituzione nel termine») desde la óptica de las garantías procesales previstas constitucionalmente.

mente al imputado», siendo que si dicha notificación resulta infructuosa el juez debe acordar la suspensión del proceso («il giudice dispone con ordinanza la sospensione del processo nei confronti dell'imputato assente»), salvo, claro es, los supuestos que procediera dictar una sentencia absolutoria porque concurriera algunos de los supuestos previstos en el art. 129, esto es, que el hecho no existiera o no fuera delito, que el imputado no fuera su autor, que el delito ya estuviera extinguido por alguna de las causas previstas en la ley o que faltara algún requisito de procedibilidad. Durante la suspensión del proceso, el juez puede, a petición de parte, realizar prueba anticipada, esto es, la que no pueda demorarse hasta la celebración del juicio (art. 420 *quater*, núm. 3).

Y, ¿cuáles son, entonces, los supuestos en lo que no procede la suspensión del proceso, sino el enjuiciamiento en ausencia? Pues los previstos en los artículos 420 bis antes citado(302); a saber:

1. Cuando el imputado, éste detenido o libre, haya expresamente renunciado a asistir a la misma (art. 420 bis, núm. 1). Se hace hincapié en la necesidad de que la citada renuncia sea expresa.

2. Supuestos en los que se equipara la existencia de la antes señalada renuncia por concurrir alguno de los que la doctrina italiana llama «hechos sintomáticos», previstos en el art. 420 bis núm. 2, a saber: que el imputado en el curso del procedimiento ya hubiera declarado o fijado un domicilio; que se encontrase detenido o sometido a una medida cautelar; cuando hubiera designado un abogado particular («difensore di fiducia»); cuando hubiera sido citado mediante una notificación personalmente recibida, tuviera cabalmente conocimiento del proceso o se sustraiga voluntariamente a dicho conocimiento. Se trata pues de, a diferencia de la renuncia expresa recogida en el núm. 1, supuestos de renuncia tácita, pues la misma se infiere de los citados «fatti sintomatici».

3. Casos de abandono del juicio, esto es, cuando el acusado, una vez comparecido, abandona de manera voluntaria la Sala o no comparece a las siguientes sesiones del juicio (art. 420 bis núm. 2 *in fine*).

En todos estos casos, al imputado ausente se le considera procesalmente presente en el proceso a través de la representación que del

(302) Aunque el art. 420 *quater* hace referencia también a los supuestos del art. 420 *ter*, lo previsto en este precepto no es una suspensión del proceso por ausencia propiamente dicha, sino simplemente un aplazamiento de la vista por incomparecencia del imputado o su Letrado por impedimento. Así el art. 420 *ter* dispone que cuando el imputado (o su letrado), aún en el caso de estar detenido, no comparece por voluntad propia, sino por concurrir un impedimento ajeno a la misma (caso fortuito, fuerza mayor u otro legítimo impedimento), el juez debe aplazar la vista, disponiendo que se le vuelva a citar.

mismo hace su abogado y el proceso continúa en su ausencia, siendo que, si el imputado aparece antes de dictarse resolución del mismo, el juez, incluso de oficio, revoca el acuerdo de proceder en ausencia (art. 420 bis núm. 4), siendo que si el imputado aporta prueba que acredita que su ausencia fue debida a una falta de conocimiento de la celebración del proceso que no le es imputable o por concurrir un impedimento por causa de caso fortuito, fuerza mayor u otro impedimento legítimo, se aplaza la audiencia y el imputado puede pedir la práctica de prueba o repetición de la ya practicada (art. 420 bis 4).

Lógicamente si el imputado-acusado no comparece antes de terminar el proceso, éste concluye con el dictado de la correspondiente sentencia, siendo que si es luego de la misma cuando comparece el acusado-condenado, éste puede invocar, ex art. 604.5 bis (precepto introducido con la reforma de 2014), la nulidad de la sentencia demostrando que la misma se produjo fuera de alguno de los supuestos en los que se permitía en enjuiciamiento en ausencia antes vistos, o dicho a la inversa, que debió de procederse a la suspensión del proceso de conformidad con lo dispuesto en el art. 420 *quater*. Anulada en su caso la sentencia dictada en ausencia, por concurrir alguno de los defectos señalados, el citado art. 604.5 bis prevé que el juez de la apelación ordenará la retroacción de las actuaciones a la Instancia («Il giudice di appello annulla altresì la sentenza e dispone la restituzione degli atti al giudice di primo grado»)(303), entendiendo aquí la doctrina(304) que, pese a que la ley no da solución expresa al respecto, se ha de entender que dicha retroacción conlleva la invalidación de lo actuado en el juicio de primera instancia, pues lo contrario supondría no solo una conculcación del derecho de defensa sino del principio de contradicción. Lógicamente, estas previsiones vienen a sustituir a la «restituzione nel termine», en la regulación que a la misma daba el hasta ahora art. 175.2, quedando ésta, a partir de la reforma de 2014, circunscrita a los supuestos de condena del ausente en el procedimiento especial de «procedimiento per decreto» (procedimiento escrito para delitos castigados solo con pena de multa, similar a nuestro infrautilizado procedimiento por decreto de adopción), impuesta mediante «decreto penale».

(303) Similar mecanismo es previsto para los casos de la sentencia dada en casación. *Vide* arts. 623.1 y 625ter.

(304) CANZIO, G., «Il processo in absentia a un anno dalla riforma: le ricadute sui giudizi di appello e di cassazion», en *Diritto penale e processo*, vol. 21, 2015, p. 874.

III.8 Los Tribunales Penales Internacionales

No queremos terminar este epígrafe sin hacer una breve referencia a la regulación que tiene la rebeldía penal en las causas que se siguen en los distintos Tribunales Penales Internacionales que, históricamente, se han ido constituyendo para enjuiciar delitos de genocidio, crimines de guerra y de lesa humanidad conformadores del que se ha venido en llamar Derecho internacional humanitario. Ya dijimos que la institución de este tipo de Tribunales se ha hecho a caballo entre los modelos del proceso penal del *Common Law* y del *Civil Law*, lo que ha llevado a algún autor⁽³⁰⁵⁾ a, de manera crítica, definirlos como una especie de Frankenstein procesal en los que, de manera peligrosa, se combinan elementos procedentes de distintas culturas jurídicas, lo que produce importantes disfunciones en aspectos nucleares como las garantías en la instrucción, el rol desempeñado por las víctimas, el modelo de defensa y representación del acusado, o el sistema de recursos⁽³⁰⁶⁾. Y las críticas no son nuevas, pues se remontan ya a la creación del más famoso «Tribunal Penal Internacional»⁽³⁰⁷⁾ conocido en la historia⁽³⁰⁸⁾.

(305) SKILBECK, R., “Frankenstein’s Monster. Creating a New International Procedure”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, núm. 2, 2010, pp. 451 y ss.

(306) Ampliamente en este sentido, *vide* la obra colectiva, CARTER, L., and POGAR, F. (eds.), *International Criminal Procedure (The Interface of Civil Law and Common Law Legal Systems)*, Edward Elgard Publishing Inc., Cheltenham (UK) – Northampton (USA), 2013.

(307) Entrecomillamos Tribunal Penal Internacional porque como bien se ha subrayado, tanto el Tribunal de Núremberg como el de Tokyo deberían catalogarse más certeramente como «tribunales multinacionales», ya que solamente podían considerarse representativos de una parte de la comunidad internacional (los vencedores de la II Guerra Mundial). En este sentido, véase DELGADO CÁNOVAS, J. B., *Naturaleza y estructura básica del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*, Comares, Granada, 2000, pp. 6 y s.

(308) En efecto, respecto al Tribunal de Núremberg ya advertía Quintano: «Lo verdaderamente insólito desde el punto de vista procesal, en el juicio de Núremberg, fue la inexistencia de una instrucción previa por separado, dándose el caso extraordinario de un proceso criminal desarrollado prácticamente en una sola etapa, en que instrucción y juicio se ejercitaron por el mismo órgano jurisdiccional. Explicable tan grave anomalía por razones prácticas y políticas, es deseable que ese precedente no sirva a la hora de estructurar un procedimiento criminal internacional de carácter permanente. Tampoco pudo favorecer a la unidad procesal, como puede imaginarse, la diversidad de las técnicas anglo-sajonas y continental europeas, con la añadidura de las rusas, bien que en la práctica prevaleciesen casi siempre las primeras. Ello, que en lo material penal pudo ser y fue un defecto, vale como mérito en lo procesal, por suponer el procedimiento anglosajón el de más segura garantía en favor de los incul-

En este contexto, y en cuanto a la rebeldía penal, hemos de señalar que ya en los juicios de Núremberg se admitió la posibilidad de que alguno de los acusados pudiera ser juzgado en rebeldía, siendo así que textualmente lo permitía el art. 12 del *Estatuto Constituyente del Tribunal Militar Internacional de Núremberg*(309), firmado en Londres el 8 de agosto de 1945 por las potencias aliadas, según el cual, «El Tribunal tendrá derecho a proceder contra una persona ausente acusada de los crímenes señalados en el artículo 6.º (léase crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad) de esta Carta, si no ha sido encontrada o si el Tribunal por cualquier razón considera necesario, en defensa de los intereses de la justicia, proceder a la audiencia en ausencia del acusado». No obstante, de una lectura general del Estatuto se evidencia que se partía del principio general de la presencia del acusado en el juicio, siendo que la regulación procedimental del mismo se hacía sobre dicha premisa, previéndose su intervención al inicio y fin del plenario (art. 24, b y j) y reconociéndosele el derecho de defensa, el cual comprendía un haz de derechos entre los que se encontraban desde ejercer él mismo su defensa, a participar activamente en el interrogatorio de testigos (art. 16). No es dable obviar que la importancia de las penas que en los juicios de Núremberg (*Nürnberg Prozesse*) se podían imponer, que llegaban hasta la pena de muerte, y, sobre todo, la publicidad y ejemplaridad de la justicia que se quería impartir, hacían deseable la preferente presencia de los acusados en el juicio, siendo así que de los veintidós encartados en dicho procedimiento (juicio principal), solo uno de los diecinueve condenados (tres, fueron absueltos por falta de pruebas), Martin Bormann, lo sería en rebeldía, imponiéndosele la pena capital, si bien con la prevención de que si fuera habido y antes de la ejecución, si existieran nuevas pruebas, la condena de muerte podría ser revisada, y a la luz de las mismas, ser aminorada o incluso anulada por el Consejo de Control para Alemania, conforme a lo dispuesto en el art. 29 del Estatuto(310).

pados». QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho penal internacional e Internacional penal*, CSIC, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955, tomo I, p. 428.

(309) Su texto íntegro puede verse en QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho penal internacional...*, cit., pp. 408 y ss.

(310) Véase el documento oficial *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International, Nuremberg, 14 Novembre 1945 – 1er. Octobre 1946*, Tribunal Militaire International Nuremberg, Nuremberg, 1947, p. 367, en donde leemos: «Au cas où Bormann serait encore en vie et viendrait à être arrêté, le Conseil de Contrôle pour l'Allemagne pourrait, en vertu de l'article 29 du Statut, examiner tout fait atténuant et modifier ou réduire la condamnation s'il le juge convenable». Resaltando este dato, MCGOVERN, J., *Martin Bormann*, William Morrow & Co., New

Por su parte, y en cuanto al conocido generalmente como «Tribunal de Tokyo», esto es, el *International Military Tribunal of Far East*, creado el 19 de enero de 1946 para depurar las responsabilidades criminales cometidas en la II Guerra Mundial por los dirigentes de Japón (excluido su emperador), señalar que su estatuto sigue el modelo del de Núremberg, si bien con algunas notables diferencias (como la mayor participación de países en la conformación del Tribunal)(311), siendo que el enjuiciamiento en ausencia fue contemplado de particular manera en el art. 4, según el cual «Si un miembro está ausente en cualquier momento y luego puede estar presente, participará en todos los trámites procesales subsiguientes, a menos que declare en audiencia pública que está descalificado debido a la falta de familiaridad con los trámites que tuvieron lugar en su ausencia». Sin embargo, y a diferencia de su homónimo del Núremberg, en el de Tokio no hubo ningún enjuiciamiento en rebeldía.

Desde entonces se han creado *ad hoc* varios Tribunales Penales Internacionales para enjuiciar las responsabilidades penales dimanantes de conflictos bélicos, siendo que en la regulación de los mismos se han observado las deficiencias antes mencionadas, muy particularmente en cuanto a una más precisa reglamentación del estatuto del rebelde penal(312), siendo que en la mayoría de ellos no se ha previsto, en principio, la posibilidad de su enjuiciamiento, partiendo pues, del principio de que el acusado ha de comparecer a presencia del Tribunal, si bien hay notables excepciones.

Así, por ejemplo, en el caso del *Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia*, creado por Resolución 827, de 25 de mayo de 1993, del

York, 1968, p. 178. No obstante, estas previsiones nunca tuvieron en realidad virtualidad alguna, toda vez que Bormann había fallecido el 2 de mayo de 1945 en Berlín, como consecuencia del bombardeo aliado, siendo encontrados sus restos en 1973, cuando unos obreros realizaban trabajos de excavación en la calle *Invalidenstraße*, junto a la estación Lehrter (Berlín Oeste), siendo identificados forensemente gracias a su radiografía dental, y declarado judicialmente fallecido en el año 1998, luego de estudios genéticos de sus huesos.

(311) *Vid.* QUINTANO R., *Tratado de Derecho penal internacional...*, cit., pp. 433 y ss., y más ampliamente INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL OF FAR EAST (ed. Donald Cameron Watt, R. John Pritchard and Sonia M. Saide), *The Tokyo War Crimes Trial*, Garland, 1981, y la monografía de HORWITZ, S., *The Tokyo Trial*, Carnegie Endowment for International Peace, New York, 1950 (existe moderna edición, Literary Licensing, LLC, 2013).

(312) Véase ampliamente, WHEELER, C. H., *The right to be present at trial in International Criminal Law*, ed. Brill, Leiden, 2018, esp. pp. 103 y ss.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas(313), y que cerró el 31 de diciembre de 2017(314), su Estatuto regula un procedimiento en el que el acusado está en todo momento a disposición del Tribunal, siendo que ya en el art. 20.2 se dispone que «La persona en contra de la cual se haya confirmado un procesamiento será detenida en virtud de una resolución o una orden de arresto del Tribunal Internacional, se le informará de inmediato de los cargos que se le imputan y se la remitirá al Tribunal Internacional», reconociéndosele al acusado (art. 20.2) su «derecho a ser oído públicamente» y a «hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor» (art. 21.4.d). Nada cambia en este sentido, en la reglamentación dada en las Reglas de Procedimiento y Prueba de este Tribunal, aprobadas el 11 de febrero de 1994(315).

Cosa distinta acontecía en el *Tribunal Criminal Internacional encargado de juzgar a los presuntos responsables de actos de genocidio o de otras graves violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda*, creado por Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 8 de noviembre de 1994(316), y que dejó de funcionar el 31 de diciembre de 2015(317), pues aquí, si bien en su Estatuto se siguen las mismas previsiones que lo contemplado para el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia(318), es la regla 82 bis de las Reglas sobre el Procedimiento y Prueba de este Tribunal, aprobadas el 29 de junio de 1995, la que dispone que si el acusado es reacio a comparecer ante el Tribunal, éste puede acordar el enjuiciamiento en su ausencia, siempre que concurren

(313) Véase su texto en el BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1993, pp. 33001 y ss., en donde se publica a efectos de su incorporación al ordenamiento jurídico español. Solo recordar que este Tribunal solo puede imponer penas privativas de libertad y no pena capital (art. 24 de su Estatuto).

(314) Desde entonces es el *Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales*, con sede en La Haya (Holanda), creado por Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1966/2010, de 22 de diciembre de 2010, el que ejerce parte de sus funciones. Con fecha 5 de noviembre de 2018 se han acordado las reglas que regulan el tratamiento que han de recibir los detenidos que se encuentren a disposición de este *Mecanismo* en espera de juicio o de resolverse la apelación de su sentencia.

(315) *Vide*, especialmente reglas 74 y ss., reguladoras del plenario ante el Tribunal.

(316) Véase su texto en el BOE núm. 123, de 24 de mayo de 1995, pp. 15183 y ss.

(317) Desde entonces es el *Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales*, con sede en Arusha (Tanzania), creado por Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1966/2010, de 22 de diciembre de 2010, el que ejerce parte de sus funciones.

(318) Así en su art. 14 hay una remisión al Reglamento de aquél, contemplándose similares previsiones de detención y puesta a disposición del Tribunal (art. 18.2) y derechos del acusado (art. 20).

tres requisitos: que hubiera comparecido personalmente en la comparecencia previa prevista en la regla 62 (en donde se le notifica formalmente la acusación y los derechos que le asisten), que hubiere sido formalmente notificado, requiriéndosele que se presente a juicio, y que esté representado en el plenario por su abogado.

En cuanto a otros Tribunales Internacionales especiales creados *ad hoc* (319), señalar que el *Tribunal Especial para Sierra Leona* (320), creado luego de Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas núm. 1315, de 14 de agosto de 2000, y el Acuerdo entre Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona sobre el establecimiento de este Tribunal (321), acordado el 16 de enero de 2002, no cuenta en su reglamentación con previsión expresa alguna del enjuiciamiento del rebelde, y si bien en el art. 14.1 de su Estatuto hace una remisión a las reglas procedimentales del Tribunal Internacional de Ruanda, que las entiende aplicables, *mutatis mutandi*, a su procedimiento, lo cual en principio abriría una vía de entrada del posible enjuiciamiento en ausencia, en los términos señalados en la regla 82 bis antes señalada para el Tribunal de Ruanda, entendemos que ello no es así, pues dicha regla 82 bis fue introducida en las Reglas Procedimentales de aquél Tribunal en las enmiendas adoptadas en mayo de 2003, por lo que, a fecha de aprobación del Estatuto del Tribunal de Sierra Leona (2002), dicha regla no existía, siendo que el art. 14 señalado prevé asumir solo las reglas vigentes en dicho momento.

Difusa es la posibilidad de enjuiciamiento en rebeldía en las causas seguidas en las *Salas Especiales de los Tribunales de Camboya*, creadas por Ley de 10 de agosto de 2002 (modificada el 27 de octubre de 2004), cuya regulación procedimental la encontramos en el Acuerdo, de 6 de junio de 2003, adoptado entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al procesamiento, con arreglo al Derecho de Camboya, de los crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática. En virtud del art. 2 del Acuerdo, éste se aplica en Camboya a través de la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales, tal como fuera aprobada y modificada, y así, si bien no está contemplado en la citada Ley el enjuiciamiento en rebeldía, el art. 33,

(319) Para un análisis exhaustivo de estos Tribunales puede verse ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A., and KLEFFNER, J. K. (eds.), *International Criminal Courts – Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

(320) Sobre el mismo, ampliamente, BLANC ALTEMIR, A., «El Tribunal Especial para Sierra Leona: un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 19, 2003, pp. 101 y ss.

(321) Como Anexo a dicho Acuerdo, figuraba el Estatuto del Tribunal.

modificado, establece que «si los procedimientos existentes no abordasen una cuestión en particular, o si hubiere incertidumbre con respecto a la interpretación o aplicación de dichos procedimientos, o si se pusiere en tela de juicio su compatibilidad con las normas internacionales, se podrán consultar las reglas de procedimiento establecidas en el plano internacional». Ello hipotéticamente permitiría que, planteado el caso del enjuiciamiento de un rebelde penal, el Tribunal, al amparo del citado precepto y para colmar la laguna de su reglamentación, pudiera acudir a otros textos internacionales, entre ellos los de la Corte Penal Internacional, en busca de criterios hermenéuticos que hicieran dable juzgar al acusado sin su presencia.

Más explícita es la reglamentación de las *Salas Especiales de los Tribunales de Timor Oriental*, instituidas por el Reglamento n.º 2000/15 de la Administración Transitoria de las Naciones Unidas en Timor Oriental, de 6 de junio de 2000, siendo que en sus Normas provisionales del procedimiento penal, aprobadas el 25 de septiembre de 2000, se contempla (Sección 5.1) que si bien se parte de la regla general de que «no se realizará el juicio de una persona en ausencia de ésta, salvo en las circunstancias definidas en el presente reglamento», dichas circunstancias se concretan en una doble posibilidad de enjuiciamiento sin la presencia del acusado: 1) cuando, el acusado caiga en rebeldía o bien manifiesta su voluntad de ser enjuiciado en ausencia, siempre que se respete la comparecencia personal exigida para la audiencia preliminar prevista en la sección 29 (sección 5.2); y 2) cuando hubiera tenido que ser expulsado del plenario en ejercicio de la policía de estrados previste en la sección 48.2 (sección 5.3). Y en cuanto al *Alto Tribunal Penal Iraquí*(322), creado tras la intervención norteamericana en Iraq para derrocar a Saddam Husein, decir que, instituido el 10 de diciembre de 2003 (con clara influencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional), cuenta con Reglas de Procedimiento y Prueba aprobadas el 23 de diciembre de 2004, siendo que en la regla 56 de las mismas se señala que cabe el enjuiciamiento en ausencia del acusado de conformidad con lo previsto al respecto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal Iraquí, Ley 23/1971, en donde efectivamente así se prevé (arts. 149, 183.2 y 243 a 248).

Por su parte, el *Tribunal Especial para el Líbano*, creado por Resolución núm. 1664 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 29 de marzo de 2006, para juzgar a los responsables del atentado contra ex el primer ministro libanés, Rafiq Hariri que tuvo

(322) Hasta el año 2005 llamado *Tribunal Especial Iraquí*. Sobre el mismo, ampliamente, NEWTON, M. A., «El Alto Tribunal Penal Iraquí: controversias y contribuciones», en *International Review of the Red Cross*, núm. 862, junio 2006, pp. 1 y ss.

lugar el 14 de febrero de 2005, cuenta con un Estatuto, aprobado por Resolución núm. 1757 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 30 de mayo de 2007, que es sin duda el que aporta una mayor reglamentación del enjuiciamiento en ausencia del acusado, de todos los hasta ahora estudiados(323), pues si bien reconoce al acusado el derecho a estar presente en el proceso (art. 16.d), contempla expresamente y de manera clara el enjuiciamiento en ausencia del acusado (art. 22), haciéndolo además, y esto es muy significativo, de manera imperativa, al señalar que (art. 22.1): «El Tribunal Especial celebrará el juicio en ausencia del acusado cuando éste: a) Haya renunciado expresamente y por escrito a su derecho a estar presente; b) No haya sido entregado al Tribunal por las autoridades estatales competentes; c) Se haya dado a la fuga o se encuentre en paradero desconocido, siempre que se hayan adoptado todas las medidas razonables para asegurar su presencia ante el Tribunal e informarle de la acusación confirmada por el Juez de Instrucción». Y como garantías de este enjuiciamiento *in absentia*, se prescribe que el Tribunal velará para que (art. 22.2): «a) El acusado sea notificado, se le entregue el escrito de acusación o se le informe de otro modo de la acusación por medio de anuncios en los medios informativos o de una comunicación dirigida al Estado de residencia o nacionalidad; b) El acusado designe un letrado defensor de su elección, cuyos honorarios serán sufragados por el propio acusado o, cuando éste acredite su derecho al beneficio de justicia gratuita, por el Tribunal; c) La Oficina de Defensa del Tribunal asigne un letrado defensor al acusado si éste no lo ha nombrado por sí mismo o se ha negado a hacerlo, a fin de garantizar la plena representación de sus derechos e intereses». Como última garantía se prevé (art. 22.3) que, si el acusado no hubiera designado un letrado defensor de su elección y fuera condenado en ausencia, tendrá derecho a que el Tribunal Especial repita el juicio en su presencia, a no ser que acepte el fallo.

Finalmente, y en lo referente al Tribunal Penal Internacional de carácter permanente que representa la *Corte Penal Internacional*, creada a iniciativa de Naciones Unidas en Roma el 17 de julio de 1998(324), hemos de decir que su Estatuto es claro al afirmar que «el acusado estará

(323) Ampliamente, al respecto, WHEELER, C. H., *The right to be present at trial in International Criminal Law*, cit., esp. el capítulo “The evolution of the right to be present since the introduction of the Special Tribunal for Lebanon’s Statute”, pp. 237 y ss.

(324) Instrumento de Ratificación por España publicado en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002, pp. 18824 y ss.

presente durante el juicio» (art. 63.1)(325), lo que explica la detenida regulación que el mismo hace de los mecanismos de cooperación internacional para hacer efectiva la puesta a disposición de los acusados ante la Corte (arts. 86 y ss.). Así pues, las únicas referencias al enjuiciamiento en ausencia del acusado las encontramos en las Reglas de Procedimiento y Prueba aprobadas el 9 de septiembre de 2002, concretamente en las reglas 124 a 126, referidas, en cualquier caso, solo respecto a la comparecencia en la audiencia previa, en la que se produce la confirmación de los hechos que se le imputan al mismo.

IV. LA REBELDÍA PENAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO

IV.1 Notas características de nuestro sistema

A la vista de lo expuesto en el anterior epígrafe, podemos comenzar resaltando una serie de notas características que, a grandes rasgos, califican el sistema que nuestro ordenamiento jurídico hace de la rebeldía penal. Y es que, de lo estudiado, podemos afirmar que existen dos modelos básicos a la hora de dar respuesta a la rebeldía penal(326), entendida ésta en el sentido amplio como ausencia de la parte pasiva del proceso penal: o entender que el principio de audiencia obliga a que el imputado se halle personalmente a disposición de la justicia en todo momento, por lo que la única solución posible es la suspensión del proceso mientras aquél no sea habido; o bien, relativizar la citada exigencia y, por tanto, permitir que el proceso continúe, siendo que, llegado el momento, el rebelde (llámese así o denomínesele ausente, contumaz, *latitante*...) pueda ser juzgado, siempre que se le otorguen una serie de garantías. Lógicamente estos dos «modelos puros» presentan luego diversas manifestaciones, en las que, como acontece en la mayoría de las ocasiones, los mismos revisten connotaciones eclécticas, si bien que lo importante para encuadrar a un ordenamiento dentro de uno u otro modelo es el principio general y dominante que lo rige. Sin embargo, podríamos concluir afirmando que, como vimos,

(325) Previéndose (art. 63.2) solo excepcionales y extremas medidas de expulsión si el acusado perturba «continuamente» el desarrollo normal del juicio, permitiéndose en dicho caso que el mismo dé instrucciones desde fuera a su abogado a través de «tecnologías de comunicación».

(326) De los mismos, ya se hacía eco de manera muy gráfica Herce Quemada en GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal*, 7.^a ed., Artes Gráficas y Ediciones S. A., Madrid, 1972, p. 368.

no existe ningún sistema puro que lleve el principio de audiencia a sus últimas consecuencias, ni aún en los ordenamientos que serían encuadrables en el primer modelo, como sería el caso de los ordenamientos enmarcados en el *Common Law*, en donde, como ya estudiamos, se ha observado una progresiva evolución.

Pues bien, nuestro sistema procesal penal vendría así caracterizado en esta materia por un eclecticismo que combinaría el principio preponderante de suspensión del proceso (estatus del rebelde en sentido estricto), con la posibilidad del enjuiciamiento en ausencia del acusado en determinadas condiciones, siendo que el principal factor determinante de tal diferenciación será la efectiva notificación y la gravedad del delito que se ventila en el proceso penal en cuestión. En este sentido, el modelo más parecido, aun con las diferencias ya expuestas, sería el alemán. Ahora bien, en primer lugar, y a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos, como el citado alemán, y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nos encontramos con que nosotros tenemos perfectamente asumida la diferencia entre estas dos figuras procesales, que cuentan con un régimen jurídico propio: la del ausente y la del rebelde, las cuales, lejos de quedar englobadas bajo una misma terminología, reciben así un tratamiento diferenciado, si bien que, como ya explicamos en el epígrafe II, la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, por una confusión histórica al transportar la reglamentación contenida en la *Compilación general de 1879*, rubricó el actual Título VII del Libro IV con el mal heredado nombre de «Del procedimiento contra reos ausentes», en lugar de denominarse «De la declaración de rebeldía del procesado y de sus efectos», que sería lo más lógico y coherente con la fuente normativa de donde trae causa(327).

Junto a ello, hemos de catalogar nuestro sistema de especialmente garantista, pues entendemos que con el mismo se cumplen, de manera

(327) Y es que como dijimos, la *Compilación General* de 1879, en sus artículos 372 a 383 daba regulación a «De la declaración de rebeldía del procesado y de sus efectos», en similares términos a como se hacía en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (arts. 128 a 140). Sin embargo, junto a ello, la *Compilación*, de una manera desubicada, copiaba el art. 19 de la «Ley provisional sobre reformas en el procedimiento para plantear el recurso de casación en los juicios criminales», de 18 de junio de 1870, haciéndolo en el solitario artículo 859, que integraba el Capítulo VII del Título IV (Del Plenario), titulado «De las causas contra reos ausentes». La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 lo que haría sería mezclar regulación y *nomen legis*, de tal forma que transportaba la regulación dada en la *Compilación* a los rebeldes en los citados arts. 372 y siguientes (ahora recogidos en los arts. 834 y ss.), pero bajo la rúbrica del antiguo art. 859, solo sustituyendo «De las causas», por «Del procedimiento» contra reos ausentes.

cualificada, ese «núcleo duro» fijado por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a que ya hicimos referencia en el anterior epígrafe. Baste señalar que la prioritaria garantía, concretada en que nadie sea juzgado penalmente en su ausencia si es que no tiene cumplido conocimiento de que se sigue contra él un proceso, queda en el Derecho español plenamente colmada. Ahora bien, esta reglamentación diferenciada de rebelde/ausente, está, no obstante, en nuestro Derecho vigente, trufada de algunas deficiencias y defectos técnicos que vamos a continuación a abordar.

IV.2 Fundamento y naturaleza jurídica de la presencia del imputado

No es difícil concretar cuáles son las razones que han llevado a nuestro legislador, como al del resto de ordenamientos jurídicos comparados, a tener que dar respuesta jurídica a los supuestos en los que el imputado (en sentido amplio) no se encuentra, en las diversas fases del proceso, a disposición de la justicia. Podemos recordar aquí las precisas y preciosas palabras del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, cuando en la conocida sentencia del caso *Tortora* afirmó que «Hoy más que nunca, el interés público exige que los procesos penales sean tramitados con diligencia, y cuanto mayor sea el retraso entre la acusación y la fecha del juicio, mayor será la probabilidad de que los testigos no puedan aparecer o que sus recuerdos se hayan desvanecido y su testimonio sea menos convincente (...). La ausencia consciente y deliberada de un acusado no priva al tribunal de la potestad para iniciar el juicio y proseguirlo hasta que se alcance un veredicto»(328). Y en similar línea afirmará nuestra Sala 2.^a del Tribunal Supremo que «El fundamento de la continuación del juicio oral, pese a la ausencia de uno de los acusados declarado rebelde, radica en la necesidad de enjuiciar en el tiempo debido los hechos objeto del proceso penal basado en la necesidad de que éste no haya comparecido injustificadamente y obra en la causa la declaración de rebeldía que impide la celebración del juicio contra él, y la posibilidad de su celebración frente a otros imputados que deben ser enjuiciados sin que deba depender de las hipotéticas situaciones procesales de un imputado la actuación del sistema de enjuiciar hechos»(329). Podríamos, pues, resumir la citada fundamentación en el principio de razonabilidad que exige balancear los derechos que en lid concurren en

(328) Sentencia de 24 de julio de 1972, caso *United States versus Tortora* [464 F.2d 1202 (2d Cir.)], ap. 29.

(329) STS 934/2003, de 24 de junio, (FJ 1.º).

el proceso penal, en aras a una adecuada Administración de Justicia. Y es que no debemos olvidar que, como reiteradamente ha sostenido el Tribunal Constitucional, «la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 CE»(330).

Más problemática es en cambio la determinación de la naturaleza jurídica de la citada presencia del imputado, máxime si tenemos en cuenta que, como acertadamente se ha subrayado, eso es lo que precisamente distingue a la rebeldía penal respecto de su homónima civil(331). En este sentido, queda fuera de toda duda de que existe un derecho del «imputado» (investigado/acusado/condenado) de comparecer personalmente en el proceso y participar activamente en el mismo, pues dicho derecho queda incardinado en el derecho fundamental del derecho a la defensa (art. 24.2 de la CE) y reconocido, como ya hemos estudiado, por los Tratados Internacionales ratificados por España y por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ahora bien, a ello se han de realizar una serie de precisiones.

En primer lugar, este derecho no tiene la misma virtualidad en todas las fases del proceso ni en todas ellas encuentra la misma razón de ser. Así, en la fase de instrucción y de enjuiciamiento se entiende capital la presencia del investigado/acusado para poder desplegar su derecho de defensa, máxime cuando su persona puede ser objeto mismo de prueba, no solo con la posibilidad de declarar en fase instructora y ser interrogado en el plenario, sino también de quedar sometido a otro tipo de diligencias y pruebas que podrían ir desde el reconocimiento en rueda hasta la obtención de restos biológicos del mismo para su posterior análisis. En este sentido, hemos de recordar que la doctrina del Tribunal Constitucional, desde su señera STC 186/1990, de 15 de noviembre, viene resaltando la trascendental e

(330) Por todas, SSTC 127/2000, de 16 de mayo, (FJ 3.º); 292/2000, de 30 de noviembre, (FJ 9.º); 198/2003, (FJ 7.º); 173/2011, de 7 de noviembre, (FJ 2.º), y 199/2013, de 5 de diciembre, (FJ 8.º).

(331) En este sentido afirma certeramente Garberí: «aunque las declaraciones de rebeldía que pueden recaer en los procesos civil y penal posean un mínimo común denominador, que no es otro que en de la constatación de la *ausencia de hecho o falta de comparecencia* del sujeto pasivo del procedimiento cuando es requerido para cumplir un determinado acto procesal, la distancia que, en muchos aspectos jurídicos, separa la una de la otra es considerable, debido fundamentalmente a la diferente naturaleza jurídica que la comparecencia ante el órgano judicial de la parte procesal pasiva reviste en los procesos civil y penal». GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del procedimiento contra reos ausentes (arts. 834-846)», en GIMENO SENDRA, V., CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., y GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos penales*, tomo VI, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 867 y s.

ineludible participación personal que ha de tener el imputado (ahora llamado «investigado» tras la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015), en la fase instructora, afirmando que en la primera fase jurisdiccional del procedimiento abreviado (fase de instrucción preparatoria o diligencias previas) la Ley ordena expresamente la intervención del imputado en la obligada comparecencia e interrogatorio judicial, en la que se le informará de sus derechos y de los hechos que se le imputan (art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento criminal), quedando así desde ese momento el investigado, ya como parte personada, facultado para «tomar conocimiento de lo actuado» y «formular las alegaciones que estime oportunas para su defensa», así como para «pedir cuantas diligencias estime pertinentes», sin perjuicio, como es obvio, de la facultad del juez para decidir sobre la utilidad de lo alegado e interesado. Con ello, según la citada sentencia, se permite satisfacer las exigencias que incluye el artículo 24 de la Constitución española para todo proceso, a fin de garantizar «el acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya... un acto punible y que dicho acceso lo sea en condición de imputad, para garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra ella, aun en la fase de instrucción judicial, situaciones de indefensión». De ello resulta que la acusación no puede dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de investigada «puesto que, de otro modo, se podrían producir, en la práctica, acusaciones sorpresivas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellas del juicio oral, aun cuando no hubieren gozado de la más mínima posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora». Además, «la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECrim), se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el juez de instrucción retrasa arbitrariamente la puesta en conocimiento de la imputación» (STC 273/1993, de 20 de septiembre, FJ 2.º).

En cambio, la participación personal del acusado decae en necesidad en la fase de recurso, pues ventilándose en la misma cuestiones eminentemente jurídicas se entiende en principio superflua su participación, al estar debidamente asistido de su Letrado, habiendo señalado expresamente la jurisprudencia que dicha falta de participación personal en modo alguno causa indefensión, pues, como leemos en la Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018, «la audiencia del condenado no es preceptiva en la vista de un recurso de apelación donde quien tiene que comparecer

para efectuar las correspondientes alegaciones es la dirección letrada del recurrente, al objeto de exponer los motivos en lo que basa su recurso de apelación. Ninguna indefensión se causa con ello al recurrente, ya que no interviene en la vista de una apelación, ni se le da la palabra, por lo que no existe la vulneración alegada. En cualquier caso, ante una alegación por un quebrantamiento de forma como el postulado, debe hacerse constar en qué medida se le ha causado indefensión, o perjuicio procesal en la vista, cuando quien interviene es el letrado del recurrente, y no éste»(332).

Y, contrariamente, en la fase de ejecución penal la participación personal del ya condenado se alza ineludible, ya que el mismo es en muchas ocasiones el «propio objeto de la sanción»(333) (así, por ejemplo, en las penas privativas de libertad o en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad), siendo el principio de personalidad del cumplimiento penal el que exige que sea el condenado el que cumpla personalmente la pena a él impuesta (lo que en puridad llevaría a tener que rechazar, por ejemplo, la multa que abona un tercero en nombre del penado). Ello no obsta a que debamos subrayar que, lógicamente, el penado sigue siendo titular de su derecho de defensa en fase de ejecución penal, pudiendo aquí desplegarlo en aras a defender sus legítimos intereses, así tanto en materia de acceso a sustitutivos penales como, propiamente, durante el cumplimiento de la pena (incidentes de acumulación de penas, abono de prisión preventiva, intervención ante la jurisdicción de vigilancia penitenciaria...). No obstante, resulta en este sentido de particular interés señalar que la doctrina constitucional del abuso de representación, de la que trataremos más adelante, precisamente se vio modulada en la STC 198/2003 en relación a la necesaria personación del penado en el trámite de revocación de su libertad condicional.

Pero si la comparecencia personal del investigado, acusado o penado en el proceso penal es un derecho, también es un deber, habiendo afirmado en este sentido el Tribunal Constitucional que «existiendo un deber jurídico de comparecencia personal para ejercer la defensa en el proceso penal, tanto en el proceso ordinario como en el procedimiento abreviado, debe reputarse en principio razonable y justificada una interpretación judicial de las normas procesales encaminadas a disuadir de la incomparecencia injustificada del investigado o acusado. El investigado o acusado debe estar en persona a disposición de los Tribunales; tiene, por tanto, el deber de

(332) STS 371/2018, de 19 de julio, (FJ 2.º).

(333) Resaltando este extremo, SERRA DOMINGUEZ, M., *Estudios de Derecho procesal*, ed. Ariel, Barcelona, 1969, p. 688.

comparecer al llamamiento del Tribunal, hasta el punto de que, de no hacerlo así, la orden de comparecencia puede transformarse en orden de detención, conforme determina el artículo 487 LECrim, así como el artículo 763 LECrim»(334).

Así, por lo tanto, nos encontramos que el sujeto pasivo del proceso penal tiene en nuestro ordenamiento el «derecho-deber» de comparecer personalmente ante el órgano judicial, un deber éste que en modo alguno puede entenderse que sea un mero deber moral, sino, antes al contrario, un auténtico deber jurídico, toda vez que su incumplimiento acarrea importantes consecuencias en el ámbito del Derecho(335), si bien que entre ellas no está, lógicamente, la absoluta laminación del derecho de defensa.

De la naturaleza híbrida del citado «derecho-deber» se deriva que su faz positiva, el derecho, tenga importantes connotaciones, siendo así que las posibilidades de su renuncia entendemos se encuentran seriamente limitadas, al punto de poder concluir, como ahora veremos, que dicho derecho en realidad no es renunciable, pues no puede entenderse como tal renuncia la existencia de la previsión legal del enjuiciamiento en ausencia o la dispensa al acusado de estar presente en todas las sesiones del juicio, cuando en ambos casos la misma queda sujeta a duras condiciones de admisibilidad.

En efecto. Como es sabido, en nuestro ordenamiento se prevé la posibilidad de que en el procedimiento abreviado se celebre el juicio en ausencia del acusado que se encuentra citado en legal forma, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en el artículo 786.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, requisitos entre los que figura la necesidad de que el enjuiciamiento en ausencia sea solicitado por el ministerio fiscal o la parte acusadora, y que el juez o tribunal, oída la defensa, entienda que «existen elementos suficientes para el enjuiciamiento». De ello se deduce que la celebración del juicio en ausencia no depende exclusivamente de la mera voluntad del acusado, quien, aunque libremente qui-

(334) SSTC 87/1984, de 27 de julio, (FFJJ 4.º y 5.º); 149/1986, de 26 de noviembre (FJ 2.º), y 24/2018, de 5 de marzo (FJ 4.º).

(335) Como ha subrayado la mejor doctrina constitucionalista, ni siquiera el derecho-deber del trabajo consagrado en el art. 35 de la Constitución española, puede entenderse que se trate de un mero deber moral, pues si bien es verdad que están constitucionalmente proscritos los trabajos forzados, ello no permite deducir que exista un «derecho a la pereza», ni que el legislador no tuviera cobertura constitucional para adoptar eventuales medidas legislativas (por ejemplo de índole fiscal) desfavorables para la holganza, al margen de las prestaciones personales obligatorias previstas en el art. 31.3 de la Constitución. *Vid. Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 432.

siera renunciar a su derecho a estar presente en el juicio, ello sería solo un requisito previo(336), pues lo determinante para la celebración del juicio en ausencia es la voluntad de las partes acusadoras de celebrar el juicio y la resolución final que en tal sentido adopte el juez o tribunal(337).

Por su parte, y en cuanto a la supuesta renuncia del acusado a estar presente en alguna de las sesiones del juicio hemos de señalar que, si bien ello no está previsto legalmente, la práctica (existencia de largos juicios cuyas sesiones se demoran incluso durante meses) ha impuesto que sea la jurisprudencia la que la haya acogido, siendo en tal sentido subrayable que el Tribunal Constitucional ha venido asumiendo la doctrina consolidada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que considera el derecho del acusado a estar

(336) En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional ha subrayado la exigencia de dicha voluntad de no comparecer y la necesaria acreditación de la misma, como requisito previo del enjuiciamiento en su ausencia, afirmando que «Este Tribunal tiene declarado que (i) el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) exige la presencia del acusado en el juicio oral por la relevancia de las consecuencias que pueden derivarse del procedimiento penal y la circunstancia de que el juicio oral es el momento decisivo en el que con publicidad y plena contradicción se hace efectivo el derecho de defensa debatiendo acerca de la fundamentación de las pretensiones de condena y la fuerza de convicción de las pruebas aportadas por la acusación y la defensa para desvirtuar la presunción de inocencia; (ii) en aquellos supuestos en que esté legalmente establecido, la posibilidad de celebrar un juicio oral en ausencia del acusado queda condicionada, entre otros aspectos, a que se haya garantizado suficientemente su presencia, dándole la oportunidad de comparecer mediante una citación que produzca un conocimiento efectivo y, por tanto, verificando que la ausencia es el resultado de una decisión voluntaria» (STC 77/2014, de 22 de mayo, FJ 2.º).

(337) Similares argumentos, *mutatis mutandi*, serían predicables respecto al enjuiciamiento de delitos leves cuyos acusados residen fuera de la demarcación del Juzgado (estos están exentos de la obligación de comparecer por así disponerlo el art. 970 de la LECrim), ya que el art. 971 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal expresamente señala que «la ausencia injustificada del acusado no suspenderá la celebración ni la resolución del juicio, siempre que conste haberle citado con las formalidades prescritas en esta Ley, a no ser que el Juez, de oficio o a instancia de parte, crea necesaria la declaración de aquél». No obstante, sobre esta posibilidad de enjuiciamiento en ausencia, el Tribunal Constitucional ya criticó hace dos décadas la falta de previsión expresa en la Ley del mecanismo de revisión con que el condenado en ausencia podría alegar haber sido enjuiciado a espaldas de su conocimiento, afirmando en tal sentido que «Pues bien, puesto que en el juicio de faltas, pese a su menor entidad, se ventilan cuestiones de la misma índole que en los demás juicios penales y que, por lo tanto, afectan a los mismos derechos fundamentales, no es posible, desde un punto de vista constitucional, otorgar en el validez a la condena *in absentia* sin posibilidad de juicio rescisorio, sin que competa a este Tribunal sino, en su caso, a la jurisdicción ordinaria o al legislador, precisar cuál ha de ser, en concreto, la vía por la que ese juicio puede hacerse efectivo» (STC 135/1997, de 21 de junio, FJ. 6.º *in fine*).

presente en el juicio como un «derecho renunciabile», afirmando al respecto que «Esta jurisprudencia, según declara la STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 4.º, es coincidente con la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El primero ha establecido que la presencia del acusado en el juicio es un derecho básico de éste, pero que no se infringe el art. 6 del Convenio europeo de derechos humanos cuando el acusado, debidamente emplazado, decida libremente renunciar a su presencia en el juicio (STEDH de 23 de noviembre de 1993, caso Poitrimol c. Francia, § 35). El segundo ha afirmado, en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo y a la defensa (arts. 47 y 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), que el derecho del acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, pero que el acusado puede renunciar a ese derecho por su libre voluntad, expresa o tácitamente, siempre que la renuncia conste de forma inequívoca, se acompañe de garantías mínimas correspondientes a su gravedad y no se oponga a ningún interés público relevante. (STJUE de 26 de febrero de 2013, C-399/11, *asunto Melloni*, apartado 49)» (STC 77/2014, de 24 de mayo, FJ 2.º).

En este sentido, bien verdad es que con esta doctrina constitucional, en línea como decimos con la sentada por el Tribunal de Estrasburgo y del propio Tribunal de la Unión Europea, ya se adelanta lo que finalmente ha sido recogido en la Directiva 2016/343, de 9 de marzo, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, en donde se parte de entender dicha presencia como un derecho de la persona acusada y, por lo tanto, renunciabile. No obstante, mientras la citada Directiva no se transponga a nuestro ordenamiento, entendemos que los condicionamientos antes señalados impuestos por nuestra *lex data* permiten seguir poniendo en tela de juicio la consideración del derecho a estar presente en el juicio como un puro derecho(338), pues, en cualquier caso, la decisión o no de celebrar el juicio en ausencia siempre será resolución de Tribunal, el cual deberá ponderar *ad casum* las circunstancias concurrentes para adoptar la misma.

(338) En el mismo sentido, redacción del art. 787 en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficacia procesal del Servicio Público de Justicia de 15 de diciembre de 2020, y art. 59 del Anteproyecto de LECrim de 2020.

IV.3 La rebeldía y sus presupuestos: la requisitoria

Como ya hemos adelantado, la rebeldía *strictu sensu*, es decir la situación procesal en que se encuentra el sujeto pasivo del proceso penal cuando no se halla a disposición de la justicia, y por tanto no cabe el enjuiciamiento en su ausencia, la encontramos regulada básicamente en los artículos 834 a 846 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, preceptos que reglamentan un «procedimiento especial» que han permanecido prácticamente inalterables en su redacción desde la promulgación de la citada ley en 1882(339), con la única excepción de las previsiones que para la rebeldía de las personas jurídicas se contemplan en el artículo 839 bis, introducido en la reforma operada en nuestra Ley de Ritos por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, sobre medidas de agilización procesal. Fuera de dicho marco normativo, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal encontraremos otra previsión de la rebeldía penal en el artículo 784.4 referido al procedimiento abreviado.

La citada doble regulación de la rebeldía (procedimiento ordinario en los artículos 834 y siguientes, frente al artículo 784.4 reservado para el procedimiento abreviado), tiene concretas consecuencias. Así, en primer lugar, produce una disfunción en lo relativo al momento procesal en que la rebeldía ha de adoptarse, cuando la ignorancia del paradero se produce ya en la fase de instrucción. Así, en estos casos, si estamos ante un procedimiento ordinario la rebeldía se adopta una vez transcurrido el plazo indicado en la requisitoria (art. 839), si bien el efecto suspensivo de la causa se demora hasta que se dicte el auto de conclusión del sumario, según expresamente dispone el artículo 840 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («Si la causa estuviere en sumario, se continuará hasta que se declare terminado...»). En cambio, en el procedimiento abreviado se prevé que la declaración de rebeldía se produzca una vez abierto el juicio oral (art. 784.4, «si abierto el juicio oral, los acusados se hallaren en ignorado paradero), por tanto después del auto de apertura del juicio oral, y ello porque solo procederá la misma si la pena que se solicita al acusado es superior a la que permite su enjuiciamiento en ausencia («si la pena solicitada excediera de los lími-

(339) Solo la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, se limitó a precisar en el artículo 845 que será el secretario judicial (hoy letrado de la Administración de Justicia) el que interese que se le nombre abogado y procurador de Oficio al reo que se hubiere fugado u ocultado después de notificada la sentencia y estando pendiente el recurso de casación, y en el artículo 846 que será el juez o tribunal el que, una vez sea presentado o habido el rebelde, acuerde la reapertura de la causa para continuarla según su estado.

tes establecidos en el párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 786»)(340), lo que lógicamente exige conocer el contenido de los escritos de acusación, siendo ello lo que comporta que, mientras que los escritos de conclusiones provisionales del procedimiento ordinario no contemplarán referencia alguna a los que ya han sido declarados rebeldes, los escritos de acusación del procedimiento abreviado, dado que éstos son presentados ante el órgano instructor (art. 780.1) antes de que éste dicte auto de apertura del juicio oral (art. 783), sí que contendrán la acusación que se dirige contra los que, solo luego, serán declarados rebeldes(341). Y en segundo lugar, como luego veremos, la declaración de rebeldía en el procedimiento ordinario se alza como requisito ineludible para poder continuar la causa y juzgar al resto de los acusados (art. 842), siendo que en el procedimiento abreviado ello no es así, toda vez que a tenor de la literalidad del párrafo 1.º del artículo 786, cabe no suspender el juicio por la incomparecencia injustificada de un acusado, aún no declarado en rebeldía, y juzgar a los presentes si, oídas las partes, el juez o tribunal así lo acuerda.

Pero, centrémonos ahora en la regulación matriz de la rebeldía. En primer lugar, hay que comenzar señalando que en el núcleo normativo contenido en los citados artículos 834 y siguientes, en modo alguno se regula un «procedimiento especial», y ello pese a encontrarse ubicado sistemáticamente, con Título propio (el VII), en el Libro IV de la Ley

(340) Recordar que en los casos de penas no superiores a los dos años de prisión la notificación del auto de apertura del juicio oral puede no ser practicada personalmente al acusado, siendo válida la realizada al procurador o la llevada a cabo en la persona o domicilio indicados por el investigado en su declaración instructora. En tal sentido, la Junta de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid acordó, en jornada de unificación de criterios celebrada con fecha 6 de junio de 2012, el siguiente acuerdo: «a) Corresponde al juzgado de instrucción notificar al acusado el auto de apertura del juicio oral, con entrega de copia de los escritos de acusación, y dictar, en su caso, el auto de busca y captura; b) La notificación se realizará a su procurador si con anterioridad el imputado se ha personado en la causa con abogado que le defienda y procurador que le represente; c) Cuando no se haya designado procurador la notificación se realizará en el domicilio designado en España o en la persona designada por el imputado para que lo reciba en su nombre a los efectos del artículo 775 de la LECrim. Cuando la pena supere los dos años de prisión la notificación se debe realizar personalmente».

(341) Salvo que lógicamente, la busca y captura, y posterior archivo de las actuaciones respecto de una de las personas contra las que inicialmente se dirigió el procedimiento, haya sido antes de que ni siquiera se le haya tomado declaración en calidad de imputado (léase, investigado), pues en este caso, no estando incluida su persona en el auto de transformación de las Diligencias previas en Procedimiento abreviado (art. 779.4.ª LECrim), no cabrá dirigir escrito acusatorio contra él. *Vide* al respecto STC 24/2018, de 5 de marzo (FJ 2.º), haciéndose eco de ello por aplicación de la doctrina sentada, y de sobra conocida, en la STC 186/1990, de 15 de noviembre.

de Enjuiciamiento Criminal («De los Procedimientos especiales», arts. 750 a 846), pues lo en él regulado poco tiene que ver ni con un procedimiento, ni menos aún con uno especial(342), como sí lo son, por ejemplo, el abreviado (arts. 754 a 794), el procedimiento para enjuiciamiento rápido (arts. 795 a 803) o el de aceptación por Decreto (art. 803 bis). En realidad, lo contemplado en los citados preceptos no es sino un mero incidente procesal(343) en el que se da respuesta a la situación procesal en la que ha de quedar el sujeto pasivo que no se halla a disposición de la justicia, en según qué fase del proceso, y que

(342) Así, en efecto, frente a la tradicional opinión Aguilera de Paz que consideraba adecuada la consideración de la rebeldía como un procedimiento especial («pues al fin y al cabo da lugar la rebeldía de los procesados a determinados trámites especiales, no comunes a todas las causas», AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, cit., pp. 782 y s.), la moderna doctrina es partidaria de criticar dicho calificativo, por entenderla como «una incidencia que puede darse en cualquiera de los procedimientos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Instituciones de Derecho procesal penal*, Akal, Madrid, 1999, p. 209; ídem en *Tratado de Derecho procesal penal*, 6.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2014), «porque en realidad a través de estos trámites no se actúa ninguna pretensión punitiva, sino que solo tienen por objeto la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales, Juez Instructor o Tribunal Sentenciador, de los imputados, procesados o acusados (también los condenados en el caso de la extradición) que tratan de eludir la acción de la justicia situándose en ignorado paradero (caso de los ausentes en rebeldía) o bien trasladándose a un país extranjero (supuesto de extradición)» (CALDERÓN CEREZO, Á. y CHOCLAN MONTALVO, J. A., *Derecho procesal penal*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 558), en definitiva, como dijera Prieto-Castro (PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E., *Derecho procesal penal*, cit., p. 379), «no comprenden ningún sistema de normas reguladoras de ningún proceso o procedimiento, sino que se preocupan de la busca del inculpaado que no comparece cuando debiera hacerlo, por un lado, y por otro lado, de los efectos de la incomparecencia, llamada rebeldía», o más gráficamente, en palabras de Ramos Méndez, «meros apuntes que afectan solo a algún trámite procesal» (RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal*, cit., p. 315).

(343) En una ciencia tan «problemática» como la procesal, el concepto de incidente no podía sino ser hartamente controvertido. En este sentido Carnelutti afirmaba que «el problema de los incidentes es sin exageración, uno de los más graves entre los que se refiere al procedimiento; culmina en él aquella dificultad que parece en verdad un rompecabezas, la de decidir pronto y bien» (CARNELUTTI, F., *Instituciones del proceso civil*, traducción de la 5.^a edición italiana por Santiago Sentís Melendo, vol. II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, p. 52), y en el mismo sentido nuestro Jaime Guasp sostenía que los incidentes gozan «de una triste y bien merecida fama de plaga procesal, por los inagotables recursos que brindan a los litigantes de mala fe» (GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, vol. I., M. Aguilar, Madrid, 1950, p. 983), llegando, de manera exagerada, Alcalá-Zamora a concluir que «son ellos (los incidentes) los que, multiplicados hasta el infinito..., contribuyen en gran medida... a hacer de nuestro enjuiciamiento uno de los más lentos de la tierra» (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de Derecho procesal*, Góngora, Madrid, 1934, pp. 239 y s.).

no pudo ser juzgado en ausencia dentro de las previsiones legales contempladas para el procedimiento abreviado (art. 786)(344). Es por ello que la regulación del estatuto procesal del rebelde penal tendría que tener acogida en la ley procesal, como nos enseña el Derecho comparado, dentro de las normas generales del proceso, siendo esta la solución por la que optó el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 (arts. 46 y ss.) y la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 (arts. 52 y ss.), y la que sigue el actual Anteproyecto de 2020 (art. 58).

En la regulación pues, de este incidente procesal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal distingue entre los aspectos formales de la declaración de rebeldía, y los efectos que de la misma se derivan. Estudiemos en este apartado los primeros.

Los *aspectos formales de la declaración de rebeldía* encuentran su reglamentación en los artículos 834 a 839 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en donde se establece como presupuesto necesario para la adopción de la misma la correspondiente emisión de una requisitoria, siendo en tal sentido palmario el artículo 834 al señalar que «será declarado rebelde el procesado que en el término fijado en las requisi-

(344) En este sentido, y como continuación a lo dicho en la anterior nota, hemos de señalar que la doctrina procesalista no se ha puesto tradicionalmente de acuerdo en si el incidente procesal abarca cuestiones tanto materiales como procesales, o si, por el contrario, debe circunscribirse a estas últimas (sobre esta polémica, ampliamente, por todos *vid.* SAAVEDRA GALLO, P., «Reflexiones sobre los incidentes en el proceso declarativo civil», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 1, 1992, pp. 171 y ss., esp., pp. 185-187). El vigente artículo 387 de la Ley de Enjuiciamiento Civil opta por una concepción amplia, al disponer que «son cuestiones incidentales las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso», distinguiendo a continuación entre cuestiones incidentales de especial pronunciamiento (que no suspenden el curso del proceso y se dirimen, por tanto, en la sentencia antes de entrar a resolver el objeto principal, art. 389) y cuestiones incidentales de previo pronunciamiento (que al suponer, por su naturaleza procesal, un obstáculo a la continuación del procedimiento, conllevan una suspensión del mismo, arts. 390 y 391). Desde este marco teórico general, es evidente que el incidente de rebeldía penal es una cuestión incidental de previo pronunciamiento, pues su resolución, en el caso de haber varios acusados, supone la suspensión del proceso, con archivo provisional respecto del rebelde, y su continuación en relación a los demás. En cualquier caso, es importante distinguir entre la cuestión incidental propiamente dicha (la rebeldía fáctica), y el procedimiento previsto para resolver la misma: «La cuestión incidental es el punto u objeto litigioso que surge en el proceso ligada directamente a la cuestión principal. Mientras que el procedimiento incidental es el modo, forma o conjunto de trámites que se siguen para resolver la cuestión incidental» (SAAVEDRA GALLO, P., «Reflexiones sobre los incidentes en el proceso declarativo civil», cit., p. 187).

torias no comparezca, o que no fuese habido y presentado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa».

La *requisitoria*, como «modo de comunicarse de los Jueces y Tribunales entre sí», cuenta en nuestro Derecho con una inveterada tradición, entroncando con las «cartas de guiamiento» que el Rey castellano (o los adelantados y alcaldes por su mandato), en sus funciones jurisdiccionales, emitía «quando les mandaba facer pesquisa ó que recabden algunos malfechores» (Partida III, Título XVIII, Leyes XXIV a XXVI). En este sentido, ya en la *Práctica Criminal* de Fernández de Herrera se disponía que: «De vnos Tribunales y juzgados á otros, en Castilla se expiden diversos géneros de despachos, para que a los ministros que van dirigidos los executen; vnos son solo para asegurar, prendiendo el delincente, y estos comunmente se llaman *requisitorias de guía*; otros para prender, y embargar bienes, y remitir el precio con autos, si los huviere, en las formas de estos; ó otros, que se expiden sobre alguna circunstancia, que para darla cobro, es necesario cometerse durante el curso de las causas. Ay tambien diferencias según los Jueces que la remiten, y á quien se dirigen, ocasionándose tal vez disputas sobre el modo de tratamiento, que vnos hazen á los otros, y términos con que se habla en los despachos»(345). Así las cosas, desde los primeros años del siglo XIX la *requisitoria* vendría siendo definida como «el despacho de un juez a otro, en que le requiere, con el término y cortesía que se debe, ejecute algún mandamiento suyo»(346), afirmando al respecto Joaquín Escriche en su celeberrimo *Diccionario Razonado* que la misma no es sino «el despacho de un juez á otro requiriéndole ó exhortándole á que ejecute algún mandamiento suyo. La *requisitoria* se usa especialmente para citar ó emplazar al demandado ó reo que se halla en territorio de otro juez»(347).

La citada *requisitoria* irá precedida en ocasiones por la *puesta en averiguación de paradero y domicilio* del luego *requisitoriado*, prevista en el artículo 178 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien que si el citado precepto hace referencia exclusivamente a los

(345) FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, G., *Práctica criminal, Instrucción (nueva útil) de substancias las causas*, Imprenta de Don Gabriel del Barrio, Madrid, 1724, p. 53.

(346) D. J. F. A., *Diccionario Judicial (que contiene la explicación y significación de las voces que están más en uso en los Tribunales de Justicia)*, Imprenta de D. Miguel de Burgos, Setiembre de 1831, p. 208.

(347) ESCRICHE, J., *Diccionario Razonado de legislación civil, penal, comercial y forense (o sea, Resumen de las leyes, usos, prácticas y costumbres, como asimismo de las doctrinas de los jurisconsultos)*, Imprenta de J. Ferrer de Orga, Valencia, 1838, p. 587.

supuestos en los que se desconozca su domicilio, no es infrecuente hacer uso de dicha averiguación cuando se tienen dudas de que el domicilio que consta en autos ya no se corresponde con el de la persona en cuestión o, simple y llanamente, cuando se desconoce el paradero del mismo y se prevé (por ejemplo, por la conducta procesal desplegada con anterioridad) que de ser localizado, atenderá a las citaciones. Sin embargo, ha de dejarse bien claro que la puesta en averiguación de paradero y domicilio en modo alguno se alza como un requisito ineludible previo para el dictado de la requisitoria, habiendo tenido ocasión de señalar el Tribunal Supremo que el no cumplimiento de las previsiones que al respecto realizan los artículos 178 y 432 (éste último referido a los testigos ilocalizados) no constituye una infracción de norma esencial del procedimiento, «pues se trata de una disposición propia de la época de sanción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; pero que en la sociedad masiva actual carece de toda practicidad, prueba de ello es que el artículo 762.3.^a de la citada Ley no estableció tal trámite para el procedimiento abreviado» (348). Y es que, efectivamente, en el artículo 762.3.^a se señala que «si el que hubiere de ser citado no tuviere domicilio o no fuere encontrado por la Policía Judicial en el plazo señalado a ésta, el Juez o Tribunal mandará publicar la correspondiente cédula por el medio que estime más idóneo para que pueda llegar a conocimiento del interesado, y solo cuando lo considere indispensable acordará su divulgación por los medios de comunicación social», siendo por ello que nada obsta para que se dicte de manera directa la correspondiente requisitoria (art. 762.4.^a) cuando la averiguación de paradero resulta ociosa, como ocurre, por ejemplo, cuando se constata que el sujeto ya se encuentra requisitoriado por otros Juzgados o Tribunales. Con independencia de ello, hemos de recordar que según la literalidad del artículo 784.2, en el procedimiento abreviado la requisitoria antesala de la declaración de rebeldía ha de adoptarse «si, abierto el juicio oral, los acusados se hallaren en ignorado paradero», por lo que hasta dicho momento procesal el investigado será normal que se encuentre en situación de averiguación de paradero.

La razón de ser de la exigencia de la requisitoria no es otra que la de dar por acreditada la voluntad del requisitoriado de sustraerse a la acción de la justicia, siendo en tal sentido bastantes gráficas las palabras al respecto formuladas en su día por Aguilera de Paz, al señalar que «para ser declarado rebelde un procesado, es imprescindible lla-

(348) Véanse, por todas SSTS 9/2005, de 10 de enero [con cita de la STS 471/1995, de 30 de marzo]; núm. 484/2009, de 5 de mayo; y 150/2010, de 5 de marzo.

marle y buscarle previamente, cuyo mandamiento es lo que se denomina requisitoria, siendo también necesario la fijación de un plazo para que se presente, a contra de cuyo vencimiento ha de reputársele ausente o en rebeldía, porque el hecho de su falta de presentación demuestra ya su propósito de sustraerse a la acción de la justicia, habiendo lugar a la estimación de las consecuencias jurídicas de su ausencia, toda vez que transcurrido dicho término la sociedad ha cumplido ya con el deber que el sentimiento de justicia le imponía, y desde entonces debe considerarse de culpa del procesado su falta de comparecencia, por cuyo motivo le declara rebelde, sometiéndole a los efectos y resultados propios de tal declaración» (349). Como vemos, en realidad se trata de un simple juicio de inferencia: dando por supuesto el conocimiento que el requisitoriado tiene de su deber de comparecer ante la justicia (algo que no siempre tiene por qué ser así), mor al sistema de publicación de la requisitoria al que luego aludiremos, se deduce que la infracción de dicho deber es debido a su voluntad de eludir a la justicia, lo que permitirá que se le declare rebelde, teniendo dicha declaración en sus orígenes una clara connotación sancionadora, como después veremos con detalle.

Los presupuestos materiales del dictado de la requisitoria (que obligan al Juez o Tribunal a dictarla tan pronto como los mismos concurran, ex art. 836) vienen contemplados en el artículo 835, en donde se establece que «Será llamado y buscado por requisitoria: 1.º El procesado que al ir a notificársele cualquiera resolución judicial no fuere hallado en su domicilio por haberse ausentado, si se ignorase su paradero; y el que no tuviese domicilio conocido. El que practique la diligencia interrogará sobre el punto en que se hallare el procesado a la persona con quien dicha diligencia deba entenderse, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 172 de esta Ley; 2.º El que se hubiere fugado del establecimiento en que se hallase detenido o preso; 3.º El que, hallándose en libertad provisional, dejare de concurrir a la presencia judicial el día que le esté señalado o cuando sea llamado».

Ya apuntamos las deficiencias que la regulación de la requisitoria presenta en atención al tenor literal del citado precepto, pues el mismo se circunscribe a situaciones procesales, todas ellas, anteriores a la existencia de una sentencia penal firme, al referirse siempre a «procesado», «detenido o preso» y al que se encuentra en «libertad provisional», si bien que una interpretación flexible, que es la seguida en la práctica para fundamentar el dictado de las requisitorias, permite incardinar en el número 2.º al penado que se evade del establecimiento

(349) AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, cit., p. 785.

penitenciario (por analogía del penado interno con el concepto genérico de preso) y en el número 3.º a los penados que, en fase de ejecución, no atienden alguna citación para comparecer (por ejemplo, para requerirle de ingreso en prisión)(350), siendo que una interpretación restrictiva nos llevaría a entender que, dado que dicha regulación se anuda con la obligada declaración de rebeldía (art. 836), el legislador lo que está manifestando es que no cabe la misma una vez dictada sentencia firme, algo que se contradeciría con el hecho de que el artículo 82.2 del Código penal, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, disponga en su párrafo segundo que «no se computará como plazo de suspensión (de la ejecución de las penas privativas de libertad) aquel en el que el *penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía*».

Además, la propia redacción del artículo 835 ha planteado bastantes dudas interpretativas, y así, por ejemplo, respecto de lo previsto en el número 1.º se ha cuestionado que el mismo parece que se circunscribe solo al supuesto de que sea imposible la localización del procesado cuando se le vaya a notificar una resolución, dejando, por tanto, fuera los casos de quienes, siendo efectivamente localizados y debidamente notificados, se sustraen luego a la acción de la justicia, no cumpliendo lo ordenado y volviendo a colocarse en situación de ilocalizados, por lo que la doctrina se ha planteado si en tales casos cabría ya declarar directamente la rebeldía o, si por el contrario, se hace necesario acordar una nueva requisitoria, solución esta última que, en principio, es la más acorde con el tenor del artículo 834(351), si bien que, en muchos casos, la menos operativa, pues con ello se podría dar cobertura a una concatenación infinita de requisitorias ante consecutivos incumplimientos por parte del requisitoriado.

La requisitoria, se materializa en el correspondiente auto, que es conocido en el lenguaje forense como «*auto de busca y captura*», y

(350) Y es que puestos a tener que utilizar la analogía, parece más razonable fundamentar las requisitorias en fase ejecutiva en los citados numerales del artículo 835 que tener que acudir a las genéricas previsiones de los artículos 512 y 762.3.ª, preceptos ambos que se incardinan en la regulación de la fase instructora del proceso, máxime si tenemos en cuenta que para las requisitorias expedidas conforme al primero de dichos artículos, el artículo 513, al señalar el contenido formal de la misma, se incluye «el delito por el que se le procesa», y «la cárcel donde deba ser conducido».

(351) De esta opinión era también Aguilera Paz al señalar que: «Esta última solución es la que a nuestro juicio se halla conforme con el espíritu de la ley y con el precepto terminante del artículo 834, según el cual, es requisito indispensable para declarar la rebeldía el previo llamamiento por requisitoria, y que el llamado no comparezca o no sea habido dentro del término de ella». AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, cit., p. 785.

ello porque el contenido material de la requisitoria no es la mera búsqueda del requisitoriado sino que, precisamente por haber sido infructuosa la misma(352), se acuerda su detención, siendo por ello por lo que, como bien ha subrayado la moderna doctrina(353), la requisitoria tiene en verdad una doble naturaleza, pues si bien en primer lugar es un simple acto de comunicación que tiene por objeto en poner en conocimiento del inculpado la necesidad de que éste comparezca ante el juez o tribunal en el plazo en ella indicado, también es un acto de naturaleza coactiva, pues la misma acarreará la detención del requisitoriado y la puesta a disposición judicial para que se practiquen las diligencias ordenadas en la requisitoria, que podrán ir, según los casos, desde la mera notificación de una resolución al ingreso en prisión.

En este sentido, y para dar respuesta al procedimiento a seguir una vez que, detenido el requisitoriado, es puesto a disposición judicial, el artículo 516 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, luego de la redacción dada al mismo por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, dispone que «En la resolución por la que se acuerde buscar por requisitorias, el Juez designará los particulares de la causa que fueren precisos para poder resolver acerca de la situación personal del requisitoriado una vez sea habido. Testimoniados la resolución judicial y los particulares por el Secretario judicial, se remitirán al Juzgado de Guardia o se incluirán en el sistema informático que al efecto exista, donde quedarán registrados», añadiendo el art. 517, también redactado por la citada novela, que «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 505.6, presentado el requisitoriado ante un Juzgado de Guardia, el Juez, si fuera necesario para resolver, podrá solicitar el auxilio del órgano judicial que hubiera dictado la requisitoria o, en su defecto, del que se hallare de guardia en este último partido judicial, a fin de que le facilite la documentación e información a que se refiere el artículo anterior». La finalidad de ambos preceptos, introducidos en nuestra Ley de Ritos por la citada Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, quedan claramente expresados en la Exposición de Motivos de la misma, al decir que «Igualmente, se dota de contenido a los artículos 516 y 517 para dar pronta respuesta y legalizar cuanto antes la situación personal del (requisitoriado) detenido que se presenta ante

(352) En este sentido es bastante gráfico el tenor literal del artículo 407 de la Ley Procesal Militar (Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril) que comienza señalando que «Serán llamados por requisitoria cuando hubieren sido ineficaces las diligencias practicadas en su busca...».

(353) GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del procedimiento contra reos ausentes (arts. 834-846)», cit., pp. 883 y s.

un Juzgado de guardia». Para facilitar la cumplimentación de lo dispuesto en los citados artículos 516 y 517, el Real Decreto 576/2014, de 4 de julio, modificó el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia(354), creando para ello el «fondo documental de requisitorias»(355).

En lo referido al *contenido formal de la requisitoria*, el artículo 837 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que la misma «expresará todas las circunstancias mencionadas en el artículo 513, excepto la última, cuando no se haya decretado la prisión o detención del procesado», siendo que las citadas circunstancias del artículo 513 (dedicado a la busca y captura de quien será detenido para acordar lo procedente sobre su prisión preventiva) se concretan en el «nombre y apellidos, cargo, profesión u oficio si constaren(356), del procesado rebelde(357), y las señas en virtud de las que pueda ser identificado, el delito porque se le procesa, el territorio donde sea de presumir que se encuentra y la cárcel adonde deba ser conducido», a las que el artículo 837 añade: «la del número del artículo 835 que diere lugar a la expedición de la requisitoria», y «el término dentro del cual el procesado ausente deberá presentarse, bajo apercibimiento de que en otro caso será declarado rebelde y le parará (sic, léase deparará) el perjuicio a que hubiere lugar con arreglo a la ley».

Singular importancia, subrayada por la jurisprudencia, es el que la requisitoria exprese de manera clara el término dentro del cual debe ser capturado y presentado el requisitoriado(358), pues el vencimiento del mismo es el que propicia la declaración de rebeldía conforme, sin ambages, dispone el artículo 839: «Transcurrido el plazo de la requisi-

(354) Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, que instituye y regula el «Sistema de Registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia» (conocido como SIRAJ), en donde se contempla la inclusión en el mismo de las requisitorias (art. 10 apartado c).

(355) En tal sentido, véase Disposición Adicional 4.^a al Real Decreto 95/2009 antes citado.

(356) Las referencias al cargo, profesión u oficio del requisitoriado fueron una novedad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 al objeto de facilitar su busca y captura, no existiendo dicha previsión ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (art. 400 por remisión del art. 131) ni en la Compilación General de 1879 (art. 659 por remisión del art. 375).

(357) Obsérvese la incorrección técnica de llamar «procesado rebelde» a quien en modo alguno ha podido ser ya declarado rebelde.

(358) Dicho plazo será fijado discrecionalmente por el juez, pero en la práctica se ha extendido el uso forense de que, cuando las previsiones de localización son pocas y en aras a que la declaración de rebelde pueda hacerse prontamente, el mismo se fije en diez días.

toria sin haber comparecido o sin haber sido presentado el ausente, se le declarará rebelde» (359). En palabras del Tribunal Constitucional (360): «La fijación de plazo en la requisitoria, tal y como ordena la Ley, no es solamente garantía de una administración de justicia ordenada y pronta. Cuando existen reos en situación de prisión preventiva, es una garantía esencial para que el Tribunal competente no sacrifique su libertad personal más allá del tiempo imprescindible para constatar la rebeldía del coacusado ausente». Pero, respeto al citado plazo debemos hacer unas consideraciones. Lo dicho es válido cuando hablamos de requisitoriados en fase de instrucción y enjuiciamiento, pues en estos casos urge, efectivamente, la necesidad de dictar prontamente el auto de rebeldía, rebeldía que mantendrá la busca y captura de la persona hasta tanto el delito (o mejor dicho, la acción penal) no prescriba, debiendo procederse a la baja de la misma tan pronto se alcance dicho plazo, momento en el que se desarchivará el procedimiento (que debió ser archivado provisionalmente con el dictado del auto de rebeldía) y se acordará la prescripción. Sin embargo, si el requisitoriado es un condenado, la busca y captura del mismo extenderá su eficacia hasta tanto no se colme el plazo de la prescripción de la pena.

Y si, como afirmara Aguilera de Paz, «la requisitoria es el llamamiento solemne, formal y decisivo, que hace la autoridad judicial al procesado, cuyo paradero se desconoce, teniendo por objeto darle a conocer que la justicia le llama y le busca, porque debe comparecer ante ella, y que su comparecencia ha de tener lugar dentro del plazo fijado en dicho llamamiento, es de todo punto indudable la conveniencia de que le dé a la misma la mayor publicidad posible, para que pueda producir mejor su resultado, a fin de que el reo no pueda alegar ignorancia ni tener motivo para disculpar su falta de presentación» (361), lógico es que el artículo 838 disponga que «La requisitoria se remitirá a los Jueces, se publicará en los periódicos y se fijará en los sitios públicos mencionados en el artículo 512, uniéndose a los autos la original y un ejemplar de cada periódico en que se haya publicado». Obsérvese que el citado reenvío normativo es solo a lo previsto en el artículo 512, que se refiere a la remisión de la requisitoria a los Jueces de Instrucción en cuyo territorio hubiese motivo para sospechar que el

(359) En la regulación de la declaración de rebeldía en el procedimiento abreviado el art. 784.4 es menos explícito, pero no por ello deja de transmitir el mismo mandato: «el Juez mandará expedir requisitoria para su busca y captura, declarándolos rebeldes si no comparecieren o fuera hallados».

(360) STC 41/1996, de 12 de marzo, (FJ 6.º).

(361) AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, cit., pp. 790 y s.

requisitoriado se halle, la publicación en los Diarios Oficiales (BOE y Diarios de las Comunidades Autónomas)(362) y la difusión por edictos fijados en la Oficina del Juzgado o Tribunal que dicta la requisitoria y en la de los Juzgados de Instrucción a que se hubiera remitido, medios de dar a conocer éstos que con fina ironía criticó en su día Magín Fábrega, catedrático de Derecho procesal que fuera en los años veinte en la Universidad de Barcelona, al señalar que(363): «Las requisitorias ofrecen un inconveniente práctico, y es que, como nadie tiene más interés en leerlas que la persona a quien se busca, *suelen servirle de antorcha para guiarle en su fuga*, pues desde el momento en que deben expresarse los lugares en que se cree que está, natural es que procure hallarse en otra parte». Por ello, llama la atención que el citado artículo 838 no se remitiera también al artículo 515, en el que se prevé la comunicación de las requisitorias a las fuerzas policiales, algo sobre lo que redundaba el más moderno artículo 762.4.^a al ordenar categóricamente que «las requisitorias que hayan de expedirse se insertarán en el fichero automatizado correspondiente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y, cuando se considere oportuno, en los medios de comunicación escrita». Es pues, la inserción de las requisitorias en las bases de datos policiales a través del antes citado «Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia (SIRAJ)»(364) lo que hoy por hoy garantiza la efectividad de la requisitoria, habiendo quedado en la práctica relegadas al desuso las previsiones de publicación antes señaladas, que como ya hemos dicho, tenían una eficacia muy limitada. Las nuevas tecnologías han impuesto así nuevos medios de comunicación de las requisitorias y estamos seguros que en el futuro aportarán muchas más, piénsese por ejemplo a través de redes sociales, siendo en tal sentido reseñable que en la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 se preveía la posibilidad

(362) Respecto a la publicación de las requisitorias en los Diarios Oficiales (en su momento concretados en los Boletines de la Provincia donde el requisitoriado tuvo su última residencia y en la Gaceta de Madrid –hoy BOE–) señalar que a principios del XIX ello suponía «una labor ímproba y gasto considerable de tiempo» (AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo II, 2.^a ed., Reus, Madrid, 1923, p. 308), por lo que por Reales Órdenes del Ministerio de Gobernación de 17 de febrero de 1909 (*Gaceta de Madrid*, núm. 49, 18 de febrero de 1909, pp. 416 y s.) y 11 de mayo de 1910 (*Gaceta de Madrid*, núm. 133, 13 de mayo de 1910, pp. 287 y s.) dispusieron los modelos abreviados en que debían aparecer publicadas las requisitorias en dichos periódicos oficiales.

(363) FÁBREGA Y CORTÉS, M., *Lecciones de Procedimientos Judiciales*, 3.^a ed., Librería Bastinos de José Bosch, Barcelona, 1928, p. 502.

(364) En tal sentido, el artículo 6.1 del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, instituye y regula el «Sistema de Registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia» (conocido como SIRAJ).

de que en los delitos de mayor gravedad se pudiera acordar la difusión de la imagen del requisitoriado «incorporada mediante carteles y a través de los medios de comunicación públicos o privados».

Claro es que las previsiones legales vistas hasta aquí sobre la adopción de requisitorias y su publicación son siempre referidas a los casos en los que el requisitoriado es una persona física (supuesto más normal), siendo que *cuando se trata de una persona jurídica*, es el artículo 839 bis, introducido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la reforma llevada a cabo por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, el que establece su normativa especial, que por ello estudiaremos más bajo, en epígrafe independiente.

IV.4 El auto de rebeldía: sus efectos

Cumplidas pues con las previsiones señaladas, esto es, dictada la correspondiente requisitoria y llegado a término el plazo en ella indicado sin que el requisitoriado (persona física) comparezca voluntariamente o sea habido y presentado ante la autoridad judicial que ordenó su busca y captura, se ha de proceder a tenerlo como rebelde, para lo cual dicha autoridad dictará el correspondiente *auto de rebeldía*. Sobre ello un par de notas.

Si bien las previsiones del artículo 839 parecen a primera vista tautológicas respecto a lo ya afirmado en el artículo 834, pues su contenido real es prácticamente el mismo, y con independencia de que algunos autores entienden que ambos preceptos en realidad son complementarios al ser «resultado de la conjunción de ambos mayor claridad y precisión»(365), lo cierto es que sobre la literalidad del artículo 839 podemos hacer unos comentarios. En primer lugar, lo que en el artículo 834 es «procesado», se convierte ahora en el artículo 839 en «ausente», reflejo una vez más de la deficiencia técnica de la regulación que estamos estudiando. Pero es que además llama la atención que, a diferencia de lo que se prevé en el artículo 836 respecto a las requisitorias («*Inmediatamente* que un procesado se halle en cualquier de los casos...»), el artículo 839 ninguna perentoriedad impone para el dictado de la rebeldía, siendo así que si como dijimos la requisitoria debe fijar de manera expresa el término dentro del cual debe ser capturado y presentado el requisitoriado (art. 837.2.^a), siendo este

(365) AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, cit., p. 792.

«plazo de vigencia de la requisitoria»(366) un requisito esencial de la misma subrayado por la jurisprudencia, ningún sentido tiene que cumplido el mismo no se acuerde de manera inmediata la rebeldía del requisitoriado, la cual se alza como un deber ineludible del órgano emisor de la requisitoria según el propio tenor literal del citado artículo 839(367).

En cuanto a la necesidad de que la resolución que adopta la rebeldía revista la forma de auto, si bien el artículo 839 no lo dice expresamente («se declarará rebelde») es evidente que la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuenta con ello, siendo así que el artículo 252 de manera explícita dispone que los Tribunales remitirán directamente al Registro Central de Procesados y Penados (léase Penados y Rebeldes) notas autorizadas «de los autos en que se declare la rebeldía de los procesados». Asimismo, hemos de tener presente que, entendido, como ya dijimos, el «procedimiento contra reos ausentes» como un incidente procesal, su resolución, ex artículo 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha de revestir necesariamente la forma de auto, auto que, como ya hemos adelantado, ha de inscribirse en el «Registro de Penados y Rebeldes», siendo que desde el año 2009 éste queda conformado por el «Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes», regulado en el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero(368), siendo que en el mismo se ha de anotar preceptivamente el plazo de vigencia de la rebeldía(369), la cual tendrá como fecha de expiración aquélla en la que procederá la prescripción del delito (o de la pena, en el caso de penados rebeldes).

(366) En el SIRAJ se ha de incluir expresamente la fecha del cese de vigencia de la requisitoria, como así lo dispone el artículo 10 apartado c) del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, ya citado, si bien con una redacción manifiestamente mejorable (pues se presta a confundir la duración de la requisitoria con la de la pena –caso de que el buscado fuera un penado–) al afirmar: «c) Órdenes de busca, indicando el órgano judicial que la acuerda, fecha de la misma, tipo de procedimiento, delito objeto del procedimiento, pena y duración de la misma».

(367) En este sentido subraya Garberí que «la declaración de rebeldía puede ser definida como la resolución que *ha de decretar* el órgano judicial... La emisión de dicha declaración constituye, pues una *verdadera obligación judicial*, a la que se proveerá cuando el inculpado no haya sido localizado y detenido, o, habiendo sido localizado, no comparezca ante el Juez en el plazo que éste le habrá señalado en el auto de requisitoria. No es correcto afirmar, por lo tanto, que el procesamiento, o la incursión del inculpado en alguna de las causas del art. 835 LECrim, son auténticos presupuestos de la declaración de rebeldía, pues en puridad lo son de la requisitoria, resolución ésta obligatoriamente anterior a aquélla». GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del procedimiento contra reos ausentes (arts. 834-846)», cit., p. 885.

(368) Art. 2 apartado b) Real Decreto 95/2009.

(369) Art. 10 apartado a) del Real Decreto 95/2009.

La doctrina se ha preocupado en cuestionarse qué es entonces lo que procesalmente acontece cuando se resuelve ese «incidente procesal» que es el llamado «procedimiento especial contra reos ausentes» regulado en la Ley de Ritos y que, como hemos visto, culmina con el dictado del auto de rebeldía. Conviniendo que, efectivamente, decir que con ello se solventa una «crisis procesal» es simplemente no decir nada⁽³⁷⁰⁾, y descartada la naturaleza de medida cautelar que algunos autores quisieron fundamentar en las previsiones de la Ley Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970⁽³⁷¹⁾, parece lo más acertado concluir, como hemos venido sosteniendo en este trabajo, que la declaración de rebeldía tiene «naturaleza constitutiva de una situación procesal», o, en palabras de Herce Quemada, «una situación jurídica que produce determinados efectos en los procesos por delitos», por lo que «no cabe, pues, hablar de un proceso *de* rebeldía, sino de procesos seguidos *en* rebeldía»⁽³⁷²⁾.

Pues bien, dejando para el apartado siguiente el espinoso tema de la recurribilidad del auto de rebeldía, pasemos sin más demora a los

(370) Y es que el término crisis procesal ha sido utilizado en ocasiones como una especie de cajón de sastre en el que se incluyen situaciones tan dispares como son, desde las causas de terminación anticipada del proceso por voluntad de las partes o la interrupción y paralización del procedimiento, hasta los incidentes e, incluso, la reconstrucción de autos por su pérdida total o parcial. En este sentido es recordable como ya Guasp, hace más de medio siglo, teorizando sobre las mismas, las adjetivara como manifestaciones de «anormalidad procesal», afirmando al respecto que: «Fenómenos de la más variada hechura vienen razonablemente a alojarse en esta categoría de la crisis procesal una vez que en ellos se medita atentamente, aunque la pobreza dogmática de muchas legislaciones, entre las que la nuestra se encuentra, no permiten de primera intención descubrir en tales supuestos su auténtica naturaleza». GUASP, J., «La paralización del proceso civil y sus diversas formas», en *Revista de Derecho Procesal*, tomo VII, núm. 3, 1951, p. 380.

(371) Según el artículo 19. 2.^a de la Ley 16/1970, de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970: «El Juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares con relación al presunto peligroso: (...) Segunda. Declararle rebelde, si dejare de comparecer sin justa causa al llamamiento judicial, acordando su internamiento preventivo». No obstante, la reforma operada en dicho texto por la Ley 43/1974, de 28 de noviembre, hizo desaparecer la rebeldía como modalidad de medida cautelar, quedando como únicas medidas cautelares adoptables en dicho procedimiento la detención y el internamiento preventivo. Pese a ello, Ortells seguiría defendiendo la naturaleza de medida cautelar, por entender que tanto en la declaración de rebeldía como en la adopción de las requisitorias concurrían todos los presupuestos y características propias de las medidas cautelares de carácter personal. *Vid.* ORTELLS RAMOS, M., «La ausencia del imputado en el proceso penal. Consideración especial de la incomparecencia», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2-3, 1978, pp. 433 y ss.

(372) GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal*, cit., p. 368.

efectos jurídicos que se derivan del dictado de la citada resolución, o lo que es lo mismo, el estatuto jurídico de esa situación jurídico-procesal que podemos llamar «estado de rebelde». Y aquí lo primero que tenemos que subrayar es el profundo cambio de orientación que ha sufrido el estado de rebelde desde su regulación originaria en la Ley de Enjuiciamiento de 1882 y lo que acontece en la actualidad, algo a lo que ya hemos hecho referencia en alguna ocasión anterior, es decir, de la existencia de un tránsito en considerar al rebelde como una situación desfavorable, dotando su estatuto jurídico de unas connotaciones claramente punitivas, a la configuración del mismo como una mera «solución procesal» que permite, cuando existen más acusados, la prosecución del proceso respecto de estos, colocando así al rebelde, en no pocas ocasiones, en una situación de privilegio.

Los citados orígenes punitivos de la situación del rebelde penal se explicitan claramente en el tenor literal del artículo 837 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando al concretar cuál debe de ser el contenido material de la requisitoria y señalar al respecto la exigencia de que en la misma se exprese el término dentro del cual el requisitoriado debe presentarse, añade: «bajo el apercebimiento de que en otro caso será declarado rebelde y le pasará el perjuicio a que hubiere lugar con arreglo a la ley». Repárese el término empleado por el legislador decimonónico: «perjuicio», y confróntese con la redacción que el legislador del año 1967 instaurador de los procedimientos de urgencia utiliza (art. 791. 7.ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su redacción dada por Ley 3/1967, de 8 de abril, luego convertido en art. 791.4) y que llega hasta el actual artículo 784.4: «el Juez mandará expedir requisitoria para su llamamiento y busca, declarándolos rebeldes, si no comparecieren o no fueren hallados, *con los efectos prevenidos en esta ley*». Se pasa pues, de «perjuicios a que hubiere lugar» a simples «efectos prevenidos en esta ley».

Y, ¿cuáles eran aquellos «perjuicios» que con arreglo a la Ley podrían sufrir los declarados en rebeldía penal y los reos ausentes? Pues los mismos se concretaban, fundamentalmente, en tres, y tenían gran trascendencia para la situación del rebelde. En primer lugar, en el Código penal vigente en los tiempos de la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, el Código penal de 1870, se preveía expresamente que el tiempo pasado en rebeldía no se computaba a efectos de prescripción del delito, ni para el de la pena si la fuga se hubiera llevado a cabo en un país extranjero desde el que no se pudiera extraditar al penado. En tal sentido, el artículo 133 señalaba que la prescripción del delito se interrumpía «desde que se paralice el procedimiento, a no ser por rebeldía del procesado», y en cuanto a la pena,

el artículo 134, señalaba que la prescripción de la misma se interrumpiría cuando el penado «se ausentare a país extranjero con el cual España no haya celebrado tratado de extradición, o teniéndolos, no estuviere comprendidos en ellos el delito».

En segundo lugar, la Ley de 1901 que autorizaba el abono de la prisión preventiva(373), vetaba el mismo al penado que no acudiera personalmente al juicio(374), señalando en tal sentido en su artículo 5.º que «Cuando al formular la acusación, o después de formulada en una causa, resultare que el procesado había estado preso preventivamente un tiempo igual o mayor que la pena más grave que contra él se solicite, el Tribunal resolverá, por determinación especial, la libertad del procesado, si no estuviere reducido a prisión por otra causa, sin perjuicio de continuar el procedimiento; y si señalado el día del juicio no compareciere el procesado por motivos no justificados, quedará excluido de los beneficios de esta ley».

Por último, la actitud del rebelde era castigada con la prohibición de que el mismo pudiera disfrutar en la causa en que fue ésta declarada, del beneficio de la suspensión de la pena, siendo ello expresamente dispuesto en la Ley de condena condicional de 17 de marzo de 1908(375), cuyo artículo 2.º disponía «Serán condiciones indispensables para suspender el cumplimiento de la condena: (...) Segunda. Que no haya sido declarado en rebeldía».

(373) La «Ley sobre abono de tiempo de prisión preventiva en las causas criminales», de 17 de enero de 1901 (*Gaceta de Madrid*, Año CCXL, núm. 18, viernes, 18 de enero de 1901, p. 229). Con anterioridad a esta Ley, solo el Código Penal de 1822 había previsto el abono de la prisión preventiva (art. 98), no existiendo previsión alguna en los Códigos de 1848 ni 1870. Las cicateras previsiones de la Ley de 1901 (al circunscribirse a las penas correccionales y alcanzar solo la mitad en lo que no excediere del primer año, previsiones calificadas de «mezquinas y complicadas» por Quintano –QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 326–), desaparecen ya en los Código penales posteriores (art.114 del Código Penal de 1928, y arts. 33 de los Códigos de 1932 y 1944, que enlazan con el artículo 58 del Código vigente).

(374) Algo, referido *strictu sensu* al ausente (y no al rebelde, que no es juzgado), ya previsto en el añejo Real Decreto de 9 de octubre de 1853 (*Gaceta de Madrid*, núm. 283, de 10 de octubre de 1853, p. 1), en el que, luego de establecer que «A los reos que en lo sucesivo fueren sentenciados a penas correccionales se les abonará para el cumplimiento de sus condenas la mitad del tiempo que hubiesen permanecido presos» (art. 1), exceptuó de ello (art. 2), entre otros, a «3.º. Los reos ausentes que, llamados en legal forma, no se hubiesen presentado voluntariamente».

(375) «Ley confiriendo á los Tribunales ordinarios la atribución de otorgar motivadamente por sí, ó aplicar por ministerio de la ley, la condena condicional, que deja en suspenso la aplicación de la pena impuesta», de 17 de marzo de 1908, *Gaceta de Madrid*, Año CCXLVII, núm. 79, jueves, 19 de marzo de 1908, pp. 1157 y s.

Y todavía podríamos añadir la manifestación del algún otro perjuicio que la legislación penal especial tenía reservado para el rebelde, como ocurría en la Ley de contrabando y defraudación de 3 de septiembre de 1904(376), en cuyo artículo 117 se establecía el enjuiciamiento y condena de los rebeldes, si bien con algunas garantías para los así condenados, al preverse que en caso de serlo a penas pecuniarias el reo podía pedir la reapertura de la causa en el plazo de un año, y la cautela que las penas personales impuestas en rebeldía no se ejecutarían sin haber sido oído el penado una vez que se presentare o fuera habido, previsiones que se mantendrían en la «Ley Penal y Procesal de Contrabando y Defraudación» de 14 de enero de 1929(377) y que desaparecerían ya en el Texto refundido de la Ley de Contrabando y Defraudación aprobado por Decreto de 11 de septiembre de 1953(378).

Como vemos los perjuicios citados hacían que el régimen del rebelde penal pudiese calificarse de claramente sancionatorio, pues para evitar que se sustrajera a la justicia penal se le imponía, con efectos intimidatorios, unas gravosas consecuencias jurídicas que impedían la prescripción del delito, dificultaban la de la pena, y gravaban el cumplimiento de la condena que, en su día, se le impusiera. Todo ello ha desaparecido en el vigente régimen del rebelde penal, en donde, por ejemplo, cierta jurisprudencia viene a entender que ni las requisitorias ni el auto de rebeldía paralizan el plazo de prescripción del delito(379), algo que, entendemos, puede ser cuestionable, pues si

(376) «Ley reformando la legislación penal y procesal en materia de contrabando y defraudación con arreglo a la ley de bases de 19 de julio de 1904», de 3 de septiembre de 1904 (*Gaceta de Madrid*, núm. 254, 10 de septiembre, pp. 870 y ss.)

(377) «Ley Penal y Procesal de Contrabando y Defraudación» aprobada por Real Decreto-Ley núm. 271, de 14 de enero de 1929 (*Gaceta de Madrid*, núm. 17, 17 de enero de 1929, pp. 508 y ss.). Esta Ley Penal y Procesal de Contrabando y Defraudación de 1929, que fue declarada vigente durante la II República por Decreto del Ministerio de Hacienda, firmado por Indalecio Prieto, de 9 de junio de 1931 (*Gaceta de Madrid*, núm. 161, 10 de junio de 1931, p. 1280), constituía en palabras de Cuello Calón, más que una ley penal especial, un pequeño Código penal autónomo del común que, además de los delitos y las faltas de contrabando y defraudación, contiene una parte general con preceptos específicos propios». Vid. JIMÉNEZ ASEÑO, E., *Manual de Derecho penal especial*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, p. 164.

(378) «Texto refundido de la Ley de Contrabando y Defraudación» aprobado por Decreto de 11 de septiembre de 1953 (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 311, 7 de noviembre de 1953, pp. 6590 y ss.). En este texto refundido, que expresamente deroga a la Ley de 1929, la represión del contrabando y la defraudación salían de la órbita penal y se residenciaban en sede administrativa (*vide*, al respecto art. 49 del mismo).

(379) Argumentando respecto del auto de rebeldía que el mismo «por su propia naturaleza y finalidad no solo no hace avanzar el trámite, sino que lo paraliza». Por

el fundamento es que el auto de rebeldía no hace sino paralizar la prosecución del procedimiento, ello quiere decir que hasta ese momento el mismo se encontraba «dirigido contra el culpable», por lo que el *dies a quo* de la prescripción debería ser la fecha de dicho auto, y no antes (380), plazo prescriptorio que según la última jurisprudencia (381), quedaría de nuevo interrumpido si se dicta una orden europea de detención, se halle o no localizado el rebelde.

Ahora los únicos «perjuicios» normativos previstos para el rebelde se concretan en la imposibilidad de computar el tiempo en que un acusado se encuentra en rebeldía para fundamentar una atenuante de dilaciones indebidas, que dicho periodo no compute en el plazo de la suspensión condicional de la pena, ex artículo 82.2 último párrafo del Código penal, y que al rebelde se le puedan decomisar sus bienes, según prevé el artículo 127 ter del Código penal. Y colocamos entrecomillado el término perjuicios porque, a nuestro entender, estas previsiones, muy particularmente las dos primeras, si bien no son favorables a la situación del rebelde, no pueden considerarse propiamente punitivas.

En efecto. Que la jurisprudencia haya insistido hasta la saciedad afirmando que el periodo en que un acusado se ha encontrado en rebeldía no puede servir luego para fundamentar la apreciación de una atenuante de dilaciones indebidas (382), ni siquiera analógica, no encuentra otra explicación en que este hecho nunca puede hallar acomodo, ni en la letra, ni en el fundamento de la citada atenuación. Y es que la atenuante prevista, desde la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, en el artículo 21.6.^a de nuestro Texto Punitivo (383) se concreta en la existencia de una «dilación extraordi-

todas, véanse desde STS 1219/1997, de 11 de octubre (FJ único) a la STS 1486/2004, de 13 de diciembre (FJ 1.^o). En el mismo sentido, por ejemplo, Sentencia de la sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Madrid 173/2015, de 2 de marzo (FJ 2.^o).

(380) Interpretación por la que parece apostar la STS 314/2020, de 15 de junio (FJ 3.^o), acotando el plazo de prescripción entre el auto de rebeldía y la detención.

(381) Así STS 41/2021, de 21 de enero.

(382) Por todas, SSTS 298/2018, de 19 de junio (FJ 4.^o), 689/2018, de 21 de diciembre (FJ 10), y 376/2020, de 15 de junio (FJ 6.^o).

(383) Hemos de recordar que hasta la citada reforma la apreciación de dicha atenuante se canalizaba a través de la atenuante analógica prevista en el entonces art. 21.6.^a, y ello después de una larga polémica, en la que los Acuerdos no jurisdiccionales del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1992 y 29 de abril de 1997 apostaron respectivamente por el indulto y la indemnización como formas de compensar la dilación, no siendo hasta el Acuerdo plenario de 21 de mayo de 1999 (la STS 934/1999, de 8 de junio es la primera que lo aplica) cuando se entiende que la citada compensación debe encauzarse por vía de la atenuante analógica.

naria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado», señalando al respecto la jurisprudencia que «el derecho al proceso sin dilaciones viene configurado como la exigencia de que la duración de las actuaciones no exceda de lo prudencial, siempre que no existan razones que lo justifiquen. O que esas propias dilaciones no se produzcan a causa de verdaderas “paralizaciones” del procedimiento o se debieran al mismo acusado que las sufre, supuestos de rebeldía, por ejemplo, o a su conducta procesal, motivando suspensiones, etc.»(384). Y es que difícilmente puede atribuirse la dilación al órgano judicial cuando el motivo de la misma no es sino el actuar renuente para con la justicia del propio justiciable. El no poder beneficiarse el rebelde de esta atenuación, por el citado lógico motivo, en modo alguno puede considerarse un castigo al mismo.

Por similares razones entendemos que la previsión del artículo 82.2 del Código penal, introducida por la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, tampoco tiene un contenido material tal que pueda considerarse punitivo, pues la misma responde al cambio de régimen que con la citada reforma se ha operado en la determinación del *dies a quo* del plazo de la suspensión, el cual ha pasado de la fecha de notificación de la resolución que acordaba la misma a la de la simple fecha de la citada resolución, por lo que iniciándose ahora el plazo de la suspensión de la ejecución de la pena, ex artículo 82.2, con el dictado de esta resolución («El plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda»)(385) parece lógico que no se compute como suspensión el tiempo en el que el condenado no se halla a disposición de la justicia («No se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía»), pues durante el mismo no sería comprobable la efectividad del cumplimiento de las condiciones a las que la suspensión pudo quedar condicionada ex artículo 83 del Código penal. Además, si la situación de rebeldía lo fuera desde el mismo momento en que se acuerda la suspensión, la falta de realización de los apercibimientos y requerimientos legales vetaría la posibilidad de futuras

(384) STS 1124/2010, de 23 de diciembre, (FJ 2.º). En el mismo sentido *vide*, por todas, SSTS 122/2013, de 15 de febrero (FJ 7.º) y 200/2018, de 25 de abril (FJ 5.º).

(385) No obstante, este precepto precisa que si la suspensión fue acordada en la sentencia condenatoria de instancia (no firme), como ha de ser «siempre que ello resulte posible» (art. 82.1), el cómputo de la suspensión comienza cuando la misma devenga firme. Si la suspensión se acordara posteriormente, en fase de ejecutoria, la fecha que marca el inicio del cómputo es la del auto que acuerde la suspensión.

actuaciones contra el penado, por ejemplo, revocando la suspensión acordada por no cumplir las obligaciones impuestas.

Cuestión diferente acontece con la previsión contenida en el artículo 127 ter del Código penal, que dispone: «1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos: a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos, b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido. 2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal». Aquí, sí que existe un evidente perjuicio material, si bien que el mismo se produce luego de un procedimiento contradictorio en el que se han podido hacer valer los intereses y derechos del rebelde. En cualquiera de los casos, hemos de subrayar que el decomiso no tiene naturaleza estrictamente penal, al ser una mera «consecuencia accesoria», habiendo subrayado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, particularmente en relación a la posibilidad del decomiso sin condena, que éste no tiene naturaleza penal, al no fundamentarse en la culpabilidad, sino patrimonial, asemejándose así más a una restitución por un enriquecimiento injusto.

Dicho lo cual, esto es, subrayada la desaparición de «perjuicios punitivos» en el régimen vigente de la rebeldía penal, pasemos a estudiar los efectos concretos que el auto de rebeldía produce en nuestro ordenamiento, haciéndolo en función de la fase del proceso penal en el que es declarada la rebeldía.

Por lo que a la *fase de instrucción* se refiere hemos de señalar que en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que reglamenta la misma⁽³⁸⁶⁾ ya se contemplan algunas previsiones específicas que

(386) Hemos de tener aquí presente la hipertrofia que en nuestra Ley de Ritos es observable en la regulación de la fase de instrucción frente a otras fases del proceso (escandalosa en el caso de la fase ejecutiva), lo que lleva en la práctica a tener que recurrir a la misma, en no pocas ocasiones, para completar las lagunas que presenta la reglamentación de, por ejemplo, la fase plenaria (sirva como ejemplo, el acudir a la normativa de la declaración de testigos en el sumario, en temas como la dispensa de declarar, conducción forzosa de los mismos...).

hacen referencia a la rebeldía, siendo así que los artículos 585 y 587 dan normas específicas para la apertura de la correspondencia postal (permitiendo su apertura sin su presencia, con entrega luego a un familiar mayor de edad y quedando en su defecto bajo la custodia del Secretario judicial), el artículo 490.7.º faculta a cualquiera a detener «al condenado que estuviere en rebeldía» y los artículos 534 y 535 hacen referencia a la obligación del fiador de quien se encuentra en libertad provisional para que «presente al rebelde» en el plazo de diez desde la incomparecencia de aquel al llamamiento judicial, siendo que en caso contrario se procederá a hacer efectiva la fianza. Sin embargo, nos hemos de cuestionar si todas estas menciones al rebelde lo son en un sentido técnico, y por tanto, siendo exigible la declaración formal mediante auto del estado de rebelde, pues es dudoso que, por ejemplo, para la apertura de un paquete postal, en donde se sospecha que hay droga, sea necesario para poder abrirlo sin la presencia de su destinatario el que éste se halle formalmente declarado en rebeldía, o si por el contrario, en el curso de una instrucción, bastaría, como parece más lógico, con que solo se encontrase en ignorado paradero.

En cualquier caso, el efecto principal que nuestra legislación otorga al auto de rebeldía dictado en fase de instrucción es que la misma continúa con normalidad hasta su conclusión, siendo entonces cuando procede acordar, también mediante auto, la suspensión y archivo provisional del procedimiento que se dirige contra el rebelde o rebeldes, pudiendo a partir de ese momento, caso de existir otros investigados que se encuentran a disposición de la justicia, continuar el procedimiento respecto de ellos, quienes así podrán ser finalmente juzgados. Así lo disponen expresamente los artículos 840 y 842, prosecución ésta del procedimiento contra los no rebeldes que se alza no como una facultad del juez, sino como un mandato impuesto por el legislador que así «lo ordena»(387). Contrariamente a ello, como ya adelantamos, en el ámbito del procedimiento abreviado, el artículo 786.1 permite enjuiciar a los acusados presentes, aun cuando no se haya declarado la rebeldía respecto al que no se haya a disposición de la justicia, «si, oídas las partes, el Juez o Tribunal así lo acuerda»(388), siendo en tal punto muy expresivo el Tribunal Supremo cuando afirma que: «Pero este efecto se limita al declarado rebelde, al disponer la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 843) que, si no todos lo han sido, la causa se continúa respecto a los demás. Es obvio que, si la declara-

(387) Así lo subraya la jurisprudencia, como por ejemplo las SSTS 163/2000, de 11 de febrero (FJ 1.º), 897/2004, de 15 de julio (FJ 1.º) o la 937/2009, de 25 de septiembre (FJ 3.º).

(388) Véase al respecto STS 727/2017, de 8 de noviembre (FJ 3.º).

ción de rebeldía de alguno no impide el enjuiciamiento de los otros, menos aún la mera procedencia de esa declaración, aún no dictada, puede acarrear lo que la declaración de la misma no produce. La rebeldía de uno obsta el enjuiciamiento de éste, pero no es nunca condición para el enjuiciamiento de los demás: la suspensión que su declaración origina no atañe a los que no han sido declarados rebeldes. (...) El recurrente en el presente caso interpreta incorrectamente esta norma al entender que sin la previa declaración de rebeldía del otro coacusado no cabía el enjuiciamiento del comparecido, olvidando así la facultad del Tribunal de no suspender el Juicio contra éste, si disponía de elementos de juicio para juzgarle con independencia»(389). Así las cosas, en el procedimiento abreviado el auto de rebeldía no se alza como requisito ineludible para poder enjuiciar al resto de acusados presentes en el juicio, bastando, por ejemplo, que el incomparecido se encuentre simplemente en paradero desconocido(390).

Pero volvamos a los efectos que el auto de rebeldía tiene en la fase instructora. Claro es que, aunque la fase sumarial debe concluirse aun cuando se haya declarado la rebeldía del investigado, ello no hará posible la realización de aquellas diligencias que necesariamente requieren la intervención personal del mismo, como, por ejemplo, una reconstrucción de hechos, o cuando es el propio investigado el que se

(389) STS 163/2000, de 11 de febrero (FJ 1.º).

(390) En este sentido, afirma la STS 2067/2001, de 12 de noviembre (FJ 2.º): «El quebrantamiento de forma prevenido en el número quinto del art. 850 de la LECrim, que ha de ponerse en relación con los arts. 746 y 793 1.º de la misma Ley Procesal, se refiere a los supuestos en que el Tribunal haya decidido no suspender el juicio para los acusados comparecidos, en el caso de no haber concurrido algún acusado, siempre que hubiere causa fundada que se oponga a juzgarles con independencia y no haya recaído declaración de rebeldía. El art. 793.1 LECrim, aplicable al Procedimiento Abreviado que es por el que se enjuiciaba la causa que ha dado lugar al presente recurso, autoriza que, si alguno de los acusados deja de comparecer sin motivo legítimo, apreciado por el Juez o Tribunal, podrá éste acordar, oídas las partes, la continuación del juicio con los restantes. En el caso actual el Tribunal acordó la continuación del juicio porque el acusado incomparecido se encontraba en paradero desconocido, ya lo había estado durante la Instrucción y no era previsible («valorable», en la expresión concreta utilizada por el Tribunal «a quo») que fuese a comparecer en caso de suspensión, dada su situación. Este criterio es básicamente correcto. Si el acusado incomparecido no solo no ha justificado su ausencia sino que ni siquiera ha podido ser citado por desconocerse su paradero habiendo abandonado el domicilio que proporcionó al Tribunal, constanding además que esta situación de paradero desconocido es persistente pues el acusado incomparecido no ha podido ser localizado en fases anteriores del procedimiento, puede racionalmente considerarse que la suspensión constituirá una dilación irrazonable e inútil pues el acusado incomparecido tampoco comparecerá en el nuevo juicio al resultar imposible su citación dado de su ignorado paradero».

alza como objeto de la diligencia (reconocimientos en rueda, realización de cuerpos de escritura...). Fuera de estos casos, el resto de diligencias de investigación serán posibles, desde el registro domiciliario (ya que el artículo 569 prevé la forma de practicarse si el interesado no fuere habido) a la intervención de sus comunicaciones, siendo recordable en este último sentido que en el Derecho italiano el artículo 295.3 de su Código procesal penal prevé la posibilidad de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación, al objeto de localizar al latitante. Cuestión distinta será el valor probatorio que, como prueba preconstituida, dichas diligencias puedan tener luego en el juicio oral (391), siendo precisamente estos argumentos lo que llevaron a la doctrina tradicional a despejar las críticas formuladas respecto a la prosecución de la fase instructora a espaldas del rebelde y la posible conculcación con ello del principio de contradicción. Sobre esta cuestión volveremos en el apartado siguiente, cuando abordemos las relaciones entre la rebeldía y el derecho de defensa del rebelde.

Por su parte, cuando el artículo 840 permite que se sigan practicando diligencias sumariales hasta tanto dicho sumario «se declare terminado por el Juez o Tribunal competente», se ha de entender que dicha habilitación se extiende a cuando una vez dictado el oportuno auto de conclusión, y remitidos los autos al Tribunal competente para el enjuiciamiento ex artículo 622, el mismo es revocado por éste (art. 630), devolviéndose así «el proceso al Juez que lo hubiere remitido, expresando las diligencias que hayan de practicarse» (art. 631), algo

(391) En este sentido la jurisprudencia ha denegado, por ejemplo, tal valor a las actas del registro domiciliario hecho cuando el interesado estaba en paradero desconocido. En tal sentido nos recordaba el Auto del Tribunal Supremo 2831/2009, de 10 de diciembre (FJ 5.º): «En el supuesto de autos ésta no estuvo presente en el registro practicado en su domicilio porque, como consta en las actuaciones, cuando éste se practicó, se hallaba en paradero desconocido. Ante su ausencia la citada diligencia se practicó en presencia de sus padres, también moradores de dicha vivienda. En cualquier caso la ausencia de la recurrente en la práctica de la citada diligencia, según una doctrina consolidada del Tribunal Constitucional –STC 219/2006 de 3 de Julio con citación de otras muchas– acogida por esta Sala –STS 51/2009 de 27 de julio o, STS 1108/2005 de 22 de Septiembre– podría afectar al valor de prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentaron la diligencia, pues no se garantizó el principio de contradicción, pero no impide, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia citada, que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso por vías distintas a la propia acta, especialmente a través de las declaraciones de las policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción, que es precisamente lo que ha ocurrido en el supuesto de autos».

que, como sabemos, en modo alguno contamina la imparcialidad de dicho Tribunal(392).

Declarada pues la rebeldía y acordada la suspensión y archivo de las actuaciones respecto del rebelde, el artículo 843 prevé que en el auto de suspensión se haga una reserva de acciones civiles a favor de la parte ofendida por el hecho delictivo imputable a éste. Y es que esta parte ofendida lógicamente ve cercenado el ejercicio de sus acciones civiles en el proceso penal por la suspensión y archivo del mismo, siendo que con la citada reserva se le permite ejercer sus pretensiones restitutorias, reparadoras e indemnizatorias en el correspondiente proceso civil, sin que ello tenga repercusión alguna en los embargos realizados ni las fianzas prestadas, no siendo por tanto alzados aquéllos ni canceladas éstas, mor al expreso mandato al respecto realizado por el antes citado precepto. Lógicamente, en el caso de que fueran varios los perjudicados y solo uno o unos fueran los que, en su propio interés, ejercieran sus acciones en la jurisdicción civil, la sentencia allí ganada será plenamente ejecutable sobre los bienes que estuvieran embargados, sin que nada puedan obstar el resto de perjudicados que no ejercieron en aquella vía su acción, pues «en otro caso resultaría el absurdo de que la apatía o la malicia de los demás perjudicados que por cualquier motivo, más o menos lícito, no instasen la declaración en vía civil de sus presuntos derechos, vendría a perjudicarse un derecho legalmente reconocido, lo cual no puede admitirse en buenos principios jurídicos»(393).

Las señaladas previsiones del artículo 843 son aplicables tanto al supuesto en el que el proceso se suspende por haberse declarado la rebeldía del único o todos los investigados (por tanto, no continúa el procedimiento contra nadie), como si se archiva respecto de uno o varios rebeldes y se continúa contra el resto, siempre que en este caso el perjudicado lo sea por unos hechos imputables a alguno de los rebeldes. Sin embargo, cosa distinta ocurre con la devolución de los efectos e instrumentos del delito y las piezas de convicción, las cuales, según ordena el artículo 844, sí serán devueltas a sus legítimos propietarios («que no resulten civil ni criminalmente responsables del delito») si la suspensión y archivo es respecto de todos los investigados («cuando la causa se archive por estar en rebeldía todos los procesados...»), si bien que en estos casos dicho precepto establece como cautelas el que por parte del Secretario (hoy Letrado de la Admi-

(392) Vide así SSTC 145/1988, de 12 de julio (FJ 7.º) y 85/1992, de 8 de junio (FJ 2.º).

(393) Véase, al respecto, Consulta resuelta por la redacción de la revista *Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 88, 1890, pp. 34 y s.

nistración de Justicia) previamente se extienda una diligencia que consigne la descripción minuciosa de todos los efectos que se devuelven y que, asimismo, antes de la citada devolución, se proceda a la tasación pericial que habría de realizarse si la causa hubiera de continuar con su curso ordinario, añadiendo una remisión a la salvaguarda prevista en los artículos 634 y 635, esto es, que deberán quedar retenidos los efectos que no tengan dueño conocido y cuando, aun perteneciendo a una persona determinada, sea un tercero el que solicita tal retención hasta que se resuelva la acción civil que se propusiere entablar, siendo en este último caso que si el juez o tribunal accede a ello deberá fijar el plazo en que dicho tercero solicitante de la retención debe acreditar ante él que ha entablado efectivamente dicha acción civil, ya que de no hacerlo se levantará la retención de los efectos y se procederá a la entrega de sus propietarios.

Dejando la fase de instrucción y entrando ya en la *fase de juicio oral*, decir que es el artículo 841 el que dispone que «si al ser declarado en rebeldía el procesado se hallare pendiente el juicio oral, se suspenderá éste y se archivarán los autos»(394). El precepto peca de una mala redacción, pues parece como si proscribiera la celebración de todo juicio oral en causa en la que se haya declarado la rebeldía de un acusado, y ello solo es cierto en los supuestos en los que el único acusado o todos los acusados son declarados en rebeldía, pues en otro caso, esto es, habiendo otros acusados que se hallan a disposición de la justicia, el artículo 842, ya estudiado, es de plena aplicación, y por tanto, cabe suspender el juicio respecto al rebelde o rebeldes, y proceder a celebrar el juicio oral con los demás(395). Y, es más. La citada regulación es solo predicable para el procedimiento ordinario, en donde la declaración de rebeldía se alza como un requisito *sine qua non* para juzgar al resto de acusados, pues como ya hemos estudiado, y a lo dicho más arriba nos remitimos, en el procedimiento abreviado

(394) Debemos recordar que, en este supuesto, también son aplicables las previsiones del artículo 843, referidas a la reserva de la acción civil en favor de los perjudicados, con mantenimiento de embargos y fianzas.

(395) Solo hacer notar que respecto al juicio que se celebre contra los no rebeldes, la sentencia que ponga fin al mismo, si es condenatoria, impondrá las costas con la deducción correspondiente desde que en dicho procedimiento se declare la rebeldía respecto de alguno o algunos de los encartados, por lo que «las costas deben distribuirse en proporción al número de imputados, solo hasta el momento en que se hubiera producido la declaración de rebeldía y, a partir de entonces, las mismas no deberían gravar más que a los presentes y contra los que se siguieron realmente las restantes actuaciones» (STS 1889/2002, de 13 de noviembre, FJ 4.º, con cita expresa de la Sentencia de la misma Sala de 23 de marzo de 1987, FJ 4.º, que a su vez remite a la Sentencia de 19 de abril de 1969).

el artículo 786 permite incluso el enjuiciamiento de los acusados presentes sin necesidad de que se declare expresamente la rebeldía de quien por dicho motivo no es juzgado, sin que ello suponga causar indefensión alguna a los que se juzgan(396).

Ahora bien, se puede plantear el problema de los casos en los que la rebeldía sobreviene una vez iniciado el juicio oral, cuando éste ha de dilatarse durante varias sesiones, algo que el citado artículo 841 no prevé, pues el mismo se circunscribe a cuando «el procesado se hallare pendiente del juicio oral», es decir, a la fase que media entre la conclusión del sumario y antes de celebrarse el juicio. Se trataría de un supuesto normalmente encuadrable en lo previsto en el artículo 835.3.º antes visto, es decir, la de quien hallándose en libertad provisional deja de concurrir a la presencia judicial el día en que le está señalado, y siempre, claro es, que no pueda ser enjuiciado en ausencia por cumplirse las previsiones del artículo 786 párrafo 2.º. Aquí entendemos que si estamos en un procedimiento abreviado se podría hacer uso de lo dispuesto en párrafo 1.º del citado artículo 786, que como ya hemos visto prevé el enjuiciamiento de los presentes, aunque el incompareciente no se encuentre declarado formalmente en rebeldía, por lo que el juicio no tendría que suspenderse sino solo contra el ausente, pudiendo continuar contra los presentes. En caso contrario, tratándose de un procedimiento ordinario, y ante la defectuosa redacción del citado artículo 841, cabrían dos posibilidades. En primer lugar, utilizar la previsión contenida en el artículo 746.6.º párrafo 2.º según el cual «no se suspenderá el juicio por la enfermedad o incomparecencia de alguno de los procesados citados personalmente, siempre que el Tribunal estimare, con audiencia de las partes y haciendo constar en el acta del juicio las razones de la decisión, que existen elementos suficientes para juzgarles con independencia»(397), por lo que procedería juzgar solo a los presentes y dejar para el futuro el enjuiciamiento por separado del

(396) Por todas, SSTS 618/2018, de 4 de diciembre (FJ 1.º), y 384/2020, de 9 de julio, (FJ 2.º).

(397) La jurisprudencia se ha preocupado de perfilar los supuestos y requisitos necesarios para poder aplicar las previsiones del citado artículo 746.6.º párrafo 2.º. Véanse al respecto, por todas: SSTS 1850/2002, de 3 de diciembre (FJ 2.º) y 1029/2003, de 7 de julio (FJ 4.º). En la primera de ellas leemos: «Ahora, en el momento procesal en que nos hallamos, cuando ya se ha celebrado el juicio oral y cuando además conocemos el resultado de ambos juicios, así como las pruebas utilizadas para condenar, podemos afirmar que, sin lugar a dudas, fue acertada la resolución del Tribunal de no suspender el juicio oral. La declaración de uno más entre los doce acusados hacía perfectamente posible que los otros once pudieran ser juzgados sin la presencia en el mismo acto de este que luego fue objeto de otro juicio posterior y de otra sentencia distinta, aunque con imposición de las mismas penas que a la mayoría de los demás acusados. Se trataba de uno más entre doce sin ninguna particu-

incompareciente. En otro caso, entendiendo que no fuera dable ello, lo único procedente sería suspender el juicio ex artículo 746 1.º y dictar la correspondiente requisitoria que lleve a la declaración de rebeldía que permita archivar provisionalmente el proceso contra el ya rebelde y continuar el juicio con los restantes, todo ello realizado en un breve plazo de tiempo (por ejemplo, fijando la vigencia de la requisitoria en el conocido plazo de diez días), lo que permitirá conservar la validez de las sesiones plenarias ya celebradas(398), siendo así acordado conforme a lo dispuesto en el artículo 748.

laridad concreta en relación con los otros miembros de la tripulación, de modo que podía prescindirse de su declaración para el debido enjuiciamiento de los demás».

Ahora bien, hemos de destacar que la jurisprudencia resalta como requisito esencial el que se justifique la existencia de elementos suficientes como para juzgar a los presentes con independencia del que no comparece. Así la STS 626/2016, de 13 julio (FJ 5.º), dice: «La infracción que consideramos cometida –decidir la no suspensión sin justificar expresamente la viabilidad del enjuiciamiento separado– dada la vulneración que implica del derecho a la defensa de quien devino penado, además de para el derecho a la tutela del acusador, determina la nulidad de los actos procesales de enjuiciamiento conforme a lo dispuesto en el artículo 238.3.º de la ley Orgánica del Poder Judicial por lo que, de conformidad con el artículo 240.2 de la misma, cabe declararla, incluso de oficio, una vez que, como en este caso, las partes han sido oídas al respecto. Por ello debemos estimar, en parte, el recurso de la defensa del penado, con los efectos en parte solicitados por la acusación popular. Pero en la limitada medida de: a) no afectar con esta resolución la competencia del Tribunal de instancia para decidir con absoluta libertad de criterio sobre la suspensión, que no sobreesimiento, de la vista del juicio oral que no del total procedimiento; b) que la resolución que al efecto adopte deberá justificar, no solamente la razón de la mera eventual continuación respecto del acusado no doliente, sino muy específicamente que existen razones que justifican la posibilidad de enjuiciar a los coacusados de manera separada».

(398) Como bien advierte la jurisprudencia: «el sistema admite la interrupción durante un corto espacio de tiempo y su reanudación dentro de un espacio temporal no demasiado largo; de tal manera que si este lapso se extiende en demasía es necesario anular la parte del juicio celebrada, señalándose un nuevo día para el comienzo de las sesiones». STS 2228/1994, de 23 de diciembre (FJ 8.º). Como es bien sabido, para el Procedimiento abreviado el artículo 788.1 prevé que la validez de lo practicado antes de la suspensión del juicio es dable si dicha suspensión no sobrepasa, de sesión suspendida a reanudada, los treinta días (ha de entenderse hábiles). *Vide* al respecto STS 1080/2002, de 6 de junio (FJ 4.º). No obstante, la jurisprudencia ha relativizado la necesaria consecuencia de tener por nulo todo lo celebrado si se sobrepasa dicho plazo de treinta días, y así, por ejemplo, ha amparado supuestos excepcionales de imposibilidad de reanudar el juicio dentro de dicho plazo por no tener días hábiles libres el Tribunal (STS 581/2000, de 7 de abril [FJ 3.º]), o cuando la superación de dicho plazo lo fue con la aquiescencia del Letrado de la defensa (STS 470/1999, de 29 de marzo, [FJ 4.º]), llegando a afirmar que «por el principio de unidad del ordenamiento jurídico no dejaría de ser un contrasentido jurídico que en el procedimiento abreviado la superación del plazo de 30 días para la suspensión o aplazamiento de la sesión del juicio oral, art. 788.1, implique la nulidad de la prueba practicada y en el

Cabe todavía la posibilidad de que la rebeldía acontezca en un momento posterior a la celebración del juicio oral, esto es, cuando ya se ha dictado la correspondiente sentencia y, por tanto, nos encontremos en *fase de su posible impugnación*. En este caso, el artículo 845, de nuevo con poca fortuna en su redacción, señala que «si el reo se hubiere fugado u ocultado después de notificada la sentencia y estando pendiente el recurso de casación, éste se sustanciará hasta definitiva, interesando el secretario judicial (hoy letrado de la Administración de Justicia) que se nombre al rebelde abogado y procurador de oficio. La sentencia que recaiga será firme. Lo mismo sucederá si habiéndose ausentado u ocultado el reo después de haberle sido notificada la sentencia, se interpusiere el recurso por su representación o por el Ministerio Fiscal después de su ausencia u ocultación».

Se parte pues aquí de que el juicio penal se celebró estando presente el acusado, siendo así que tras el mismo y recayendo una sentencia no firme por estar recurrida, el «reo», fuera éste condenado o absuelto, se «fuga u oculta». La referencia al término reo puede suscitar dudas, pues si bien es verdad que en su concepción originaria (del latín *reus*), haría referencia al simple procesado o acusado(399), lo cierto es que moderadamente se ha extendido la idea de asimilarlo al de condenado(400),

procedimiento por sumario –aplicable al enjuiciamiento de los delitos más graves, con penas privativas de libertad superiores a 9 años– se permite la suspensión sin fijación de plazo máximo y por tanto, con validez de lo actuado (arts. 744, 746 y 748 LECrim)» (STS 97/2010, de 10 de febrero [FJ 3.º]).

(399) Algo que ya expusiera Mommsen con su magistral estilo (*Derecho penal romano*, cit., pp. 131 y s.) al escribir al respecto: «*Reus*, por razón de su procedencia etimológica, no significaba más sino la parte en el procedimiento privado, cualquier que fuese la forma de éste y el papel que en el mismo correspondiera desempeñar a cada una de las partes; en efecto, *res*, de donde *reus* se deriva, era una palabra que se aplicaba frecuentemente, igual que nosotros lo hacemos con la palabra cosa, a las cosas jurídicas con especialidad. El nombre de *reus* dejó de usarse muy pronto con aplicación al demandante y quedó solo para el demandado, por regla general, pero sin distinguir, a lo menos en el uso jurídico, entre el demandado en el juicio civil o el del juicio penal». Sería pues luego cuando se vendría a emparejar el término *reus* con la parte pasiva del proceso penal, de donde el «reus» quedaría así confrontado procesalmente al «actor» (vide al respecto, TORRENT RUIZ, A., voz «Reus» en *Diccionario de Derecho romano*, cit., p. 1111), es decir, como sinónimo de demandado o acusado (así todavía lo contemplaba Escriche en su *Diccionario*, cit., pp. 584 y s.), siendo que con dicho sentido se utiliza actualmente en expresiones como «in dubio pro reo». Este sentido, más técnico, es el que, por cierto, se ha mantenido hasta la actualidad en el Derecho canónico, en donde se utiliza como equivalente a persona sometida a juicio (vide, *Codex Iuris Canonici*, cánones 1720.1.º, 1723 §§ 1 y 2, 1724 § 2, 1726 y 1727).

(400) Así, definiendo al reo como «el que ha cometido algún delito por el que se hizo digno de castigo» (primera acepción ya del término «reo» en el *Diccionario Judicial* de 1831, cit., p. 207), o sea, como sinónimo de condenado («persona condenada por la comisión de un hecho delictivo» (Esteban Mestre, en *Diccionario de*

por lo que quizás sería preferible utilizar simplemente el término sentenciado, máxime si tenemos en cuenta que dicho sentenciado al que el precepto se refiere puede ser tanto el condenado como el absuelto, pues como hemos visto el artículo 845 también prevé el supuesto de que, habiendo sido absuelto, la sentencia sea recurrida «por alguna de las acusaciones», interpretación ésta que debemos dar a dicho precepto aunque la literalidad del mismo haga solo referencia al recurso planteado por el ministerio fiscal, interpretación amplia predicable, igualmente, en lo referido a la catalogación del recurso planteado que, lógicamente, también podrá ser el de apelación.

Así pues, en resumidas cuentas, el artículo 845, y a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos europeos con el aval de la jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos(401), viene a establecer que la rebeldía del sentenciado producida después del dictado de la sentencia no cierra la posibilidad de ser recurrida por parte de éste, sustanciándose igualmente hasta su resolución en caso de que la rebeldía acontezca habiéndose ya presentado recurso. Ahora bien, con la plena implantación en nuestro sistema de la doble instancia penal, diseñado ya en la Ley Orgánica 5/1995 y que ha culminado con la Ley 41/2015, de 5 de octubre, se ha de entender que el recurso ordinario a que en primer lugar se ha de referir el precepto es el de apelación, por lo que para su presentación no es necesaria la provisión de abogado y procurador distinto de los que ya tenía el sentenciado cuando fue juzgado, siendo solo cuando la rebeldía tenga lugar tras la sentencia de apelación cuando, al objeto de que ésta pueda ser recurrida en casación, será necesaria tal provisión, en caso de que el procurador y Letrado de la causa no tengan habilitación para ello (letrados y procuradores del turno de oficio no habilitados para actuar en casación).

Como vemos, el régimen del rebelde penal en fase del recurso es completamente distinto a lo que acontece en la fase instructora y de enjuiciamiento, pues mientras que en éstas lo que se produce es la suspensión del procedimiento y el archivo de las actuaciones respecto al rebelde, en la fase de impugnación se permite la presentación y

Ciencias Penales, cit., p. 443), o «merecedor de ser condenado», siendo este sentido en el que lo utiliza en ocasiones en Código Penal (así, art. 138, «el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio...»).

(401) Efectivamente, el Tribunal de Estrasburgo ha avalado los supuestos en los que no se ha permitido al abogado del condenado en ausencia recurrir la sentencia por no estar ello permitido en los respectivos ordenamientos (como ocurre actualmente en Francia). Véanse SSTEDH de 21 de enero de 1999 (caso *Van Geyselghem contra Bélgica*), de 13 de febrero de 2001 (caso *Krombach contra Francia*) y de 6 de noviembre de 2012 (caso *Neziraj contra Alemania*).

sustanciación del recurso estando el sentenciado en rebeldía. Y ello es así porque si la presencia del investigado/acusado se entiende de trascendental importancia en las fases de instrucción y enjuiciamiento, no sucede lo mismo en la de recurso, pues como ya dijimos, con cita expresa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo(402), en ésta la participación del sentenciado se entiende superflua, al debatirse en esta fase cuestiones eminentemente jurídicas y estar debidamente asistido el rebelde para ello de su abogado.

Finalmente, el artículo 846 intenta dar solución a la vicisitud de que el declarado rebelde comparezca o sea presentado ante la autoridad judicial en los supuestos en los que la causa contra él dirigida había quedado suspendida ex artículos 840 y 841, es decir, antes de la celebración del juicio oral, ordenando al respecto que «el Juez o Tribunal abrirá nuevamente la causa para continuarla según su estado». La redacción procede de la reforma llevada a cabo por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que se ha limitado a precisar que la reapertura es una decisión que debe tomar el juez o tribunal, pues hasta entonces no se hacía referencia competencial alguna («se abrirá nuevamente la causa» decía el precepto).

Así las cosas, aparecido o presentado el rebelde cuando la causa quedó archivada antes de la celebración del juicio oral, se reabrirá la misma por resolución judicial que paralizará el plazo de prescripción, procediéndose a continuar la fase intermedia del proceso por la situación en que se hallaba y señalándose así el procedimiento para celebrar el juicio oral. Mayor problema presenta el caso de que el rebelde se presente al inicio, o una vez iniciado, el juicio contra los acusados que no fueron declarados en rebeldía, algo que la literalidad del artículo 846 no contempla. A este respecto la mayoría de la doctrina(403) sigue la solución que en su día diera la Fiscalía del Tribunal Supremo, en su añeja Memoria del año 1899(404), que resolvió la duda planteada al respecto en el sentido de que, a pesar de la comparecencia del rebelde, debía de continuarse el juicio tan solo en cuanto a los que no incurrieron en rebeldía, y después de terminado dicho

(402) STS 371/2018, de 19 de julio, (FJ 2.º).

(403) Desde Aguilera de Paz (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, cit., p. 809), a Garberí («Del procedimiento contra reos ausentes (arts. 834-846)», cit., p. 892), pasando por Herce Quemada (GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal*, cit., p. 371).

(404) *Memoria que, en cumplimiento á lo dispuesto en el art. 15 de la ley adicional á la orgánica del poder judicial, eleva al gobierno de S. M. sobre el estado actual de la administración de justicia en España el Fiscal del Tribunal Supremo Don Salvador Viada y Vilaseca*, Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1899, p. 144.

juicio, abrirse la causa de nuevo respecto del rebelde que compareció en tal estado, y ello por considerar que en realidad en este caso no se puede dar cumplimiento inmediato a lo preceptuado en el artículo 846 que ordena la reapertura de la causa que fue provisionalmente archivada, al no existir previsión legal alguna en el artículo 746 (ni siquiera en el núm. 6 referido como sabemos a «revelaciones o retracciones inesperadas que produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria») que permita suspender para ello el juicio, y además porque dicha posible suspensión implicaría una especie de castigo para los acusados que no se sustrajeron a la acción de la justicia. A ello habría que añadir que habría supuestos en los que sería del todo punto imposible el enjuiciamiento del rebelde aparecido, lo que ocurriría cuando, al haberse suspendido la causa tras la conclusión del sumario y, por tanto, antes de declararse la apertura del juicio oral, no existiesen por tanto escritos ni acusatorio ni defensivo (conclusiones provisionales en el procedimiento ordinario).

Sin embargo, entendemos que esta solución apriorística dada por la doctrina con base a la citada Memoria de Fiscalía del Tribunal Supremo es excesivamente rigorista, por lo que somos de la opinión de que habrá casos en los que si el rebelde aparece al inicio del juicio señalado para el resto de acusados, cabría la posibilidad de su enjuiciamiento si se cumplen con los requisitos básicos exigibles para ello, algo no tan raro en el procedimiento abreviado, a saber, que haya al menos escrito acusatorio y auto de apertura de juicio oral, y siempre que lógicamente el rebelde aparezca debidamente asistido del Letrado que le defenderá en el juicio y que nada oponga para la celebración del mismo con las pruebas que han sido admitidas, siendo que de ser así, esto es, habiendo solicitud expresa de dicho enjuiciamiento por parte del rebelde y de su abogado, ninguna indefensión se ha de entender que ello le ocasiona, pudiendo así el juez o tribunal acordar la reapertura de la causa a la que se refiere el artículo 846 en trámite de cuestiones previas, trámite en el que entiendo que habrá que escuchar igualmente al resto de partes, siendo en este sentido que el resto de defensas, caso de existir conflicto de intereses entre ellas, podrán solicitar la suspensión del juicio para poder preparar el mismo ante la irrupción de una prueba a practicar, la del coimputado, que les pudiera perjudicar, petición de suspensión que podría ser acogida en virtud de lo dispuesto en el artículo 745 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal(405).

(405) Según el cual «el presidente del Tribunal podrá suspender la apertura de las sesiones cuando las partes por motivos independientes de su voluntad, no tuvieren

IV.5 Rebeldía y derecho de defensa

Ya hemos señalado como una de las cuestiones más espinosas que puede plantear el estatuto del rebelde penal tiene que ver con la situación que el mismo presenta desde el punto de vista del derecho de defensa, lo que explica que hayamos decidido tratar este tema en apartado separado. Y es que son planteables aquí varias cuestiones relativas a la posible indefensión que el régimen jurídico estudiado puede ocasionarle al rebelde penal, cuestiones que irían desde la posibilidad de recurrir la propia declaración de rebeldía, a su posible participación en el juicio que se celebre contra otros acusados, pasando por las consecuencias derivadas de la práctica de diligencias sumariales y la celebración de juicio oral a sus espaldas. Es por ello que debamos hacer una exposición, lo más sistemática posible, de dichos problemas.

Como sabemos, el estatuto del rebelde penal tiene como acta de nacimiento el auto de declaración de rebeldía, siendo así que el primer interrogante es si tanto éste, como el auto de busca y captura que le antecede, son recurribles por el requisitoriado/rebelde. En principio, al ser ambos una resolución judicial que revisten la forma de auto le son de aplicación el régimen de recursos previstos legalmente para la impugnación de estas resoluciones interlocutorias, por lo que dictados por un juez de instrucción (supuesto más normal) o un juez de lo penal, serían recurribles en reforma y apelación en virtud de lo dispuesto en los artículos 217 y 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo por ello que en cualquier modelo de dichos autos que pueda consultarse se verá el oportuno pie de recurso. Sin embargo, la cuestión se complica si tenemos en cuenta que la presentación de dichos recursos exige inexorablemente la firma de Letrado (art. 221), por lo que si la busca o la rebeldía son dictados en un momento procesal muy incipiente (así al intentar ser llamados para tomarles declaración en calidad de investigados) sería necesaria la oportuna designación de Letrado de oficio para poder hacer valer el derecho al recurso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 118.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es a partir de ese momento, es decir, constituida la «situación procesal de rebeldía», cuando comienza la mayor problemática relacionada con el rol procesal que el rebelde ha de tener en una causa en la que se practicarán diligencias sumariales sin su

preparadas las pruebas ofrecidas en sus respectivos escritos». No obstante, la literalidad del precepto, la jurisprudencia admite la suspensión de juicio a su amparo en los supuestos de proposición de nuevas pruebas cuya práctica, sin la debida preparación, pudiera ocasionarles indefensión. *Vide*, al respecto, por todas, STS 710/1997, de 20 de mayo (FJ 2.º).

conocimiento y participación y, concluido el sumario, se archivarán las actuaciones respecto del mismo, pudiendo celebrarse el juicio oral con el resto de acusados.

En cuanto a la posible realización de diligencias en fase de instrucción a espaldas del rebelde ya adelantamos que ninguna indefensión al mismo se le ocasiona pues, como dijimos, ninguna diligencia que exija su directa intervención personal será practicada, salvo, claro es, aquellas que el propio legislador se ha preocupado en reglamentar la forma de realizarlas en ausencia del interesado, como acontece con la apertura de correspondencia postal y telegráfica en los artículos 585 y 587 o el registro domiciliario en el artículo 569. Son estas las razones que llevaron a la mejor doctrina a, ya en el siglo pasado, despejar cualquier duda sobre la afección del derecho de defensa del rebelde por la práctica de estas diligencias(406).

Cuestión distinta será, como ya dijimos, el valor probatorio que estas diligencias sumariales puedan tener luego en el juicio oral que se celebre, debiendo en este caso distinguirse entre el juicio que se lleve a cabo con los acusados no rebeldes y el juicio al que eventualmente pueda ser sometido el rebelde, si éste se presenta o es habido antes de que prescriba el delito (o más técnicamente dicho, que prescriba la acción para enjuiciar unos hechos de apariencia delictiva)(407).

(406) Así, por ejemplo, AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, cit., p. 794, en donde leemos: «...pero el fundamento de esta impugnación desaparece, teniendo en cuenta la clase de diligencias que pueden ser practicadas en ese caso y la razón que ha tenido la ley para no decretar la suspensión del procedimiento hasta la ejecución de las mismas. En efecto, en el estado procesal a que nos referimos no puede practicarse actuación alguna que requiera la presencia personal del procesado por impedirlo la ausencia y rebeldía del mismo; y, en su virtud, quedará reducida la continuación del procedimiento, posterior a la declaración citada, a la práctica de aquellas diligencias necesarias para los fines de la instrucción sumarial y que pueden ser practicadas sin el concurso del inculpado, al cual no se causa perjuicio con ello, toda vez que el sumario no es más que una preparación para el juicio, y de celebrarse éste puede practicarse prueba en él y deshacerse lo que hubiere en el sumario prejudicial o desfavorable para el acusado; pero aun cuando se le causaren, suya sería la culpa, por su voluntaria e indebida falta de comparecencia».

(407) Como hemos tenido oportunidad de precisar en alguna otra ocasión, el término «prescripción del delito» es técnicamente incorrecta, toda vez que es evidente que el delito no existe hasta tanto no se consagra como tal en una sentencia condenatoria firme, por lo que en realidad cuando hablamos de prescripción del delito nos estamos refiriendo a la prescripción de la acción para perseguir unos hechos que tienen caracteres de delictivos, siendo por ello más acertada (aunque no del todo) la rúbrica legal que utilizó el Código Penal de 1928 al hablar de «la prescripción de la acción para perseguir y continuar la persecución de los delitos». Véase mi *Derecho penal. Parte General*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 772 y s.

En cuanto al primero, la piedra angular sobre la que se cimentará el valor probatorio de las diligencias que se practicaron en fase instructora vendrá dado, no tanto por la intervención en ellas del rebelde, como por la participación que en las mismas tuvieron los acusados no rebeldes, que son los que ahora se están juzgando, debiendo tenerse presente en este sentido que la jurisprudencia ha evolucionado en relación a la exigencia de contradicción en las diligencias sumariales, y así el propio Tribunal Constitucional(408) ha señalado que no es preciso que la contradicción sea efectiva en el momento en que se presta la «declaración sumarial inculpatória», pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. «Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial», por lo que, en definitiva, no existe vulneración del principio de contradicción cuando, «aun existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa». Así pues, «el principio de contradicción se respeta, no solo cuando el demandante (su dirección letrada) goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable», como, por ejemplo, cuando la ausencia de contradicción efectiva sea imputable al propio acusado o a su defensa(409). Esta es la doctrina seguida por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo(410), en línea, por cierto, con la sentada al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos(411).

(408) Véanse por todas, SSTC 155/2002, de 22 de julio (FJ 10.º), 187/2003, de 27 de octubre (FJ 4.º), 206/2003, de 1 de diciembre (FJ 2.º) y 1/2006, de 16 de enero (FJ 5.º).

(409) STC 134/2010, de 2 de diciembre (FJ 3.º).

(410) Véanse, así, SSTS 1031/2013, de 12 de diciembre (FJ 4.º), 270/2016, de 5 de abril (FJ 1.º), 211/2017, de 29 de marzo (FJ 2.º) y 441/2017, de 19 de junio (FJ 3.º).

(411) Así, en la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de diciembre de 2011 (caso *Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido*), se afirma que la posibilidad de contradicción, al menos potencial, mediante el contra-interrogatorio del testigo de cargo, no es una regla de validez absoluta, sino un principio de elevado rango, susceptible de ser ponderado y modulado con otros intereses en virtud de las circunstancias de cada caso. En la STS 441/2017 citada en la anterior nota se lleva a cabo una interesante glosa de la doctrina sentada por la esta sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (FJ 3.º).

Mayor interés presenta el valor probatorio de las diligencias sumariales realizadas estando el investigado en rebeldía y que luego pretenden adquirir valor probatorio en el juicio que contra éste se celebre, una vez que el mismo se presentó a la autoridad judicial o fue hallado y puesto a disposición de ésta. Aquí también serían aplicables las consideraciones hechas anteriormente respecto al valor de aquellas diligencias que se practicaron sin contradicción debido precisamente a encontrarse en situación de rebelde penal, debiendo indicarse que como regla general, y por tanto al margen de la práctica de diligencias que en su ausencia se realizaron con previsión legal al respecto (como, por ejemplo, las ya citadas de registro domiciliario o apertura de correspondencia postal y telegráfica), la doctrina expresamente fijada al respecto por el Tribunal Constitucional es clara y tajante, señalándose en tal sentido que son valorables las diligencias sumariales que se realizaron sin la participación del acusado rebelde (por ejemplo, la declaración de un coimputado) precisamente porque éste se hallaba ya en dicha fase instructora, huido o en rebeldía(412), es decir, que su no sometimiento a contradicción fue por causa a él solo atribuible.

Descartada pues la indefensión por la práctica de diligencias sumariales sin la participación del rebelde, debemos preguntarnos si ello supone que hasta que se concluya el sumario, y una vez se archive provisionalmente la causa contra el rebelde, éste debe tener siempre una actitud pasiva en el procedimiento o si, por el contrario, puede participar en el curso del mismo, a través de sus representantes, con la formulación de recursos. Es esta la polémica cuestión relativa a la doctrina del abuso de representación.

La citada *doctrina del abuso de representación* comenzó a forjarse en la jurisprudencia constitucional a mediados de la década de los años ochenta, viniendo a señalar que el requisito legal de la comparecencia personal del entonces llamado imputado para poder ejercer el derecho de defensa en el proceso penal en modo alguno era una exigencia irrazonable ni desproporcionada, por lo que el rechazo judicial a las personaciones del rebelde en la causa a través de su procurador y abogado no vulneraban su derecho de defensa. Esta era la doctrina matriz y originaria de la doctrina del abuso de representación que se contenía en las Sentencias del Tribunal Constitucional 87/1984, de 27 de junio y 149/1986, de 26 de noviembre(413).

(412) SSTC 187/2003, de 27 de octubre (FJ 4.º) y 115/1998, de 1 de junio (FJ 4.º). Particularmente, sobre no participación en prueba anticipada, STS 613/2018, de 29 de noviembre (FJ 8.º).

(413) Sobre la que se fundamentarán muchas resoluciones de nuestros Juzgados y Tribunales, *vide* por todas, Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección

Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 87/1984 se razona que «el sistema seguido por la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 834 a 846) se basa en primer término en el principio de sujeción del acusado al procedimiento. La comparecencia personal del acusado en el proceso penal es un deber jurídico que se le impone, no es un derecho que se le confiere o una carga que se le atribuye. El acusado debe estar en persona a disposición de los Tribunales (FJ 4.º)». El requisito de la comparecencia personal para ejercer la defensa en el proceso penal no es «irrazonable o desproporcionado», pues «la presencia personal del acusado en el proceso penal es un deber», cuya finalidad es clara: «de un lado, el acusado debe estar a disposición de la justicia para sufrir en su caso el cumplimiento coactivo de la pena. De otro lado, su propia presencia puede ser conveniente y aún necesaria para el esclarecimiento de los hechos. Por último, si la situación persiste concluido el sumario no puede celebrarse la vista oral ni haber sentencia, respecto del rebelde, con lo que se paraliza el procedimiento, al menos parcialmente, con daño evidente no solo de los particulares posiblemente afectados, sino también de los intereses públicos cuya importancia en el proceso penal no es necesario destacar. Quien incumple ese deber y se substraе voluntariamente a la acción de la justicia y pretende además sustituir la obligada comparecencia personal por una comparecencia por medio de representante... se coloca en una situación anómala respecto al proceso, al exigir sus derechos al mismo tiempo que incumple sus deberes, y perturba gravemente el desarrollo del procedimiento» (FJ 5.º).

Además, tampoco resulta que la exigencia de la comparecencia personal en la fase instructora «incida sustancialmente en el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales y en el derecho a la defensa», pues «en la fase sumarial se realizan sobre todo actos de investigación, y solo las diligencias que no pueden reproducirse en el juicio tienen la consideración de actos de prueba», a lo que se añade que «según la regulación de la rebeldía en nuestro ordenamiento procesal penal, cuando esta se produce en la fase sumarial el sumario se instruye hasta su conclusión, pero no puede celebrarse juicio oral ni dictarse sentencia en relación con el rebelde, es decir, se suspende el curso de la causa respecto al rebelde, causa que se abrirá nuevamente si aquel se presenta o es habido» (FJ 6.º).

En la misma línea, la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1986 reitera que el derecho de defensa se ha de ejercer dentro del proceso legalmente establecido y con cumplimiento de

1.ª, de 6 de noviembre de 2000 (Recurso de queja núm. 12/2000, FJ 1.º).

sus requisitos, concluyendo, en consecuencia, que la negativa a que el rebelde se persone en el sumario por medio de procurador no vulnera los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa. En efecto, «el proceso ordinario por delito está regido por el principio de sujeción del acusado al procedimiento, que impone a éste el deber jurídico de la comparecencia personal» y «la razonabilidad y no incidencia sustancial en el derecho de defensa» de esta exigencia de comparecencia personal han sido ya declaradas en la STC 87/1984, con un doble fundamento. En cuanto a la razonabilidad, por «el deber del acusado de someterse personalmente al proceso penal en garantía del mejor esclarecimiento de los hechos y del cumplimiento coactivo de la pena que pueda imponerse»; y, respecto a la escasa injerencia en el derecho de defensa, porque «la suspensión de la causa, mientras dura la situación de rebeldía, impide que el procesado sea condenado en su ausencia y le permite ejercitar su derecho de defensa, cuando se proceda a su reapertura por haberse presentado o ser habido, pudiendo en este momento aportar al Tribunal sentenciador todas las alegaciones y pruebas pertinentes que decida utilizar frente a la acusación» (FJ 2.º)(414).

Ahora bien, la citada doctrina sentada sobre al abuso de representación en los años ochenta sufrió una importante modulación en la primera década del presente siglo, al entenderse que existen supuestos en los que la exigencia de comparecencia personal no está prevista legalmente y por ello resultaría desproporcionada la negativa a la personación mediante abogado y procurador, juicio de proporcionalidad al respecto que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha preocupado de subrayar(415).

(414) Como bien se ha preocupado de subrayar el Tribunal Constitucional (STC 24/2018, de 5 de marzo, FJ 2.º): «Valga advertir ya en este momento que si bien las SSTC 87/1984 y 149/1986 se refieren a supuestos planteados en el proceso penal ordinario por delito, la conclusión que se alcanza en ellas en cuanto al principio de sujeción del acusado al procedimiento y el consiguiente deber de comparecencia personal en el proceso, en garantía del mejor esclarecimiento de los hechos y del cumplimiento coactivo de la pena que pueda imponérsese, resulta perfectamente trasladable a los casos en que el proceso penal se sustancie por los cauces del procedimiento abreviado, como acontece en el presente asunto».

(415) En este sentido es recordable que dicha jurisprudencia viene sosteniendo que, efectivamente, los Estados disponen de una amplia libertad de configuración para decidir cómo garantizar el derecho a la defensa y la asistencia letrada del acusado en sus sistemas judiciales (por todas, STEDH 24 de mayo de 1991, caso *Quaranta contra Suiza*, § 30) y que la compatibilidad con el derecho de defensa de las limitaciones legalmente impuestas al mismo depende de las circunstancias del proceso particular y de la clase del proceso mismo. Así el derecho a la defensa y a la asistencia letrada puede adoptar diversas formas (entre las que puede encontrarse la

Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2000, de 30 de marzo, que abordó la cuestión de la posibilidad de conceder la extradición para el cumplimiento de sentencias dictadas en ausencia, se advierte(416) que «ciertamente, el acusado tiene el deber de comparecer al llamamiento del Tribunal, hasta el punto de que, de no hacerlo así, la orden de comparecencia puede transformarse en orden de detención (STC 87/1984, de 27 de julio, FJ 4). Cualquier otra sanción procesal que pretenda anudarse a la incomparecencia ha de ser proporcionada a la conducta que se sanciona y, por consiguiente, no puede alterar las garantías básicas del proceso justo, máxime cuando lo que se ventila en él es una pena especialmente grave, adecuada, tal vez, al delito cometido, pero irrazonable y arbitraria como sanción del incumplimiento de un deber procesal» (FJ 15.º). Y termina afirmando que «en el caso de los derechos procesales, precisamente por su naturaleza formal, la voluntad de renuncia ha de hallarse, con mayor razón, rodeada de un mínimo de garantías para que no quede desnaturalizada. Lo que, evidentemente, ocurre en casos como el presente en que, al hallarse el acusado sometido a una imputación que comporta una pena muy grave, la comparecencia implica normalmente su ingreso en prisión y, por consiguiente, una constricción en virtud de la cual no cabe otorgar a la falta de comparecencia valor de renuncia»(417).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2003 que se refería a la denegación de personación mediante procurador de quien se halla huido de la justicia, en el expediente de revocación de la libertad condicional, subraya que la conocida doctrina sentada en las Sentencias 87/1984 y 149/1986 lo es para la fase sumarial del proceso

representación ante el órgano judicial), pero se aplica en cualquier caso a todo el proceso penal, e incluso a la fase previa de detención policial (SSTEDH de 27 de noviembre de 2008, caso *Salduz contra Turquía*, §§ 50 a 55; y 29 de enero de 2015, caso *Yevgeniy Petrenko contra Ucrania*, § 89). Es por ello por lo que la incomparecencia voluntaria del acusado no justifica la limitación absoluta del derecho de defensa (por todas, SSTEDH de 23 de noviembre de 1993, caso *Poitrimol contra Francia*, § 38; 29 de julio de 1998, caso *Omar contra Francia*, §§ 40 a 44; 21 de enero de 1999, caso *Van Geyseghem* contra Bélgica, §§ 33-35; 13 de febrero de 2001, caso *Krombach contra Francia*, §§ 85-90; y 8 de noviembre de 2012, caso *Neziraj contra Alemania*, §§ 55-56).

(416) Con cita expresa de las SSTEDH de 23 de noviembre de 1993, caso *Poitrimol contra Francia*, § 38; 22 de septiembre de 1994, caso *Lala contra Holanda*, § 27; 29 de julio de 1998, caso *Guerin contra Francia*, §§ 44 y 45; y 29 de julio de 1998, caso *Omar contra Francia*, §§ 40-44.

(417) En el mismo sentido, SSTEDH de 29 de julio de 1998 (caso *Guerin contra Francia*, núm. 43) y antes, 27 de febrero de 1980 (caso *Deweer contra Bélgica*, núm. 54).

por delito, donde la presencia del procesado puede ser conveniente o necesaria para el esclarecimiento de los hechos y donde se excluye la condena en ausencia, doctrina que debe modularse en atención a la necesaria compatibilidad con el derecho de defensa en función de las circunstancias del proceso particular y de la clase del proceso mismo(418), por lo que, al tratarse en el supuesto analizado de la posibilidad de que el huido al que se le ha revocado la libertad condicional pueda personarse a través de sus representantes legales, se considera necesario llevar a cabo la citada ponderación entre los derechos a no padecer indefensión y a ser defendido por abogado desde el principio general de sujeción del acusado al procedimiento y del deber cualificado de comparecer de quien ha sido condenado penalmente, vinculado al interés subyacente de que los pronunciamientos penales sean ejecutados en sus propios términos. Y para ello, la sentencia que comentamos traerá a colación la doctrina ya adelantada en la antes citada Sentencia 91/2000 relativa a la proporcionalidad de las consecuencias asignadas a la incomparecencia, que no pueden alterar las garantías básicas del proceso justo, señalando al respecto que lo que ha de resolverse es «si la exclusión condicionada del derecho de defensa del demandante es respuesta proporcionada a su incomparecencia –teniendo en cuenta, por lo demás, que la propia personación del demandante conllevaba su inmediato ingreso en prisión–, pues las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable» (FJ 6.º).

Desde dicha atalaya interpretativa, la Sentencia 198/2003, en su Fundamento Jurídico 5.º, advierte que en casos como el enjuiciado, a diferencia de lo que sucede en los supuestos a los que se refieren las Sentencias 87/1984 y 149/1986, el condicionamiento judicial del ejercicio del derecho de defensa a la comparecencia del reo «no viene impuesta por la literalidad de la norma legal» y tampoco se infiere «de las reglas esenciales que disciplinan la tramitación del expediente de revocación de libertad condicional, como una fase o incidencia que es del proceso penal de ejecución, en la que se dilucida el mantenimiento de los beneficios penitenciarios de quien ya no está amparado por la presunción de inocencia y sufrió la reprobación que implica la condena penal. En fin, la presencia del penado no se justificaría en particulares ventajas para la resolución de las cuestiones que pudiera plantear el penado en los recursos judiciales contra la revocación de su libertad condicional», por lo que concluye que «a la vista de las circunstancias descritas –las particulares del presente caso y del pro-

(418) Vid. STEDH de 14 de diciembre de 1999 (caso *Khalifaoui contra Francia*, § 37).

ceso judicial, conviene insistir— no cabe entender que exista una estricta necesidad derivada del interés general, atinente a la presencia del penado, que justifique la decisión judicial de excluir absolutamente el ejercicio del derecho de defensa de este durante la tramitación del expediente de revocación de libertad condicional» (FJ 7.º), conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional tras contraponer los valores o bienes jurídicos concurrentes (el derecho de defensa y el innegable interés general de que un condenado penalmente quede a disposición de los órganos judiciales a fin del adecuado cumplimiento de su condena), estimando que si bien la exigencia de comparecencia personal del reo «puede contribuir a la consecución de objetivos legítimos conectados con el interés general», sin embargo «no queda justificada la estricta necesidad de la medida (juicio de necesidad) en su relación con el derecho de defensa, por lo que la negativa judicial a admitir la personación mediante procurador, a la vista de las circunstancias concurrentes, se estima como una reacción desproporcionada ante la impropia conducta procesal del penado» (FJ 7.º).

Hemos de tener en cuenta que la personación del huido en el expediente de revocación de libertad condicional tiene una muy estrecha relación con el tema nuclear de la posibilidad de presentar recursos por parte de quien no se halla a disposición de la justicia, cuestión ésta de la que se ocupa la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2011, de 18 de julio, en donde se aborda como una cuestión atinente al derecho de acceso a los recursos la negativa judicial a conocer de la impugnación de la resolución que acuerda la prisión provisional, al no hallarse a disposición del órgano judicial el reclamado en el procedimiento de orden europea de detención y entrega, aunque sí personado. Esta sentencia advierte que el supuesto procesal difiere de los analizados en las Sentencias 87/1984 y 149/1986, referidas a la personación del procesado rebelde mediante procurador en procesos penales propiamente dichos, y también del resuelto en la Sentencia 198/2003, relativa a la denegación de la personación mediante abogado y procurador en el expediente de revocación de la libertad condicional, por lo que la doctrina constitucional contenida en esas sentencias no resulta de aplicación (FJ 4.º). Con ello la Sentencia 132/2011 venía a destacar que el canon de enjuiciamiento era el propio del derecho de acceso a los recursos (FJ 3.º), y, en todo caso, en aplicación de ese canon de control, se concluye que la circunstancia de no estar el reclamado a disposición del órgano judicial no podía fundar legítimamente la decisión judicial de no conocer los recursos y escritos presentados por la representación del reclamado, por carecer esa exigencia de cobertura legal y porque la cuestión jurídica controvertida no exigía para su

resolución que el reclamado se hallase a disposición del órgano judicial; máxime cuando el cumplimiento de esa exigencia de sujeción conllevaría la privación de libertad durante el período de tiempo empleado en la sustanciación del recurso (FFJJ 4.º y 5.º).

Toda la anterior doctrina, que conjuga el deber de estar a disposición de la justicia con el derecho de defensa, volverá a ser decisiva en el caso de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2018, de 5 de marzo, en donde se analiza la cuestión de quien se pretende personar en la fase instructora del proceso penal a través de procurador y abogado y declarar mediante videoconferencia desde Rusia.

Partiendo de que, efectivamente, «de acuerdo con el principio de sujeción del acusado al procedimiento que rige con carácter general en nuestro ordenamiento penal, el deber jurídico de comparecencia personal para ejercer la defensa en el proceso penal ordinario y en el procedimiento abreviado, incluso en la fase instructora, responde a una finalidad constitucional legítima»(419), y que «ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto, de ahí que sea descartable de principio toda interpretación que postule en materia penal un derecho incondicional a la defensa mediante abogado sin estar el investigado o acusado a disposición del Tribunal»(420), se entiende que «los derechos que el artículo 24 CE reconoce han de ser ejercitados dentro del proceso legalmente establecido y con cumplimiento de los requisitos que cada caso requiera, interpretados de manera razonable y no pudiendo ser tales que, de hecho, supriman o cercenen de manera sustancial el derecho de defensa», por lo que «los derechos a la defensa y a ser defendido por abogado pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos, de tal suerte que, existiendo un deber jurídico de comparecencia

(419) «Toda vez que la presencia del investigado o acusado puede ser conveniente y aún necesaria para el esclarecimiento de los hechos, sin perjuicio del interés general en que aquel se encuentre a disposición de la justicia para sufrir, en su caso, el cumplimiento coactivo de la pena, pues no cabe olvidar el interés general que subyace en que los pronunciamientos penales sean ejecutados en sus propios términos (SSTC 87/1984, FJ 5.º; 149/1986, FJ 2.º, y 198/2003, FJ 6.º). En efecto, “la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 CE» (por todas, SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3.º; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 9.º; 198/2003, FJ 7.º; 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2.º, y 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 8.º).

(420) «Ya que ello incitaría a los implicados en hechos delictivos a negarse a su presentación ante la justicia o a organizar su huida mientras que sus Letrados pleitean por ellos» (STC 198/2003, FJ 6.º).

personal para ejercer la defensa en el proceso penal, tanto en el proceso ordinario como en el procedimiento abreviado, debe reputarse en principio razonable y justificada una interpretación judicial de las normas procesales encaminada a disuadir de la incomparecencia injustificada del investigado o acusado (...). Ahora bien, cualquier otra sanción procesal que pretenda anudarse a la incomparecencia injustificada de aquel ha de ser proporcionada a la conducta que se sanciona y, por consiguiente, no puede alterar las garantías básicas del proceso justo, máxime cuando lo que se ventila en él es una pena especialmente grave, adecuada, tal vez, al delito cometido, pero irrazonable y arbitraria como sanción del incumplimiento de un deber procesal» (FJ 4.º).

En definitiva, «el innegable interés de que el investigado o acusado se halle a disposición del Tribunal debe modularse en relación con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), garantía esencial de un proceso justo. No debe olvidarse en este sentido que, con carácter general para todos los procesos penales, el artículo 118 LECrim (en la redacción resultante de la reforma introducida por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre) determina que toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento». Y es por ello que, «para que pueda entenderse compatible con el derecho de defensa (art. 24.2 CE y art. 118 LECrim) una decisión judicial de rechazo de la personación del investigado o acusado mediante procurador o abogado, con fundamento en que aquel se encuentra sustraído a la acción de la justicia, resulta necesario: i) que el condicionamiento judicial del ejercicio del derecho de defensa a la comparecencia personal del investigado o acusado venga impuesto por la norma legal reguladora del concreto proceso de que se trate o se infiera razonablemente de las reglas generales que disciplinan la tramitación de ese proceso; y ii) que la negativa judicial a la personación del investigado o acusado mediante procurador o abogado, por no hallarse aquel a disposición del Tribunal, supere las exigencias del juicio de proporcionalidad» (...) «Se trata por tanto de determinar si la medida restrictiva del derecho de defensa contribuye a conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del tal propósito (juicio de necesidad); y, finalmente, si es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más ventajas o beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros

bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)» (FJ 5.º).

Aplicando estos parámetros al caso analizado, el Tribunal Constitucional concluye que si bien se cumplieron las exigencias del juicio de proporcionalidad y de idoneidad (pues en principio la exigencia de la presencia del investigado en la fase instructora del procedimiento abreviado, expresamente prevista por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es necesaria para comunicarle formalmente la imputación y darle la oportunidad de declarar y poder así concluir la investigación), no así ocurrió con el de necesidad, pues «no permite considerar satisfecho el juicio de necesidad, atendiendo a las particulares circunstancias del caso. En efecto, la afirmación del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 en el Auto de 30 marzo de 2016 (confirmada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) de que la ausencia del investigado se debe a su propia decisión, vinculada a la idea del abuso de derecho y la estrategia procesal fraudulenta (al afirmar que aquel pretende personarse mediante procurador mientras permanece huido), elude toda consideración de las razones alegadas por el recurrente sobre la inexistencia de citación para comparecer durante la dilatada instrucción, así como sobre su voluntad de colaboración efectiva con la justicia española, al indicar su domicilio en Rusia y manifestar su disponibilidad de declarar por videoconferencia, dada la invocada imposibilidad de desplazarse a España por problemas de salud. No es irrelevante destacar, en este sentido, que el recurrente aporta una resolución dictada en el mismo proceso penal del que trae causa la demanda de amparo, referida a otro de los investigados, al parecer residente también en Rusia durante la instrucción, del que se hace constar que se encuentra personado mediante procurador y abogado y se le ha recibido declaración a través de videoconferencia, medio este compatible en sí con el derecho de defensa»(421).

Pero los problemas de la rebeldía relacionados con el derecho de defensa no se agotan con los relacionados con la estudiada doctrina del abuso de representación. Antes al contrario, existen otras manifestaciones de dicha problemática dignas de atención.

En primer lugar, hemos de destacar que está sólidamente consolidada la doctrina que viene a sostener que el hecho de que en el juicio que se siga contra los no rebeldes no pueda practicarse la prueba solicitada, por cualquiera de las partes, consistente en la declaración del coimputado rebelde, en modo alguno le ocasiona a dicha parte propo-

(421) Véanse, por todas, SSTEDH de 5 de octubre de 2006 (caso *Marcello Viola contra Italia*, § 67) y 24 de abril de 2012 (caso *Gennadiy Medvedev contra Rusia*, § 98).

nente indefensión alguna(422), al tratarse de una prueba que, aun habiendo sido admitida por ser pertinente y necesaria, es de imposible práctica(423), abriéndose aquí la posibilidad de dar lectura a la declaración que el rebelde hizo en fase sumarial al amparo de lo dispuesto en el artículo 730 de la Ley de Ritos, al entenderse que es una prueba admitida (declaración del coimputado) que no puede practicarse por causas ajenas a la voluntad de la parte proponente, siendo a tal punto irrelevante que en el juicio en cuestión no se esté juzgando al rebelde, al ser aquí aplicable la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 80/2003, de 28 de abril (FJ 7.º) que entendió constitucionalmente válida la lectura por la vía del artículo 730 de la declaración sumarial prestada, con las debidas garantías e intervención de todas las partes, de quien después no fue juzgado por sobrevenirle una enfermedad mental, declaración por tanto introducida en el juicio de unos terceros(424).

En este sentido, debemos confrontar dicha solución con la doctrina jurisprudencial que niega la posibilidad de introducir en el juicio del acusado ausente lo declarado por éste en fase sumarial(425). Así

(422) *Vide*, por todas, SSTS 876/2007, de 26 de octubre (FJ 2.º), 352/2012, de 11 de mayo (FJ 5.º) y 1001/2012, de 18 de diciembre (FJ 1.º). Asimismo, véase Sentencia de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Madrid 446/2007, de 26 de septiembre (FJ 2.º), con profusa cita jurisprudencial.

(423) En este sentido, la jurisprudencia subraya que, como requisitos materiales, la prueba ha de ser *pertinente*, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate; ha de ser *relevante*, que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo; ha de ser *necesaria*, es decir, que dadas las circunstancias del caso y las pruebas ya disponibles, tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone de modo que su omisión le cause indefensión; y ha de ser *posible*, en atención a las circunstancias que rodean su práctica. *Vide* por todas, STS 102/2006, de 6 de febrero (FJ 1.º).

(424) Y es que, para el Tribunal Constitucional, como recuerda la STS 926/2006, de 6 de octubre (FJ 5.º): «lo decisivo es que las declaraciones sumariales que se consideran sean sometidas a confrontación y pueden ser contradichas por las partes».

(425) STS 1020/1999, de 23 de junio (FJ 2.º), en donde se sostiene: «Ocurrió algo que no es frecuente que llegue a ser examinado en casación. Se celebró el juicio oral en ausencia del acusado, que había sido citado personalmente y en su declaración inicial en el Juzgado había sido advertido de esta posibilidad procesal (art. 789.4), porque el Ministerio Fiscal había pedido pena de un año de prisión, encontrándose de acuerdo las partes al respecto, conforme consta en el acta del juicio. Se cumplían así todos los requisitos exigidos en el párrafo segundo del art. 793.1 LECrim para tal celebración en ausencia del acusado en el trámite del procedimiento abreviado. Era conforme a la Ley Procesal tal celebración y, según dice dicho art. 793.1, concurriendo esos requisitos el Juez o Tribunal puede acordar la no suspensión del juicio “si estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento”. Es decir, puede prescindirse en tales casos de la presencia del acusado porque haya otras pruebas con

hemos de diferenciar entre la prohibición de introducir la declaración sumarial del acusado que es juzgado en ausencia, y la permitida introducción, por la vía del artículo 730, de lo que declaró en fase instructora un coimputado declarado luego rebelde, declaración que es introducida en el juicio de los no rebeldes. Y es que con la imposibilidad de acceso por la vía del artículo 730 de las declaraciones previas del ausente no se trata de premiar al acusado que ha incumplido el deber (que no derecho) de acudir al juicio, sino de no agravar las consecuencias que de ello se derivan, hasta el punto de considerar que el juicio así celebrado al ausente no respeta las reglas del proceso debido. En este sentido, es dable subrayar que el enjuiciamiento en ausencia debe ser solicitado por las acusaciones y acordado por el juez si se entiende que existen elementos suficientes para juzgar al acusado sin su presencia, por lo que sería una contradicción que cumpliéndose con dichas previsiones ordenadas por el artículo 786, y, por tanto, luego de solicitarse y acordarse el enjuiciamiento en ausencia por entender que «existen elementos suficientes para el enjuiciamiento del ausente», las mismas acusaciones que lo solicitaron entendieran a continuación necesario acudir a la lectura de la declaración sumarial del ausente por la vía del artículo 730, es decir, por no poder practicarse en el plenario una prueba que ahora sí entienden necesaria(426). Cuestión distinta, objeto de reflexión que supera este espacio, sería si acordado el enjuiciamiento en ausencia a petición de las acusaciones y con oposición de la defensa, ésta pudiera pedir que se practicara, como prueba de descargo, la declaración sumarial de su cliente.

independencia de las declaraciones de éste (como en realidad ocurrió en el caso presente). Pero lo que no puede hacer el Juzgado de lo Penal o la Audiencia es dar validez como prueba de cargo a unas declaraciones del acusado hechas durante la instrucción. Si se quiere utilizar la confesión del imputado como prueba del hecho o de su autoría, el Juzgado o Tribunal que conoce del juicio oral ha de suspenderlo, señalar para otra fecha y citar al acusado para que asista el juicio, haciéndole saber la obligación que tiene de acudir con el apercibimiento de ser detenido o conducido por la fuerza pública si incumpliera esa obligación. Lo que no cabe hacer es tomar como prueba de cargo unas declaraciones hechas en la fase de las diligencias previas cuando pueden repetirse en el acto del plenario (STC 76/1993, entre otras muchas). No nos hallamos ante una prueba que se hubiera anticipado o preconstituido en la instrucción, sino ante las manifestaciones de un acusado que pueden repetirse en el juicio oral que constituye la sede natural u ordinaria de todas las pruebas».

(426) No obstante, hemos de señalar que la proscripción de la lectura de la declaración sumarial del acusado ausente no ha sido acogida unánimemente por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, siendo que en alguna ocasión sí que lo han admitido (por ejemplo, Sentencia 258/2011, de 11 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 15.ª, FJ 2.º).

Por otro lado, y volviendo al juicio de los no rebeldes, señalar que la petición de suspensión del juicio que pudieran realizar los Letrados de éstos por no poder practicarse en dicho juicio la testifical consistente precisamente en la deposición del rebelde, es algo que ha dejado zanjado el Tribunal Supremo, al entender incompatible la situación de rebelde y testigo(427), afirmándose que la denegación de esta prueba, en modo alguno, supone causar indefensión a la parte proponente(428).

Cuestión diferente a la estudiada (esto es, al rol procesal que el rebelde puede tener en el juicio de los no rebeldes) es la que hace referencia a la problemática que suscita la situación inversa, es decir, que, una vez celebrado el juicio con los no rebeldes, el rebelde sea habido o presentado, y se proceda, por tanto, a su enjuiciamiento de forma separada, planteándose aquí el problema de la posible intervención en dicho juicio de los acusados ya juzgados. En este sentido, ha existido una larga y profunda polémica entre los que piensan que dicha intervención habría de ser en todo caso como coimputados, y la opinión, finalmente dominante, de los que opinan que lo han de hacer en calidad de testigos.

La primera opinión se funda en el entendimiento de que «si bien no puede negarse que el enjuiciamiento de los hechos y el dictado de

(427) STS 897/2004, de 15 de julio (FJ 1.º): «Desde luego la situación de rebeldía de alguno o algunos de los procesados no justifica la suspensión del curso de la causa en relación con los que no se hallan en esta situación, es más, el artículo 842 LECrim lo que ordena es su continuación en relación a los últimos, cuando expresa que si fueren dos o más procesados y no a todos se les hubiese declarado en rebeldía, se suspenderá el curso de la causa respecto a los rebeldes hasta que sean hallados, y se continuará respecto a los demás. Este mandato está corroborado, como aduce el Ministerio Fiscal, en el artículo 746.5 LECrim, que se refiere a la suspensión del juicio solo cuando alguno de los procesados enfermase repentinamente hasta el punto de que no pueda continuar formando parte del juicio, y en el 850.5 LECrim, cuando sanciona como quebrantamiento de forma el caso de que el Tribunal haya decidido no suspender el juicio para los procesados comparecidos, en el caso de no haber concurrido los acusados, solo cuando hubiere causa fundada que se oponga a juzgarles con independencia y no haya recaído la declaración de rebeldía, luego la situación de los testigos invocados no puede disociarse de su situación de procesados rebeldes en la causa. A partir de este entendimiento su comparecencia en la misma como meros testigos tampoco sería posible procesalmente si tenemos en cuenta la distinta posición del testigo y el procesado que no está obligado a prestar declaración bajo juramento. Por ello el Tribunal no estaba obligado a acordar la suspensión del juicio. Por otra parte, tampoco era posible la presencia de los mismos en el Plenario en la medida que no estaban a disposición de la Audiencia Nacional y por ello en cualquier caso la prueba pretendida no era posible, siendo ésta una condición para estimar el quebrantamiento de forma que se denuncia».

(428) Así, en STS 292/2018, de 18 de junio (FJ 2.º).

la correspondiente sentencia, suponen pasar a un estadio procesal distinto, ello no implica una modificación de las circunstancias que configuran el status de coimputado, aquellas razones materiales subsisten de forma fundamental, y por tanto no existe razón alguna para convertirlo en un testigo, y valorar su declaración únicamente en términos de credibilidad» (429). Este posicionamiento contó originariamente con cierto respaldo jurisprudencial (430), al entenderse que «ya en la fase probatoria del juicio contradictorio las declaraciones de los acusados no debieron confundirse con las pruebas testificales, porque no cabía someter aquéllas al régimen jurídicos de éstas, como hizo la Sala de instancia, con cuatro de los seis acusados. Como ha dicho esta Sala en Sentencia de 18 julio 1996, en consonancia con la doctrina procesal, “testigo es la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia”. Testigos no son por tanto ni pueden serlo nunca los imputados, y especialmente los acusados, amparados por su derecho a no declarar contra sí mismos (artículo 24. 2.º de la Constitución Española), que se extiende tanto al aspecto de su personal intervención en un hecho como a la realidad del hecho mismo imputado. La declaración de un coimputado, carente de la obligación de decir verdad exigible a los testigos (Sentencia de 20 febrero 1996) no puede ser sometida al régimen legal de la prueba testifical practicada bajo juramento y deber de veracidad, con la posibilidad en caso contrario de incurrir en falso testimonio. Si, como declara la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 octubre 1994, no se debe someter al imputado al régimen de declaraciones testificales cuando de las diligencias practicadas puede fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones, o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal, obvio es decir que lo mismo rige con mayor razón cuando el imputado alcanza el status de acusado al estar dirigida ya contra él una

(429) BACH FABREGÓ, R., «¿Cuál es el régimen de la declaración del coimputado ya juzgado en el enjuiciamiento del coacusado? ¿Coacusado o testigo?», en VV. AA. (Javier Hernández García, dir.), *99 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, Manuales de Formación Continuada núm. 51/2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p. 113.

(430) Así ya en la STS (n/c núm.) de 15 de septiembre de 1989 (FJ 2.º).

concreta pretensión punitiva. Lo contrario comporta vulneración de la tutela del derecho constitucional a un juicio con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución), en que en este caso incurrió el Tribunal sentenciador por las razones ya expuestas; lo que determina, como solicita el Ministerio Fiscal, la nulidad del juicio oral (artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)»(431). Sobre estas bases se fundamentó la posición adoptada por la Fiscalía General del Estado en su Consulta núm. 1/2000, en la que en realidad venía a sustentar una posición mixta pues, si bien es verdad que al juicio el ya juzgado debía ser llamado en calidad de coimputado (por lo que no se le podía tomar juramento ni quedar obligado al deber de decir verdad, sin asistírle el derecho de indemnización propia de los testigos), se le aplicaba el régimen de los testigos en caso de incomparecencia (multa y conducción, y nunca medidas cautelares o busca y captura), permitiéndose la lectura de su declaración, por la vía del artículo 730, en caso de que la práctica de la deposición plenaria no fuera posible.

Frente a ello, algunas sentencias del Tribunal Supremo comenzaron a apostar por la segunda opción, esto es, que el ya juzgado compareciera en el nuevo juicio como testigo(432), siendo finalmente el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2.008, el que acordó que «la persona que ha sido juzgada por unos hechos, y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismos hechos, declara en el plenario como testigo, y por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad». Así pues, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto a este polémico tema quedó así concretada, y por tanto, como señala la Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2017(433), «cuando el coimputado ya condenado comparece como testigo en el juicio posterior contra los otros acusados, la jurisprudencia ha considerado que su posición procesal es la de testigo, con las obligaciones propias de este estatus, como son el deber de comparecer al llamamiento judicial y la obligación de declarar, y en cuanto a la

(431) STS 971/1998, de 27 de julio (FJ 3.º). Por su parte, las Sentencias 848/1998, de 23 de junio (FJ 3.º) y 1045/1999, de 26 de julio (FJ 3.º), resaltarían que el coimputado es un sujeto procesal cuya declaración no es exactamente ni testimonio ni confesión, aunque participa, en cierto modo, de una y otra. Cuestión distinta en la introducción en el nuevo plenario de la declaración que como acusados realizaron los ya juzgados en su juicio a través de su reproducción documental. *Vide* al respecto STS 449/2019, de 3 de octubre (FJ 1.º).

(432) Opción por la que apostaba ya la STS 627/1994, de 12 de marzo (FJ 2.º). Véase también, Sentencia de la misma Sala 501/2006, de 5 de mayo (FJ 3.º).

(433) STS 843/2017, de 21 de diciembre (FJ 1.º).

valoración de su declaración, conforme a lo acordado en el Acuerdo de 16 de diciembre de 2008, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad», si bien que añadiendo que «no obstante, esa racionalidad suele requerir que tal declaración, sea tamizada por las cautelas exigidas para admitir la suficiencia del testimonio del coimputado como prueba de cargo; pues más allá de la mera atribución nominalista de testigo o coimputado, lo determinante es como perdura y le afecta su relación con el objeto del proceso; y de ahí que convenga recordar dichos requerimientos. Como expresa la Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo núm. 675/2017, de 16 de octubre, con abundante cita de la jurisprudencia constitucional y de esta propia Sala Segunda, las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio. Sin embargo, hemos llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece en calidad de testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino que lo hace como acusado, por lo que está asistido del derecho a no declarar en su contra y no reconocerse culpable y exento en cuanto tal de cualquier tipo de responsabilidad que pueda derivarse de un relato mendaz. Superar las reticencias que se derivan de esta posición procesal exige de unas pautas de valoración de la credibilidad de su testimonio particularmente rigurosas, que se han centrado en la comprobación de inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones y la concurrencia de otros elementos probatorios que permitan corroborar mínimamente la versión que así se sostiene (SSTC 115/98, 118/2004, de 12 de julio o 190/2003, de 27 de octubre)». Y añade el alto Tribunal que «en todo caso, nuestra Jurisprudencia ha ido otorgando un valor creciente a las pautas objetivas de valoración de la credibilidad de la declaración del coimputado, expresando (SSTS 763/2013, de 14 de octubre; 679/2013, de 25 de septiembre; 558/2013, de 1 de julio ; 248/2012, de 12 de abril o 1168/2010, de 28 de diciembre, entre muchas otras) que la operatividad de la declaración del coimputado como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia –cuando sea prueba única– podría concretarse en las siguientes reglas: a) La declaración incriminatoria de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional. b) La declaración incriminatoria de un coimputado

es prueba insuficiente, como prueba única, y no constituye por sí sola actividad probatoria de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia. c) La aptitud como prueba de cargo suficiente de la declaración de un coimputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado. d) Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración y la intervención en el hecho concernido. e) La valoración de la existencia de corroboración del hecho concreto ha de realizarse caso por caso. f) La declaración de un coimputado no se corrobora suficientemente con la de otro coimputado».

Para finalizar podemos hacer mención a un nuevo problema que puede plantear el enjuiciamiento por separado y posterior del rebelde y que no es otro que la posible vinculación que en dicho juicio pueda tener la sentencia que en su día se dictó respecto de los no rebeldes. Se ha de partir aquí de que la sentencia recaída en el juicio de los no rebeldes no produce ni efecto de cosa juzgada ni ninguno otro en el juicio que posteriormente se celebre cuando el rebelde sea habido o presentado(434), pues éste tendrá como único objeto el enjuiciamiento *ex novo* de éste. Sin embargo, si ello es así, no menos verdad es que los hechos que se declararon probados en aquel juicio «tenderán» a ser igualmente acreditados en el juicio posterior si la prueba repetida no sufre variaciones importantes y, máxime, si el juez que celebra ambos juicios es el mismo, por lo que sería ilógico que éste realizara una distinta valoración de los mismos, y ello con independencia de que, a la luz de dicha prueba, pueda entenderse que el acusado ahora juzgado tuviera o no participación en los hechos, lo que daría lugar a, acreditados los mismos, absolverlo por no quedar probada su vinculación con ellos. Pero puede ocurrir que en el nuevo juicio se presenten nuevas pruebas que lleven a no dar como acreditados los hechos que sí lo fueron en el anterior juicio, siendo que de producirse ello, se abriría la posibilidad de que en aquella primera sentencia fuera objeto del recurso extraordinario de revisión al amparo de lo previsto en el artículo 954.1 apartado d) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal(435).

(434) La doctrina unánime subraya esta ausencia de efectos, por todos *vide* GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Del procedimiento contra reos ausentes (arts. 834-846)», cit., p. 892.

(435) Como ya apuntaba la STS 897/2004, 15 de julio, (FJ 1.º *in fine*).

IV.6 La rebeldía de la persona jurídica

Como ya adelantamos más arriba, nuestro ordenamiento jurídico, en línea con lo que hacen otros Derechos de nuestro entorno (Austria, Italia...) ha procedido a prever una regulación específica de la rebeldía cuando se trata de declarar rebelde, no a una persona física, sino a una jurídica. Así, el artículo 839 bis, introducido, como ya dijimos, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la reforma llevada a cabo por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, es el que establece la citada normativa especial, señalando al respecto que: «1. La persona jurídica imputada únicamente será llamada mediante requisitoria cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido; 2. En la requisitoria de la persona jurídica se harán constar los datos identificativos de la entidad, el delito que se le imputa y su obligación de comparecer en el plazo que se haya fijado, con Abogado y Procurador, ante el Juez que conoce de la causa; 3. La requisitoria de la persona jurídica se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y, en su caso, en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado; 4. Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, continuando los trámites procesales hasta su conclusión». El citado precepto ha dado lugar en la doctrina a un profundo análisis crítico(436), llegando a conclusiones en ocasiones dispares, por ejemplo, respecto al posible enjuiciamiento en rebeldía de la persona jurídica. Y es que, en verdad, el artículo 839 bis da para un detenido estudio.

Para poder entender bien lo preceptuado en este artículo debemos tener presente el régimen general del enjuiciamiento penal de la persona jurídica instaurado en nuestro sistema desde la reforma del Código penal introducida por la Ley Orgánica 5/2010 y que culmina con la operada por Ley Orgánica 1/2015(437), en donde, como es bien sabido, se instituye una auténtica responsabilidad penal autónoma y directa de las personas jurídicas (aunque no de todas) por la comisión de unos determinados tipos delictivos. En este régimen, en donde lo normal(438) será

(436) Vid., por todos, NEIRA PENA, A. M., *La defensa penal de la persona jurídica*, Aranzadi, Pamplona, 2018; De la misma autora, *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

(437) Al respecto ampliamente mi *Derecho penal. Parte general*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 204-218.

(438) En este sentido debe recordarse que el artículo 31 ter del Código Penal ya prevé que, aunque no se haya podido individualizar, juzgar o condenar a la persona física a que se refiere el art. 31 bis 1, incluso porque ésta haya fallecido o haya sido declarada rebelde, se podrá exigir la responsabilidad penal a la persona jurídica.

que junto a la persona jurídica se juzgue también a la persona física que le transfiere la responsabilidad a aquella (las «personas físicas competentes vinculadas a la jurídica» a que se refiere el art. 31 bis 1 del Código penal), se ha producido en el ámbito procesal un «contagio corpóreo» de la persona física con la jurídica a ella vinculada(439), siendo al respecto paradigmático lo preceptuado en el núm. 1 del artículo 786 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal(440), y sin que ello sea, no obstante, obstáculo para que, como veremos, sea posible su enjuiciamiento en ausencia. Pero vayamos con el contenido del artículo 839 bis.

En primer lugar, hemos de destacar que según dispone el núm. 1 del citado precepto, el ámbito de la llamada mediante requisitoria, como requisito previo y necesario para su posterior declaración como rebelde, está estrictamente limitado, pues «únicamente será llamada (la persona jurídica) cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido», por lo que parecen quedar fuera de dicho llamamiento aquellos supuestos en los que, teniendo y siendo conocido en domicilio social de la persona jurídica, la citación no pueda llevarse a cabo por cualquier motivo, como por ejemplo, que el citado domicilio registral ya no exista o esté cerrado, o que no pueda encontrarse a nadie que recoja la citación (supuestos de empresas inactivas, en proceso de liquidación...). Es por ello por lo que la interpretación más plausible sería aquella que hiciera pivotar el requisito del llamamiento por requisitoria a todos los supuestos en los que no es factible la citación en el domicilio social de la persona jurídica, sea porque el mismo es desconocido, sea porque, aun siendo conocido, no es posible realizar la citación, pues entiendo que lo realmente impor-

(439) Criticado por cierto sector doctrinal que entiende que el legislador se ha dejado llevar en este sentido por la inercia, sin recabar que dicha presencia física («obsesión de ver sentada en el banquillo a la persona jurídica») puede resultar en ocasiones perturbadora para el proceso penal, olvidando que lo realmente trascendente es que la misma pueda defenderse, para lo cual basta con su personación con abogado y procurador. *Vid.* DEL MORAL GARCÍA, A., «Peculiaridades del proceso penal con personas jurídicas acusadas», en VV. AA. (Ignacio Serrano Butragueño y Antonio del Moral, coords.), *El juicio oral en el proceso penal. Especial referencia al procedimiento abreviado*, 2.^a ed. Comares, Grabada, 2010, p. 730.

(440) Dispone dicho art. 786 bis 1: «Cuando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio. No se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar como testigo».

tante no es tanto si hay o no domicilio conocido, cuanto si se ha podido o no citar a la persona jurídica.

Producida pues la frustrada citación para la primera comparecencia ante la autoridad judicial, la requisitoria se libraré a los únicos efectos previstos en el núm. 2 del artículo 839 bis, esto es, *informarle* del delito que se le imputa y *requerirle* para que en un determinado plazo comparezca con procurador y abogado. Entendemos igualmente que el precepto es deficitario de un contenido esencial de cualquier requisitoria y que no es otro que el necesario *apercibimiento* a la persona jurídica requisitoria de que, en caso de no comparecer en el plazo indicado, se le declarará rebelde con los efectos previstos en la ley, por analogía con lo dispuesto en el artículo 837.2.^a *in fine*. El limitado contenido de la requisitoria dirigida contra una persona jurídica es lógico, si tenemos en cuenta que contra la misma no cabe acordar medidas cautelares personales de privación de libertad, por lo que, a diferencia de la requisitoria de las personas físicas, nunca se acordará la detención de nadie, siendo así que gráficamente podemos decir que la misma se limita a la *busca*, pero no a la *captura*, de la persona jurídica.

Y también en cuanto al modo de publicar la requisitoria, el artículo 839 bis, en su núm. 3, lo restringe a la publicación «en el Boletín Oficial del Estado y, en su caso, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado». Obsérvese que aquí se produce una inversión con respecto a lo que dijimos para la publicación de las requisitorias de las personas físicas, pues la publicación edictal, denostada al olvido en aquéllas, se convierte en el único medio de publicación de las requisitorias dictadas contra personas jurídicas, debiendo no obstante tenerse en cuenta que, al objeto de compaginar la citada regulación con las conocidas reticencias que la jurisprudencia constitucional ha mostrado ante dicho medio de citación y emplazamiento en el proceso penal (si bien que, cierto y verdad, para las personas físicas)(441), no estaría de más que, en la línea interpretativa que apuntamos antes en relación al

(441) En este sentido podemos recordar cómo el Tribunal Constitucional ya en la STC 135/1997, de 21 de julio, señaló que (FJ 4.º): «el art. 24.1 C.E. exige la correcta citación de las partes a través de los actos de comunicación establecidos en la ley. La presencia en juicio hace real la posibilidad de defensa y, en tal medida, el citado precepto constitucional impide, con carácter general, una resolución judicial de fondo inaudita parte salvo en los casos de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable al procesado citado personalmente (SSTC 112/1987, 151/1987, 89/1991 o 123/1991). Por dichas razones este Tribunal ha venido insistiendo desde sus primeras resoluciones en la necesidad de que los órganos judiciales realicen los actos de comunicación con las partes con sumo cuidado y respeto a las

núm. 1 del artículo 839 bis, el juez fuera especialmente cauteloso en dejar clara constancia de que la citación a la persona jurídica fue de todo punto inviable.

Las limitaciones hasta ahora señaladas en cuanto a la búsqueda por requisitorias de la persona jurídica son coherentes con el vigente sistema de representación que la misma tiene en el proceso penal, pero cambiarían radicalmente si se optase por conferir *ex lege* la citada representación, en defecto de que existiera persona física específica designada al efecto por la jurídica, a «quien ostente el máximo poder real de decisión en el órgano de gobierno o administración, o como administrador de hecho de la entidad», como preveía la Propuesta de Código Procesal Penal presentado al Ministerio de Justicia el 25 de febrero de 2013 (art. 51), siendo así que bajo este nuevo planteamiento sí que cabría la busca y captura de dicho representante (art. 51.3)(442)

normas procesales que los regulan (SSTC 57/1987, 16/1989, 110/1989, 142/1989 y 103/1994).

En el proceso penal este principio general se ve aún reforzado con exigencias adicionales, dada la intensidad y el alcance de los derechos fundamentales en juego, por lo que atendiendo a intereses constitucionalmente relevantes, nuestro ordenamiento procesal penal, en consonancia con las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa fijadas en Resolución (75) 11 de 21 de mayo, trata de asegurar la presencia del acusado en el acto del juicio oral no solo exigiendo una especial minuciosidad en su citación, para así garantizar la posibilidad de defensa, sino también estableciendo numerosas reservas a la posibilidad de una condena en ausencia.

En lo que se refiere a la legitimidad de la citación edictal para comparecer en juicio penal, y más concretamente en el juicio de faltas, el supuesto sometido a debate es en parte similar a otros ya analizados y resueltos por este Tribunal en sus SSTC 54/1985, 196/1989, 123/1991, 19/1993 o 103/1994. En ellas hemos declarado que la citación y el emplazamiento edictal son válidos constitucionalmente, pero por ser “ficciones jurídicas con un significado más simbólico que real [...] cuya recepción por el destinatario no puede ser demostrada” han de entenderse necesariamente como “un último y supletorio remedio [...] subsidiario y excepcional [...] reservado para situaciones extremas, cuando la persona buscada no pueda ser habida” –STC 29/1997, fundamento jurídico 2.º, y en el mismo sentido SSTC 97/1992 y 193/1993– habiendo de quedar sometida su práctica a condiciones rigurosas, entre las que se encuentran: a) haber agotado antes las otras modalidades de citación con más garantías –arts. 166 a 171 y 178 LECrim que prevén la citación personal con entrega de cédula, en su defecto a través de los parientes que habitaren en el domicilio o de los vecinos más próximos a éste, y en caso de domicilio desconocido orden de busca a la Policía judicial–; b) constancia formal de haberse intentado la práctica de los medios ordinarios de citación, y c) que la resolución judicial de considerar al denunciado como persona en ignorado paradero o con domicilio desconocido se funde en un criterio de razonabilidad que lleve a la convicción de la ineficacia de aquellos otros medios normales de comunicación (SSTC 234/1988, 16/1989, 196/1989, 9/1991 y 103/1994)».

(442) Art. 51.3 de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013: «En caso de incomparecencia injustificada podrá acordarse contra quien haya de representar a la persona jurídica orden de detención para su comparecencia forzosa».

y por tanto la requisitoria sería también remitida, no solo a los citados boletines oficiales, sino también a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 52.4, párrafo 2.º).

Pero donde el artículo 839 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal presenta una mayor problemática es en su último número, cuando afirma que «Transcurrido el plazo fijado (en la requisitoria) sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, *continuando los trámites procesales hasta su conclusión*». Se plantean a este respecto las dudas de cómo interpretar dicha previsión, es decir, si con la misma se hace referencia a que los citados trámites procesales se refieren a la instrucción de la causa o si, por el contrario, lo que dice el precepto es que, declarada la rebeldía de la persona jurídica, el proceso continúa contra el mismo hasta su completa finalización, por tanto, juzgando en rebeldía a dicha persona jurídica.

El tenor literal del precepto y la ausencia de previsión alguna de que, a diferencia de lo que ocurre con las personas físicas (art. 848), el procedimiento quede suspendido en su curso y archivadas las actuaciones respecto del rebelde, amén de la «aparente» admisión del enjuiciamiento en rebeldía recogido en el apartado segundo del artículo 786 bis(443), parecen, en opinión del algunos, abonar la segunda de las antes señaladas interpretaciones, esto es, la de permitir completar todo el procedimiento penal estando declarada la rebeldía de la persona jurídica.

Sin duda alguna, esta opción hermenéutica es menos garantista para los derechos de la persona jurídica, pero cuenta a su favor con permitir evitar actuaciones obstructivas y dilatorias de la persona jurídica a la que se le imputa una responsabilidad penal, actuaciones en ocasiones tendentes a la simple búsqueda de la prescripción(444). Además, esta era la opción del prelegislador del 2011(445), el cual

(443) Y es que una interpretación restrictiva de este precepto nos debe llevar a entender que lo que en él se regula es el enjuiciamiento de la persona jurídica ausente en el juicio, no de la declarada en rebeldía, pues lo que permite aquí el enjuiciamiento es la «*incomparecencia* de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación» (art. 786 bis párrafo 2.º de la LECrim), de donde se ha de entender que la persona jurídica está personada, ha designado a una persona para que la represente y ésta, pese a estar citada para el juicio, no ha comparecido.

(444) Resaltado este dato, PORTAL MANRUBIA, J., «El proceso penal contra la persona jurídica en su ausencia», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, mayo 2012, pp. 153 y ss., (esp. p. 155).

(445) Así el art. 54.4 del Anteproyecto de Nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado por el Consejo de Ministros del 27 de junio de 2011 establecía que: «Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, continuando los trámites de la causa con el abogado y el procurador designados de oficio y entendiéndose con éstos todos los trámites procesales hasta su

mejoraba la regulación actual y la hacía más clara, pues preveía expresamente que en caso de incomparecencia del requisitoriado y declarada la rebeldía de la persona jurídica, se le nombraría de oficio abogado y procurador, siendo con ellos con los que se entenderían todos los trámites procesales hasta su conclusión (art. 54.4), previéndose la celebración del juicio oral con la simple presencia de dichos profesionales (art. 52.3). Y en la misma línea, y ya sin ambages, la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 afirmaba en su artículo 53.3 párrafo 3.º que «no se suspenderá la causa por rebeldía del encausado que no sea una persona física», apostillando en el artículo 54.2 que «cuando el encausado no sea una persona física podrá realizarse el enjuiciamiento en rebeldía en todo caso».

Los peligros de permitir el enjuiciamiento de la persona jurídica declarada rebelde sin ni siquiera haber sido ésta citada para prestar la primera declaración como imputado/investigado, en definitiva, «juzgarla sin ser oída» y sin tener la certeza que ello ha sido por causa exclusivamente voluntaria, no solo nos aleja de los referentes existentes en el Derecho comparado, que en estos casos exigen que la rebeldía tenga efectos suspensivos(446), sino que va contra los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, lo que puede llevar a que se entienda mermado el derecho de defensa, sobre todo si tenemos en cuenta que no está previsto ningún medio impugnatorio de la sentencia que, en rebeldía, pudiera dictarse contra la persona jurídica, debiendo en este sentido hacerse notar que incluso en el enjuiciamiento en ausencia (que no rebeldía) previsto en el art. 786 bis no se

conclusión». En iguales términos se pronuncia el art. 86.4 del Anteproyecto de LECrim de noviembre de 2020.

(446) En tal sentido, en Italia el Decreto Legislativo núm. 231, de 8 de junio de 2001 sobre *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*, luego de establecer un sistema obligatorio de representación y defensa de la persona jurídica (pues si ésta no comparece y nombra abogado y procurador se les provee de oficio, arts. 39 y 40), y prever la declaración de rebeldía (*contumacia*) de la persona jurídica que no comparece (art. 41), dispone en su artículo 43.4 que si no es posible la primera citación para declarar, luego de un segundo intento, se acuerda la suspensión del procedimiento. Por su parte, en Austria la *Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlungen (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz – VbVG)*, del año 2015 (con entrada en vigor el 1 de enero de 2006) dispone en su § 23 que solo se permite el juicio en ausencia de la persona jurídica si ésta fue citada de manera efectiva (“*wirksam*”) y con el apercibimiento correspondiente (“*wenn die Ladung zur Hauptverhandlung wirksam zugestellt wurde und in der Ladung diese Rechtsfolgen angedroht wurden*”), debiendo estar representada y asistida por un abogado.

cuenta con la posibilidad de que el condenado acuda al recurso de anulación previsto en el artículo 793, pues según el tenor del mismo, ello solo es predicable respecto a los condenados en ausencia del artículo 786 apartado 1.º, segundo párrafo, es decir, a las personas físicas.

En este sentido, debemos recordar que nuestro Tribunal Supremo, ya en la pionera Sentencia de la Sala 2.ª de 2 de septiembre de 2015 nos recordaba que(447): «Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del Código penal. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heteroresponsabilidad, parece evidente que *cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal*». Sobre estos postulados la propia jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal ha continuado perfilando el estatus procesal de la persona jurídica en el proceso penal, reafirmando que el derecho a la presunción de inocencia no puede quedar al margen del mismo, señalando así en la Sentencia de 16 de marzo de 2016 que(448): «Basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones

(447) STS 514/2015, de 2 de septiembre (FJ. 3.º). Por su parte, la STS 154/2016, de 29 de febrero, luego de volver a recordar lo dicho en la anterior, se ocupó de, entre otras cosas, subrayar la importancia del respeto de derecho de defensa de la persona jurídica en el proceso penal, en particular en lo relativo a la manera de estar representada en el juicio cuando ésta también se encuentra acusada, produciéndose así un conflicto de intereses. Sobre esta última cuestión y su relación con la privación del derecho a la última palabra, *vide* asimismo STS 583/2017, de 19 de julio, FJ 2.º).

(448) STS 221/2016, de 16 de marzo, FJ 5.º, en donde añadía: «En efecto, de hacerlo así se estaría olvidando que, sea cual fuere el criterio doctrinal mediante el que pretenda explicarse la responsabilidad de los entes colectivos, ésta no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física. La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis 1 b). Solo responde cuando se hayan “[...]incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso”. Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos. La pregunta es obvia: ¿puede sostenerse que el desafío probatorio que asume el Fiscal no incluye la acreditación de que ese incumplimiento de los deberes de supervisión es grave? En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probato-

impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el *ius puniendi* del Estado (...). El proceso penal es incompatible con una doble vía probatoria, aquella por la que discurre la prueba de la acción de la persona física y aquella otra por la que transita la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica. Y, desde luego, la reivindicación de un *mismo contenido material para el derecho a la presunción de inocencia, ya se proclame respecto de una persona física, ya para una persona jurídica*, no puede interpretarse como una puerta abierta al privilegio procesal de la persona colectiva. Antes al contrario, la atribución de un doble significado a lo que constituye, no ya un derecho constitucional, sino un principio estructural del proceso penal, es lo que lleva implícito el riesgo de desvirtuar uno de los pilares del enjuiciamiento penal».

Por su parte, hemos de recordar que ya la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2011 (no modificada en este sentido por la posterior 1/2016) se preocupó de subrayar la vigencia de las garantías procesales que exige el derecho de defensa, también en el caso de las personas jurídicas, afirmando que «Aun en ausencia de previsiones legales al respecto, el órgano jurisdiccional tiene el deber concreto de garantizar la plena efectividad del derecho de defensa en cada una de las instancias que componen el proceso, velando por que se dé la necesaria contradicción entre partes y posean idénticas posibilidades de alegación y prueba (SSTC núm. 112/1989, 41/1997, 102/1998, y 91/2000)». Estas garantías, que integran el «estatus procesal del imputado», incluye de manera reforzada el que «Nadie puede ser acusado sin haber sido declarado judicialmente imputado con anterioridad, de suerte que la instrucción judicial sigue asumiendo, en cualquiera de los procedimientos penales, su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso, evitando las acusaciones sorpresivas. Asimismo, según expresa el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 149/1997, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el juez de instrucción con anteriori-

rios que estime oportunos –pericial, documental, testifical– para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad».

dad a la conclusión de la investigación judicial, que no podrá clausurarse sin permitir al imputado su exculpación frente a la imputación contra él existente».

Y así se plantea la Fiscalía General que para poder garantizar el sistema de garantías antes señalado a las personas jurídicas incurso en un proceso penal cabría una doble alternativa; o bien se produce una «humanización de la persona jurídica» que habilita que sea a través del representante legal de la misma la que ejercite los citados derechos y garantías, o bien que no haría falta la citada representación, por lo que el derecho de defensa y las garantías procesales de las personas jurídicas quedarían a salvo a través del ejercicio de las funciones que respectivamente les corresponden, en su caso, al procurador y al abogado, siendo que en esta disyuntiva se proponía un sistema mixto en el que en un primer momento, la primera imputación y declaración se realizaría a través del representante legal de la persona jurídica, que como persona física no puede estar imputado en el procedimiento, y en un segundo momento «al tiempo de materializarse la imputación, la persona jurídica será informada, por medio también de su legal representante, de los hechos concretos en que se basa la imputación y del régimen de derechos que como imputada le asisten según los artículos 520.2 y 771.2.^a de la LECrim, así como de las consecuencias de su intervención voluntaria en determinadas diligencias», sin que nada obste «a que en adelante, la persona jurídica intervenga en la instrucción del procedimiento por medio de su procurador y su letrado, siendo este último quien haga llegar al proceso, –a través de la petición de diligencias, la aportación de pruebas y/o la presentación de alegaciones por escrito cuando lo considere conveniente–, los argumentos defensivos de la corporación conforme a las instrucciones del legal representante y/o las que se le hagan llegar por los cauces estatutariamente previstos por la persona jurídica a tal fin. La anterior forma de proceder garantiza el derecho de defensa y el proceso contradictorio, sin que resulte imprescindible que el legal representante esté presente en las diferentes diligencias procesales que hayan de tener lugar, sin perjuicio de lo cual, y siempre que entienda que conviene a su derecho de defensa, pueda asistir personalmente a las diligencias de investigación en la forma prevista en el artículo 302 de la LECrim».

Parece como si el legislador, de manera un tanto difusa en el artículo 839 bis y con mayor claridad en los proyectos legislativos antes señalados, haya hecho caso a aquellas posturas doctrinales que apostaban por asimilar el estatus de la persona jurídica en el proceso penal más a la del tercero responsable civil que a la del impu-

tado(449), dejándose en este sentido inspirarse por el régimen del rebelde civil citado mediante edictos que, como es bien sabido, puede ser juzgado en el proceso civil al amparo de lo dispuesto en los artículos 496 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero yendo incluso más allá, pues al rebelde civil se le reconoce la posibilidad de recuperar derechos procesales de fases precluidas (así proponer prueba en la sustanciación del recurso de apelación, ex art. 460.3 LEC) e incluso rescindir la sentencia firme dictada en la instancia contra él, obligando a repetirse el juicio, en determinados supuestos, entre los que se encuentra el desconocimiento de la existencia del proceso (art. 501 LEC), cosa que en modo alguno está prevista para la persona jurídica condenada penalmente en rebeldía, la cual, como último recurso para hacer reconocer su indefensión, solo podría intentar acudir a un incidente de nulidad de actuaciones de incierto resultado.

Así las cosas, creemos importante subrayar que estamos en un proceso penal y que en el mismo la persona jurídica imputada puede ser condenada con la imposición de unas penas entre las que figura su propia disolución (art. 33.7 del Código penal), proceso penal cuyas garantías básicas son predicables no solo de las personas enjuiciadas, sino que irradian su efectividad al conjunto de la ciudadanía(450). Así, desde estas premisas y a la luz de lo antes subrayado por la jurisprudencia y la Fiscalía, parece cuestionable que tenga encaje constitucional el que una persona, por muy jurídica que sea, pueda ser imputada, juzgada y condenada sin haber, ni siquiera, sido informada de los delitos que se le imputan, sin haber tenido oportunidad de declarar, al menos, en una primera declaración instructora y sin tener previsto expresamente ningún medio impugnatorio de la sentencia condenatoria que se le imponga. Piénsese, en este sentido, qué quedaría del andamiaje de nuestro proceso penal en el supuesto caso de que, siendo juzgada solamente la persona jurídica, por no

(449) En este sentido escribía Del Moral («Peculiaridades del proceso penal con personas jurídicas acusadas». cit., p. 725), que: «aunque por vía de principio la persona jurídica debe ser traída al proceso penal en una cualidad más asimilable a la de imputado que a la de tercero responsable civil, en todo aquello definitorio del estatus de imputado que exige o presume la individualidad física (...) habrá que abandonarse el paralelismo y encontrar los referentes en los terceros responsables civiles».

(450) Por ello nos recordara Montero Aroca (*Proceso penal y libertad...*, cit., p. 147) que «Se trata de atender, en primer lugar, a la garantía de los individuos frente al Estado, a que el proceso penal tiene que ser instrumento de libertad y no de represión, y que de las garantías propias del proceso penal se refieren desde luego al imputado, pero también a las víctimas (más técnicamente a los ofendidos y perjudicados por el delito), a todos y cada uno de los ciudadanos y a la sociedad en su conjunto».

poderlo ser la física que le transfiera la responsabilidad (algo previsto, como sabemos, en el artículo 31 ter del Código penal), el juicio y condena lo fuera en rebeldía de aquélla en los términos señalados.

V. BALANCE CONCLUSIVO

En las páginas precedentes hemos realizado un pormenorizado recorrido sobre la figura de la rebeldía penal, que tan escasa atención doctrinal ha tenido, destacando la problemática que ella presenta en nuestro actual ordenamiento jurídico, evidenciando con ello unas deficiencias que, por cierto, en modo alguno puede decirse que vengan salvadas en ninguno de los conatos que de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal han existido en nuestro país hasta el momento (incluida la de 2020).

El rebelde penal sigue siendo, en gran medida, una «situación procesal» privilegiada respecto al justiciable que se encuentra a disposición de la justicia. Una justicia que queda muy maltrecha cuando tiene que juzgar de manera reiterada y consecutiva unos mismos hechos, tantas veces como rebeldes haya encontrado. Quizás falta la percepción extrajudicial del problema, pero repárese en qué imagen se generaría (o se generará) en la opinión pública si un juicio como el llamado «del procesés», con más de trescientos testigos y cuatro meses de duración, tuviera que repetirse hasta siete veces, correspondientes a la presentación o captura sucesiva de cada uno de los siete procesados declarados rebeldes. Esa imagen, esperpéntica e incomprensible para cualquier ciudadano, acontece de ordinario en nuestra práctica forense, y los jueces no encontramos en ocasiones palabras (al menos así me ha ocurrido a mí en varias ocasiones) para intentar apaciguar a un testigo que se siente indignado por no comprender cómo tiene que volver a responder a las mismas preguntas, una y otra vez, en un juicio que se repite de manera cíclica en el tiempo. La única respuesta posible, «Es la ley», no suele calmar mucho los ánimos.

Ello es así porque esta ley, es una mala e ilógica ley. Y es que, desaparecidos, como vimos, prácticamente todos los perjuicios que al rebelde le reservaba el ordenamiento jurídico, ahora parece que es la propia ley la que invita al encausado a colocarse fuera del alcance de la justicia, máxime cuando el rebelde encuentra en el propio corazón de Europa países que se prestan a su refugio, desconociendo con ello uno de los principales pilares sobre los que se forjó la Unión Europea: la mutua confianza y lealtad entre los Estados que la integran. En ocasio-

nes, uno tiene la sensación de que la ley es redactada por quienes comparten intereses con aquellos que, precisamente, no estaban avocados a cumplirla(451).

Se hace, pues, necesario reformular el «estatuto jurídico» del rebelde penal, y hacerlo de manera valiente y sin complejos(452), de tal manera que se armonicen los derechos y garantías que el proceso penal debe contemplar con relación al rebelde, con la existencia de otros derechos e intereses, también dignos de tutela, evitando así la desprotección de unos perjudicados que, en no pocas ocasiones, sufren una clara victimización secundaria. De ahí que entendamos que se ha de superar ese rígido canon procesal que exige la suspensión, a toda costa, del procedimiento del rebelde hasta que el mismo sea habido. Se pueden buscar fórmulas con las que, bien quepa la participación del letrado del rebelde en el juicio que se celebre con los coacusados que se encuentran a disposición de la justicia, por lo que la prueba en él practicada se entenderá como prueba anticipada para el juicio que en su día se pudiera celebrar con el rebelde, evitándose con ello su reiteración, o, incluso se puede plantear la viabilidad del propio enjuiciamiento del rebelde. Obsérvese al respecto que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no proscribió de manera categórica dicho enjuiciamiento, entendiendo que ello es compatible con las exigencias impuestas por el proceso debido, si el rebelde tiene cumplido conocimiento de la existencia de su proceso y enjuiciamiento, y luego tiene la posibilidad de recurrir la sentencia que contra él se dicte, pudiendo hacer valer en fase de apelación unos derechos que, lógicamente, no incluyen el de haber participado personalmente en su juicio, pues si ello no ocurrió lo fue por su propia renuente actitud.

Y para ello, la piedra angular es la exigencia de que el rebelde conozca, como hemos dicho, su encausamiento. No se trata, lógico es, de juzgar a nadie que desconoce que la justicia se dirige contra él. Pero una cosa es esto, y otra dar la espalda a obviedades. No se puede entender que el rebelde desconoce su situación procesal, cuando, por ejemplo, él mismo se defiende de la acusación en medios de comunicación, cuando se pasea por instituciones europeas quejándose de su procesamiento, o cuando se

(451) «Sensación» a veces elevada a rango de certeza. Piénsese, si no, en la Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio, que derogó el delito de convocatoria de referéndums por autoridades carente de competencia para ello, apelando, hipócritamente, al principio de intervención mínima, cuando en realidad solo respondía a una negociación política con quienes no estaban dispuestos a cumplir la norma.

(452) El 20 de octubre de 2020, un Tribunal siciliano de Caltanissetta ha condenado *in absentia* a cadena perpetua a Matteo Messina Denaro, jefe de la «cosa nostra» responsable, luego de la muerte del capo Totto Rina, de, entre otros, los asesinatos de Falcone y Borsellino. Italia no está dispuesta a recibir lecciones sobre cómo ha de juzgar a sus mafiosos rebeldes.

persona en el proceso con un abogado de su confianza. Hay hechos que son notorios, «fatti sintomatici» los llama el Derecho italiano; unos hechos que nunca deben ir contra la lógica. Y es que la justicia tiene vendados los ojos como símbolo de imparcialidad, no de estupidez.

Análisis de la gestión financiera y la estructura de las organizaciones terroristas. Los riesgos emergentes de financiación del terrorismo

COVADONGA MALLADA FERNÁNDEZ

Profesora Ayudante Doctor
Universidad de Valladolid

RESUMEN

En este artículo analizaremos en primer lugar las diferencias entre el crimen organizado y las organizaciones terroristas. En segundo lugar, las distintas fuentes de financiación de las organizaciones terroristas, tanto legales como ilegales, y cómo logran transferir ese dinero de un lugar a otro. Por último, analizaremos específicamente uno de los métodos más usados por las redes terroristas para mover el dinero de un lugar a otro, el sistema hawala y algunas variantes del mismo.

Palabras clave: financiación del terrorismo, fuentes legales, fuentes ilegales, grupos terroristas, gestión financiera, crimen organizado.

ABSTRACT

In this article, we will analyze the different sources of financing of terrorist organizations. Firstly, we will first analyze the differences between organized crime and terrorist organizations. Secondly, the different sources of financing for terrorist organizations, both legal and illegal, and how they transfer that money from one place to another. Finally, we will specifically analyze one of the methods most used by terrorist networks to move money from one place to another, the hawala system.

Keywords: financing of terrorism, legal sources, illegal sources, terrorist groups, financial management, organized crime.

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Diferencias entre crimen organizado y organizaciones terroristas.–3. Fuentes de financiación del terrorismo. 3.1 La gestión financiera y la estructura de las organizaciones terroristas. 3.1.1 Ataques terroristas. 3.1.2 Propaganda y reclutamiento. 3.1.3 Formación. 3.1.4 Sueldos y dádivas. 3.1.5 Servicios sociales. 3.2 Clasificación de las fuentes de financiación del terrorismo. 3.2.1 Fuentes de financiación estatal. 3.2.2 Fuentes legales de financiación del terrorismo. 3.2.3 Organizaciones sin ánimo de lucro. 3.2.4 Fuentes ilícitas de financiación del terrorismo. 3.2.5 Uso de Internet para recaudar fondos. 3.2.6 Métodos de microfinanciación. 3.3 Nuevos métodos de financiación del terrorismo. Riesgos emergentes de financiación del terrorismo. 3.3.1 Combatientes terroristas extranjeros (FTF, *Foreign Terrorist Fighters*). 3.3.2 Recaudación de fondos a través de redes sociales. 3.3.3 Nuevos productos y servicios de pago electrónicos. 3.3.4 La explotación de fuentes naturales. 3.4 Métodos de financiación de ISIL. 3.4.1 Ganancias ilícitas procedentes de la ocupación del territorio incluyendo la extorsión y el robo. 3.4.2 Secuestros. 3.4.3 Financiación procedente de los combatientes terroristas extranjeros. 3.4.4 Captación de fondos a través de las redes sociales.–4. Los sistemas TIF o transferencias informales de fondos al exterior. 4.1 La *hawala*. 4.2 Otros sistemas TIF similares al *hawala*.–5. Conclusiones.–6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Ninguna organización terrorista puede existir si no tiene recursos económicos para mantenerse y sostener sus actividades criminales(1). Tal y como dispone Sanz Mulas «es imposible vencer al terrorismo, sea cual sea su origen y finalidad, si no somos capaces de anular sus fuentes de financiación. Para ello es importante una colaboración activa entre los organismos internacionales y los Estados donde haya un intercambio fluido de información(2). Por ello, es importante conocer cuáles son las fuentes de financiación de estos grupos y realizar una clasificación de las mismas, para, de este modo, poder crear una lucha conjunta eficaz contra este tipo de actividades. La financiación del terrorismo ha sido una prioridad en la lucha contra el terrorismo, especialmente después de los trágicos acontecimientos del 11 de septiembre(3). En esta línea Blanco Cordero apunta que «la

(1) BUSTOS RUBIO, M., «¿Cómo se financian los grupos y organizaciones terroristas? Una visión político-criminal» en *Financiación del terrorismo* (Coord. FERRÉ OLIVÉ J. C., PÉREZ CEPEDA, A. I.). Ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 14.

(2) SANZ MULAS, N., *Política criminal*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2016, pp. 285 y ss.

(3) Tal y como señalan PASSAS, N., y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A. «la financiación del terrorismo se ha convertido, especialmente a partir de los atentados del 11 de septiembre, en una prioridad en las agendas políticas nacionales de algunos Esta-

estrategia de lucha contra el terrorismo ha consistido durante muchos años en el ataque directo a la estructura de la organización, esencialmente mediante la detención de sus miembros. Como consecuencia de los trágicos atentados que tuvieron lugar el 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos se produce un viraje importante en dicha estrategia a nivel mundial, que pasa a tener como uno de sus pilares fundamentales la ofensiva sobre las finanzas de la organización»(4).

El primer problema al que debemos enfrentarnos cuando iniciamos un estudio de estas características es la falta de datos económicos fiables sobre la financiación del terrorismo. Existen estadísticas aproximadas, hipótesis que estudian el movimiento del dinero procedente de este tipo de delincuencia, pero no hay datos reales, solo una aproximación a los datos reales. Apunta Merino Herrera que «la estrategia de investigación no solo debe centrarse en transacciones de dinero a grandes escalas o en operaciones más o menos complejas que se desarrollen en los ámbitos financieros que contengan muchos candados de seguridad, por cuanto existen otros métodos que despiertan menos sospecha y nunca pasarán por los filtros que suelen utilizar los gobiernos en los sistemas financieros»(5).

Las organizaciones terroristas, al igual que las organizaciones criminales necesitan recursos económicos y materiales para llevar a cabo sus actividades delictivas y mantener su organización(6). A pesar de que parezca que con una pequeña cantidad de dinero se puede realizar un ataque terrorista, la realidad es más bien lo contrario, los grupos terroristas deben tener financiación para formar a los terroristas, comprar armas, buscar nuevos miembros y mantener su red de operaciones, por lo que deben mantener una infraestructura financiera fuerte y estable(7).

dos y en una prioridad internacional de carácter urgente. Sin embargo, y a pesar de la imagen que se ofrece a través de los medios de comunicación y de las autoridades gubernamentales, la lucha contra la financiación del terrorismo no está dando los resultados esperados». Véase PASSAS, N. y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., «La financiación del terrorismo de Al Qaida: mitos y realidades», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 19, 2007, p. 494.

(4) BLANCO CORDERO, I., «¿Es necesario tipificar el delito de financiación del terrorismo en el Código Penal español?» En *Athena Intelligence Journal* Vol. 4, N.º 1 enero-marzo de 2009, p. 35.

(5) MERINO HERRERA, J., «Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo» en *Revista penal*, N.º 36, 2015, pp. 157 y ss.

(6) DE LA CORTE, L., *La lógica del terrorismo*. Ed. Alianza, 2006, pp. 37 y ss.

(7) GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A. y PASSAS, N., «Interrogantes sobre la financiación del terrorismo de Al-Qaeda y su control» en *Reflexiones sobre el terrorismo en España*, 2007, p. 196.

El art. 1.3 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo dispone que «a los efectos de la presente Ley, se entenderá por financiación del terrorismo el suministro, el depósito, la distribución o la recogida de fondos o bienes, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos de terrorismo tipificados en el Código Penal. Se considerará que existe financiación del terrorismo aun cuando el suministro o la recogida de fondos o bienes se hayan desarrollado en el territorio de otro Estado»(8).

2. Diferencias entre crimen organizado y organizaciones terroristas

Antes de adentrarnos en el estudio de las fuentes de financiación de los grupos terroristas, debemos analizar la diferencia entre el crimen organizado y el terrorismo. Es cierto que ambos fenómenos tienen en común aspectos fundamentales los cuales ayudan a la posibilidad de interacción entre ambos, por ejemplo, tanto el crimen organizado como el terrorismo se desarrollan en la clandestinidad para evitar ser controlados por las autoridades, y ambos utilizan los mismos métodos para la consecución de sus objetivos, pero el crimen organizado trata de obtener el máximo beneficio económico, mientras que el terrorismo utiliza el dinero y el beneficio económico como una herramienta para lograr sus fines, no como un fin.

La definición de crimen organizado, organización criminal, criminalidad organizada, delincuencia organizada o asociación ilícita y el acotamiento de la definición de cada uno de ellos no tiene aún consenso internacional(9). Así pues, la Convención de Palermo sobre Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 tan solo definió el crimen organizado a través de parámetros identificadores, capaces de conseguir estándares legislativos entre los Estados firmantes, con la finalidad de reforzar la cooperación en la lucha contra este fenó-

(8) Esta ley está desarrollada por Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

(9) MARRERO ROCHA, I., «Nuevas dinámicas en las relaciones entre crimen organizado y grupos terroristas» en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69/2, julio-diciembre 2017, p. 150.

meno(10). Los Estados han seguido estos criterios para poder tipificar en sus respectivos ordenamientos jurídicos penales estos grupos. Así pues, en España el Código Penal en su artículo 570 bis da una definición penal de organización delictiva como la formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.

Normalmente, estos grupos siguen una jerarquía basada en la confianza étnica, familiar o geográfica(11). No obstante, la doctrina apunta que desde los años 80 podemos hablar de un nuevo tipo de crimen organizado, la criminalidad organizada transnacional que se aprovecha de las ventajas que da la libre circulación de personas, la globalización y la liberalización de los mercados formando alianzas supranacionales, e internacionalizando sus estructuras(12).

En cuanto a elementos comunes de grupos terroristas y de crimen organizado podemos destacar, por ejemplo, que son autónomos, no responden a ninguna autoridad, aunque algunos grupos terroristas, en algún momento dado, hayan obtenido alguna ayuda económica de los

(10) MARRERO ROCHA, I., «Nuevas dinámicas en las relaciones entre crimen organizado y grupos terroristas», *op. cit.*, p. 150. Así pues, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, de 15 de noviembre de 2000, presentado como anexo a Resolución de la Asamblea General 55/25 de la misma fecha lo define como «Grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves». Esta definición fue también adoptada por la Decisión marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, DOL 300/42, de 11 de noviembre de 2008. Por otro lado, EUROPOL calcula que al menos 5.000 organizaciones criminales están siendo investigadas en Europa, y ha establecido 11 criterios para poder identificar este tipo de organizaciones, que necesariamente tienen que cumplir los n.ºs 1, 3, 5 y 11.1 Colaboración entre más de dos personas; 2. Distribución de tareas; 3. Actuación continuada o por tiempo prolongado; 4. Utilización de formas de disciplina y control interno; 5. Sospecha de comisión de delitos graves; 6. Operatividad en el ámbito internacional; 7. Empleo de violencia u otras formas de intimidación; 8. Uso de estructuras de negocio o comerciales; 9. Actividades de blanqueo de capitales; 10. Ejercicio de influencia, y 11. Búsqueda de beneficio o poder (Doc. 6204/1/1997, ENFOPOL 35 rev. DG).

(11) MARRERO ROCHA, I., «Nuevas dinámicas en las relaciones entre crimen organizado y grupos...», *op. cit.*, p. 150.

(12) Véase ANDREAS, P., "Transnational Crime and Economic Globalization", en BERDAL, M. R. y SERRANO M. (eds.), *Transnational Organized Crime and International Security: Business as Usual*, Boulder, Lynne Rienner, 2002, pp. 37-52; COCKAYNE, J., *Transnational Organized Crime: Multilateral Responses to a Rising Threat*, International Peace Academy, 2007. Véase en https://www.files.ethz.ch/isn/126969/transnational_organized_crime_04_2007.pdf (Página última vez consultada el 15 de junio de 2020).

Estados. En segundo lugar, el uso la violencia(13), en tercer lugar, que tanto organizaciones criminales como grupos terroristas se adaptan a las nuevas tecnologías y a los nuevos métodos de investigación para poder esquivarlos, en cuarto lugar, se han intentado erradicar estos grupos mediante tratados internacionales y organizaciones internacionales(14). Por último, en ausencia de un Estado funcional, pueden ofrecer servicios sociales a la población de los espacios geográficos en los que operan.

La resolución 1373, del Consejo de Seguridad de la ONU, advierte de *la conexión estrecha que existe entre el terrorismo internacional y la delincuencia transnacional organizada, las drogas ilícitas, el blanqueo de dinero, el tráfico ilícito de armas y la circulación ilícita de materiales nucleares, químicos, biológicos y otros materiales potencialmente letales, y a ese respecto pone de relieve la necesidad de promover la coordinación de las iniciativas en los planos nacional, subregional, regional e internacional, para reforzar la respuesta internacional a este reto y amenaza graves a la seguridad internacional*(15).

Las ventajas de esta asociación entre organizaciones terroristas y organizaciones criminales son múltiples, así pues, los grupos terroristas se pueden aprovechar de las redes ya creadas por las organizaciones terroristas, sus rutas de comercio, sus fuentes de financiación, intercambio de armamento e inteligencia o acceso a sus redes de reclutamiento, entre otros(16).

Como ejemplo de esta relación entre el crimen organizado y las organizaciones terroristas podemos destacar el IRA Provisional en Irlanda del Norte. Este grupo terrorista usaba métodos propios de las organizaciones terroristas para financiarse, como era el uso de restau-

(13) MARRERO ROCHA, I., «Nuevas dinámicas en las relaciones entre crimen organizado y grupos...», *op. cit.*, p. 152.

(14) Destacaremos, entre otras, las Resoluciones 1267 (1999), 1989 (2011), 2161 (2014), 2170 (2014) y 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

(15) Resolución 1373 (2001) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385.ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001.

(16) Expone IBAÑEZ FERRÁNDIZ: «Estas conexiones, notorias en casos reales como el de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) o el de la rama de al-Qaeda en Afganistán, son, por extraño que parezca, difícilmente aceptadas por algunos Estados. Ello puede deberse a diferentes factores, tales como corrupción de funcionarios públicos en dichas tramas delictivas, importancia de la economía sumergida en diferentes áreas de un país, o falta de recursos humanos y materiales para hacer frente a dichas amenazas, entre otros». Véase IBAÑEZ FERRÁNDIZ, I., «Financiación del terrorismo: marco internacional, fuentes y amenazas» en *Revista GEES*, Análisis n.º 7540, p. 3.

rantes, bares, impuestos revolucionarios, extorsión, secuestros, estafas, contrabando e incluso donaciones libias(17).

En la actualidad, es evidente que esta relación entre el crimen organizado y las organizaciones terroristas sigue vigente y es cada vez más estrecha. Así pues, en los atentados de Madrid de 2004 quedo demostrado que habían sido financiados con el tráfico de estupefacientes. En las investigaciones de los atentados terroristas en París en 2015 y en Bruselas en 2016 también quedó patente que algunos de los autores estaban implicados en el tráfico de estupefacientes y que mantenían contactos con organizaciones criminales relacionadas con el tráfico de armas y la elaboración de documentos falsos(18).

Los grupos terroristas aprovechan la estructura de las organizaciones criminales para llevar a cabo sus actividades terroristas. Así pues, usan documentos de identidad falsos proporcionados por redes criminales, pisos francos para no ser detectados, les compran armas y munición, y, además, usan comunicaciones seguras mediante aplicaciones de redes sociales encriptadas para no ser detectados por las fuerzas de seguridad(19).

(17) WOODFORD & M. L. R. S., "The Political Economy of the Provos: Inside the Finances of the Provisional IRA-A Revision" en *Studies in Conflict & Terrorism*, 2017, p. 43.

(18) Los informes gubernamentales nacionales de los distintos países miembros de la UE también indican que un gran número de FTF (*financing for terrorism purpouses*) tienen antecedentes penales. Por ejemplo, Alemania informa que de sus 784 FTF, al menos el 66% había sido objeto de una investigación penal, y que más del 53% de los delincuentes condenados tenían tres o más condenas. Cfr. HEINKE D. H., "German Foreign Fighters in Syria and Iraq: The Updated Data and its Implications", en *CTC Sentinel*, Vol.10, N.º 3, 2017. RANSTORP afirma que «en Noruega, el Servicio de Seguridad concluyó en un estudio de 2016 sobre 137 yihadistas radicalizados (y FTF) que el 68% de ellos habían sido sospechosos de cometer actos delictivos o acusados de cometerlos o habían sido condenados por ellos antes de su radicalización. En Holanda, más del 60% de los más de 300 yihadistas habían sido investigados penalmente o condenados. Esta pauta uniforme parece confirmar el argumento de Olivier Roy de que muchos yihadistas son más bien unos radicales islamizados y no unos islamistas radicalizados». Cfr. RANSTORP, M., «La financiación del terrorismo: principales actores, estrategias y fuentes» en *AFKAR ideas*, N.º 57, 2018. Véase en <https://www.politicaexterior.com/articulos/afkar-ideas/la-financiacion-del-terrorismo-actores-estrategias-fuentes/> (Página última vez consultada el 15 de junio de 2020).

(19) Así pues, establece RANSTORP que «los terroristas utilizaron tarjetas de prepago para preparar los atentados de París en noviembre de 2015 y así no ser identificados. Los atacantes de París también tenían un gran número de teléfonos desechables y usaban redes sociales encriptadas para comunicarse. Rahmat Akilov, el terrorista que perpetró el ataque con un camión en el centro de Estocolmo en abril de 2017, también empleó otro modus operandi terrorista innovador: utilizó las redes sociales rusas Odnoklassniki y VKontakte y suministró 53 tarjetas SIM de prepago

Basra y Neumann opinan que esta relación entre el terrorismo y el crimen organizado exige que «los investigadores, analistas y legisladores se replanteen las ideas arraigadas sobre cómo hay que luchar contra el terrorismo, la delincuencia y la radicalización»(20).

Loreta Napoleoni, autora que ha estudiado en profundidad las organizaciones terroristas, expone que el terrorismo yihadista es un terrorismo que está en constante evolución para poder adaptarse a las nuevas normativas de lucha contra el terrorismo y que su estructura no difiere mucho de la de una organización terrorista(21). Según esta autora, la economía del terrorismo ha seguido las tres mismas fases que la economía legal. La primera fase es el terrorismo de Estado, la segunda fase es la privatización del terrorismo y, por último, la última fase es la globalización del terrorismo donde los grupos terroristas entran en contacto con las organizaciones criminales.

En la primera fase del terrorismo, es el propio Estado el que financia a las organizaciones terroristas donde se mezclan las actividades legales con las actividades ilegales, al igual que en las fases de blanqueo de capitales, todo ello, para evitar que las autoridades puedan seguir el rastro del dinero. El ejemplo que pone la autora de esta primera etapa es los Contras(22) en Nicaragua, creados por la CIA, financiados legalmente por el congreso de los Estados Unidos y financiados ilegalmente por la administración de Reagan a través de operaciones encubiertas, por ejemplo, el escándalo Irán-Contra.

A finales de los setenta y principios de los ochenta se empieza a desarrollar la segunda fase del terrorismo, la privatización del mismo. Así pues, los grupos terroristas intentan distanciarse de los Estados para alcanzar su independencia económica. Al igual que en la primera fase, aquí también observamos una mezcla de actividades legales e ilegales. La autora pone como ejemplo a Arafat que obtenía un por-

anónimas a sus contactos del EI en Siria que le ayudaron a registrarse en Whatsapp». Cfr. RANSTORP, M., «La financiación del terrorismo: principales actores, estrategias y fuentes» en *AFKAR ideas*, N.º 57, 2018. Véase en <https://www.politicaexterior.com/articulos/afkar-ideas/la-financiacion-del-terrorismo-actores-estrategias-fuentes/> (Página última vez consultada el 15 de junio de 2020).

(20) BASRA R., NEUMANN, P., “Crime as Jihad: Developments in the Crime-Terror Nexus in Europe” en *CTC Sentinel*, vol.10, N.º 9, octubre de 2017, pp. 2 y ss.

(21) NAPOLEONI, L. “The evolution of terrorist financing since 9/11: How the new generation of jihadists fund themselves” en *The Economics of Peace and Security Journal*, Vol. 2, N.º. 1, 2007, p. 41.

(22) Los Contras o Resistencia Nicaragüense era un grupo insurgente financiado por Estados Unidos que intentaron acabar con el gobierno revolucionario (1979-1990) del Frente Sandinista de Liberación Nacional.

centaje para sus actividades terroristas del tráfico de hachís en el Valle del Bekáa que se encuentra entre el Líbano y Siria.

Por último, llegamos a la última etapa de evolución de financiación del terrorismo donde con la globalización, las organizaciones terroristas pueden actuar en cualquier parte del mundo y pueden ponerse en contacto con otras organizaciones terroristas u organizaciones criminales. En esta etapa, las organizaciones terroristas empiezan a hacer negocios con las organizaciones criminales para poder conseguir fondos para sus propósitos ilícitos. Así pues, unos mueven el dinero para blanquear las ganancias procedentes de sus actividades ilícitas y otros, para usarlo para sus actividades terroristas. En esta tercera etapa es cuando nace la organización terrorista internacional Al-Qaeda, organización terrorista que es capaz de poder recolectar dinero para sus fines terroristas más allá de las fronteras nacionales y también es capaz de realizar ataques terroristas en diferentes países.

3. Fuentes de financiación del terrorismo

Una vez que hemos distinguido el crimen organizado del terrorismo, debemos centrarnos en los medios de financiación de las organizaciones terroristas. Las clasificaciones clásicas de fuentes de financiación del terrorismo, distingue tres categorías básicas: la financiación estatal, la proveniente de medios lícitos y la procedente de medios ilícitos. Estudios más actuales, han añadido nuevas categorías y subcategorías, como son las fuentes de microfinanciación y otras relacionadas con las redes que desarrollaremos en este capítulo.

3.1 LA GESTIÓN FINANCIERA Y LA ESTRUCTURA DE LAS ORGANIZACIONES TERRORISTAS

Antes de adentrarnos de pleno en las fuentes de financiación de las organizaciones terroristas debemos analizar cómo llevan a cabo y gestionan estos ingresos y para qué los usan. Solo así, tendremos una mejor comprensión de las necesidades de financiación de los terroristas.

Las organizaciones terroristas pueden variar en su tamaño, estructura, alcance de sus operaciones o ideologías en las que están fundadas, pero todas ellas siempre tienen algo en común, que es, la necesidad de financiarse. Por ello, es importante conocer su gestión y fuentes de financiación para poder acabar con ellas. Si pierden sus fuentes de financiación, no pueden mantener su estructura, y, por lo tanto, desaparecen.

Los grandes grupos terroristas que tienen una gran financiación suelen tener gestores financieros que gestionan y movilizan los capitales, e incluso los invierten para tener un mayor rendimiento. La función de gestión financiera también existe en las células terroristas pequeñas, pero puede ser menos formal, e involucra a miembros de la célula que ejercen múltiples roles organizacionales de manera simultánea(23).

En segundo lugar, debemos analizar a qué se destinan los fondos de los que disponen las organizaciones terroristas. Solo así podremos tener una visión amplia de la estructura y los fines de estas organizaciones. Así pues, podemos distinguir básicamente los siguientes fines donde usan sus fondos:

3.1.1 Ataques terroristas

Este es el principal fin de la existencia de las organizaciones terroristas, las cuales requieren fondos para llevar a cabo estos ataques y su preparación. Esto incluye viajar hacia el lugar de destino, el uso de vehículos, compra de armas y explosivos, compra de documentación falsa, alojamiento, comida y gastos básicos de mantenimiento, entre otros.

3.1.2 Propaganda y reclutamiento

Las organizaciones terroristas requieren fondos para reclutar a sus miembros y para publicitar su organización y darse a conocer. Así pues, mientras que muchas organizaciones terroristas usan las redes sociales para solicitar fondos a sus simpatizantes, algunas organizaciones terroristas más complejas invierten fondos en publicaciones de revistas y periódicos, compra de dominios en Internet, incluso, algunas organizaciones más complejas han adquirido canales de televisión y radio para darse publicidad a nivel mundial.

(23) Véase FATF/GAFI, *Emerging Terrorist Financing Risks*, p. 30. <http://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/documents/emerging-terrorist-financing-risks.html> (Página web última vez consultada el 15 de junio de 2020). De acuerdo con un informe de Noruega *Defence Research Establishment*, aproximadamente el 75% de los 41 ataques terroristas que se produjeron en Europa entre 1994 y 2013 costaron menos de 10.000 USD donde la parte más costosa del mismo fue la obtención de las armas y de los explosivos para llevar a cabo dichos ataques.

3.1.3 *Formación*

Todas las organizaciones terroristas necesitan fondos para formar a sus integrantes en un gran ámbito de campos: manejo de armas(24), fabricación de bombas, comunicación con sus integrantes y simpatizantes sin ser detectados por las autoridades, y expansión y comunicación de su ideología.

3.1.4 *Sueldos y dádivas*

Otra parte de su financiación va destinada al pago de los sueldos de sus miembros y dádivas a familias de miembros encarcelados o fallecidos para que sigan comprometidos con la organización.

3.1.5 *Servicios sociales*

Muchos grupos terroristas utilizan sus recursos financieros para establecer o subvencionar servicios médicos y educativos. De este modo, se ganan el favor de las poblaciones locales donde están establecidos y les resulta más fácil poder reclutar futuros miembros para su organización.

3.2 CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DE FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

Las fuentes de financiación del terrorismo han ido evolucionando a lo largo del tiempo. De ahí que, en un primer momento, las fuentes de financiación eran casi exclusivamente fuentes estatales o públicas, y, a partir del fin de la Guerra Fría, las fuentes de financiación empezaron a diversificarse. A día de hoy, los terroristas buscan fuentes de financiación que les permita el anonimato y evadir la normativa preventiva de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

Debido a la globalización de los mercados financieros internacionales, los grupos terroristas utilizan diversas modalidades para financiarse y ocultar el lucro procedente de diversas actividades delictivas. Algunas de estas organizaciones funcionan como multinacionales, con una logística específica y compuesta por personas, armas e itinerarios definidos. Hacen uso de los servicios de Internet y otras tecnologías como el GPS. Se debe tener en cuenta que algunos grupos más pequeños se financian de forma privada, y es aquí donde se presenta uno de los principales

(24) En este contexto, los grupos terroristas a menudo adquieren tierras para su uso como un campo de entrenamiento.

obstáculos para controlar el problema: determinar y detectar cuándo las actividades que generan dinero son lícitas o ilícitas(25).

De acuerdo a lo anterior, resulta pertinente la clasificación a la que hace referencia Curia:

Tabla 1. *Esquemas Financiación del Terrorismo Internacional*

<i>People support</i>	Población local financia algún movimiento
<i>State support</i>	Estado que financia (difícil comprobación)
<i>Crime support</i>	Narcotráfico, secuestro, extorsión
<i>Clean support</i>	Mantenimiento de hospitales, casas de huérfanos, centros culturales de adoctrinamiento

Fuente: (Curia, 2005) *Elaboración propia*(26).

3.2.1 Fuentes de financiación estatal

Como acabamos de mencionar, en un primer momento, las fuentes de financiación eran casi exclusivamente estatales. Para ello, debemos destacar que hay un antes y un después de la Guerra Fría en materia de financiación del terrorismo. De este modo, hasta 1945, tradicionalmente, algunos Estados habían colaborado con la financiación de estas organizaciones terroristas. Estos Estados aportaban apoyo económico y logístico a los grupos terroristas(27).

Aunque parte de la doctrina estime que esta modalidad de financiación del terrorismo está en retroceso desde la Guerra Fría(28), aún hay Estados que mantienen su apoyo económico a diversos grupos terroristas(29). Ejemplo de ello fue el bombardeo de aviones civiles

(25) HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, Ed. Tecnos, 2008, p. 79.

(26) CURIA, E. (2005). Control y Prevención del Lavado de Dinero, en http://www.pwc.com/ar/spa/pdf/CEO_LavadoDinero.pdf (Página última vez visitada el 15 de junio de 2020).

(27) Además de casos conocidos como los ocurridos en Francia, EE. UU. o la U. R. S. S., hay que destacar que otros países más pequeños también han contribuido en alguna ocasión a financiar y dar apoyo a grupos terroristas (Afganistán, Cuba, Irán, Irak, Libia, Corea del Norte, Pakistán, Arabia Saudita, Turquía). GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A. y PASSAS, N., «Interrogantes sobre la financiación del terrorismo de Al-Qaeda y su control» en *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época, N.º 19, 2007, pp. 495 y ss.

(28) GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A. y PASSAS, N., «Interrogantes sobre la financiación del terrorismo de Al-Qaeda y su control», *op. cit.*, p. 198.

(29) Señala RICHARD que hoy en día las fuentes de financiación de estas organizaciones ya no están subvencionadas por los Estados, y los actuales medios de financiación pueden proceder tanto de fuentes legales como ilegales. *Cfr.* RICHARD,

sobre África occidental en 1989, el bombardeo de aviones civiles sobre *Lockerbie* (Reino Unido) en 1988, o el atentado a la Discoteca Belle en Berlín Occidental en 1986. Todos estos ataques estaban financiados por el gobierno de Libia(30).

Ya en los 90, Sudán y Afganistán han financiado a Osama bin Laden y a Al Qaeda y desde el año 1993 han entrado en la lista de países que financian el terrorismo (*State Sponsors of Terrorism*), 7 países: Cuba, Irán, Irak, Libia, Corea del Norte, Sudán y Siria(31).

3.2.2 Fuentes legales de financiación del terrorismo

Las fuentes de financiación del terrorismo que provienen de medios lícitos son múltiples. Antes de adentrarnos en ellas, debemos precisar que el Convenio de 1999 y la resolución 1373 establecen que no es necesario que el acto de terrorismo se lleve a cabo para que el delito de financiación se produzca, es decir, se castiga la ayuda económica a los grupos terroristas, pero no solo la ayuda para cometer los atentados sino también la ayuda económica y financiera para mantener la red y estructura del grupo terrorista.

Una vez realizada esta precisión, dentro de los medios lícitos podemos encontrar en primer lugar la constitución de negocios y empresas, como puede ser la regenta de bares, restaurantes, casas de cambio, etc. En segundo lugar, las organizaciones sin ánimo de lucro. En tercer lugar, fondos de inversión y especulación bursátil.

Las fuentes legales pueden ser las contribuciones económicas voluntarias de los miembros de la organización o personas afines a las mismas o también pueden ser contribuciones forzosas de algunos empresarios (como ha pasado en España con ETA) o contribuciones de los negocios de miembros de la organización.

Las donaciones privadas siguen siendo una de las principales fuentes de financiación del terrorismo. Por poner un ejemplo, un estudio del Departamento del Tesoro de Estados Unidos expone que desde 2001, aproximadamente el 33% de los casos de financiación de terrorismo tienen financiación directa de personas físicas(32).

A., *Fighting Terrorist Financing: Transatlantic Cooperation and International Institutions*. Ed. Center for Transatlantic Relations, 2016, pp. 5 y ss.

(30) Noticia extraída del New York Times: <https://www.nytimes.com/2001/11/14/world/4-guilty-in-fatal-1986-berlin-disco-bombing-linked-to-libya.html> (Página última vez consultada el 15 de junio de 2020).

(31) RICHARD, A., *Fighting Terrorist Financing: Transatlantic Cooperation and International Institutions*, op. cit., pp. 6-7.

(32) U. S. DEPARTMENT OF TREASURY, *National Terrorist Financing Risk Assessment*, 2015, p. 44. Puede consultarse el documento en <https://www.treasury.gov/resource-center/terrorist-illicit-finance/Documents/National%20Terrorist%20Finan>

3.2.3 Organizaciones sin ánimo de lucro

Una parte importante de la financiación de las organizaciones terroristas como Al-Qaeda proviene de donativos o de organizaciones benéficas. Este método de financiación es tan importante que el gobierno de Estados Unidos ha llegado a congelar los fondos de las organizaciones no gubernamentales como *Global Relief Foundation*, *Holy Land Foundation for Relief and Development*, *International Benevolence or Islamic American Relief Agency*, entre otras(33). Estas duras medidas no han sido del todo satisfactorias, ya que por un lado, muestran que los Estados, no solo Estados Unidos, todavía no son conscientes de las principales formas de financiación de estas organizaciones, que no solo procede de estas entidades benéficas, y, por otro lado, estas medidas han contribuido a aumentar el resentimiento de las comunidades afectadas, ya que en algunos casos, debido a estas medidas preventivas adoptadas por el gobierno de los EE. UU., algunas organizaciones se han visto obligadas a cerrar, lo cual ha contribuido al resentimiento de las comunidades afectadas(34).

En el caso «*Estados Unidos v. Holy Land Foundation for Relief and Development*», quedó probado que esta organización sin ánimo de lucro había estado recaudando fondos para Hamás durante 13 años. La suma total recaudada llegaba casi a los 12 millones y medio de dólares. *Holy Land Foundation* entró en la lista de personas físicas y jurídicas que ayudaban a organizaciones terroristas por lo que los Estados Unidos congelaron y bloquearon sus activos. El principal problema al que se enfrentan los investigadores que hacen estas listas es que deben demostrar y probar el vínculo entre dichas organizaciones y el destinatario final del dinero, es decir, la organización terrorista(35).

cing%20Risk%20Assessment%20E2%80%93%2006-12-2015.pdf (Página web última vez consultada el 15 de junio de 2020).

(33) SÁNCHEZ MEDERO, G., «Las fuentes de financiación legales e ilegales de los grupos terroristas», *op. cit.*, p. 55.

(34) GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A. y PASSAS, N., «La financiación del terrorismo de Al-Qaeda. Mitos y realidades», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 19, 2007, pp. 493-495.

(35) U. S. v. Holy Land Foundation for Relief and Development, et al. Richardson, TX. Puede verse esta sentencia en la página web <https://www.investigativeproject.org/cases.php> (Página última vez consultada el 15 de junio de 2020): [NDTX] *Richardson, Texas-based Muslim charity indicted, along with several of the group's leaders, for funneling millions of dollars to the terrorist group Hamas. The judge declared a mistrial: The jury could not reach a unanimous verdict on any count with respect to five defendants; with respect to one defendant, Mohammad El-Mezain, the jury could not reach a unanimous verdict on count one which charged him with conspiracy to provide material support and resources to Hamas. In the second trial in 2008 jurors found all the defendants guilty on all counts of helping finance terrorism.*

3.2.4 Fuentes ilícitas de financiación del terrorismo

Otra de las principales fuentes de financiación del terrorismo es la procedente de las ganancias de actividades criminales. Dentro de la financiación ilícita podemos destacar, el tráfico de estupefacientes, el tráfico de armas, la piratería, la trata de personas, el tráfico de joyas, piedras y metales preciosos, la compraventa de coches de lujo robados, los secuestros y robos, así como los delitos de «cuello blanco» y fraudes que utilizan empresas de intermediación, triangulación de operaciones, autopréstamos, el fraude en tarjetas de crédito(36), el contrabando de mercancías, incluidos los cigarrillos, y el fraude fiscal asociado a estas actividades criminales(37).

Según el GAFI, el contrabando de cigarrillos es una amenaza creciente como financiación del terrorismo en algunas regiones como el África occidental(38). El GAFI también sostiene en otro informe que el comercio de opio en Afganistán mueve millones de dólares que se usan para financiar organizaciones terroristas(39). La financiación de Al-Qaeda también viene en parte (unos 400 USD millones) del mercado del opio durante el 2011/2012, un tercio del total de sus ganancias(40).

A fifth circuit judicial panel upheld the convictions against HLF and its senior leaders in December 2011.

(36) GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A. y PASSAS, N., «La financiación del terrorismo de Al-Qaeda. Mitos y realidades», *op. cit.*, p. 495.

(37) IBAÑEZ FERRÁNDIZ, I. F., nos pone los siguientes ejemplos: 1) el cabecilla de las células operativas que atentaron contra los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, Mohammed Atta, se dedicó, durante sus años de presunto estudiante en Hamburgo a intentar comerciar en Italia y Alemania con valiosas antigüedades provenientes de Afganistán –proporcionadas por los talibanes– para recaudar fondos para el mantenimiento de dichas células; 2) los atentados del 11-M en Madrid fueron financiados con pequeñas cantidades de dinero («microfinanciación») provenientes del trueque de relativamente pequeñas cantidades de hachís por explosivos, del menudeo de estupefacientes y otras actividades delictivas menores; 3) la pequeña suma de dinero (se calcula que unas 500 esterlinas libras fueron suficientes) directamente empleada por los terroristas del 7-J de Londres para cometer los atentados fue obtenida, según se cree, a través del ahorro de sus propios salarios, es decir, mediante actividades perfectamente lícitas y extremadamente difíciles de detectar. *Cfr.* IBAÑEZ FERRÁNDIZ, I. F., *Financiación del terrorismo: marco internacional, fuentes y amenazas*, 2010 en <http://www.gees.org/articulos/financiacion-del-terrorismo-marco-internacional-fuentes-y-amenazas> (Página web última vez consultada el 15 de junio de 2020).

(38) Puede analizarse este tema en profundidad en el Informe sobre el comercio ilícito del tabaco del GAFI de 2012.

(39) GAFI, Report FATF Financial flows linked to the production and trafficking of Afghan opiates, 2013. Puede verse el informe en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Financial-flows-linked-to-production-and-trafficking-of-afghan-opiates.pdf> (Página web última vez consultada el 15 de junio de 2020).

(40) United Nations Security Council. 2012.

Por otro lado, el GAFI también destaca casos de financiación del terrorismo apoyados en delitos fiscales. Así, por ejemplo, el informe del GAFI ISIL contiene dos estudios de casos que implican el uso de las devoluciones de impuestos para financiar a los combatientes terroristas extranjeros (FTF)(41).

3.2.5 *Uso de Internet para recaudar fondos*

Dentro de los métodos ilícitos para recaudar fondos, debemos destacar el uso de la red por parte de los terroristas. Así pues, suelen usar las tarjetas prepago con las que se pueden comprar determinados objetos que no tengan demasiado valor sin la necesidad de identificarse. También suelen usar Paypal, e-Gold, y, en general, toda clase de negocios como casinos o casas de apuestas online donde la identificación de los clientes tiene vulnerabilidades(42).

3.2.6 *Métodos de microfinanciación*

Antes de iniciar este epígrafe, debemos distinguir entre microfinanciación y macrofinanciación. Mientras la microfinanciación es el dinero que se obtiene para cometer un acto terrorista concreto, la macrofinanciación es la recaudación necesaria para mantener la red y la estructura del grupo terrorista.

Tal y como hemos visto en este trabajo, los últimos ataques terroristas que se han cometido en la UE han requerido una microfinanciación para llevarse a cabo, por ello, en esta sección haremos referencia a los métodos de microfinanciación de los ataques terroristas.

La microfinanciación de los grupos terroristas suele llevarse a cabo por dos fuentes fundamentalmente. En primer lugar, a través de pequeños hurtos, y, en segundo lugar, la mayor parte de la microfinanciación procede del tráfico de estupefacientes. Así pues, en España, podemos poner como ejemplo «Operación Nova», que planeaba hacer

(41) En Finlandia, cuatro ciudadanos finlandeses fueron detenidos en octubre 2015 bajo sospecha de haber cometido delitos, incluyendo el fraude fiscal con el fin de financiar las actividades extremistas en Siria y Finlandia. Véase EUROPOL, *EU Terrorism Situation and Trend Report*, 2015, p. 10. Puede consultarse el informe en: <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/eu-terrorism-situation-and-trend-report#fndtn-tabs-0-bottom-2> (Página web consultada por última vez el 15 de junio de 2020).

(42) En España, podemos destacar un caso relacionado con el uso de bonos y loterías a través de Internet. Se trata del caso *la página web de la asociación «Gazte-sarea», que presuntamente apoyaba a Segui y ETA. Además, utilizaban la imagen de un deportista de élite para atraer a más gente y generar más ingresos*. <https://www.elmundo.es/elmundo/2009/07/31/espana/1249058041.html> (Página web consultada por última vez el 15 de junio de 2020).

saltar por los aires la Audiencia Nacional con 500 kilos de explosivos y que tuvo su origen en la cárcel de Topas (Salamanca). Este ataque solo necesitaba para llevarse a cabo 10.000 euros(43).

La microfinanciación no es un método que se use solo en España, sino que también en el resto de Europa hay microfinanciación a través de ayudas sociales que reciben los yihadistas en distintos países de la UE(44). Así pues, «al menos cinco de los supuestos terroristas en los ataques de París y de Bruselas se financiaron en parte con ayudas sociales y recibieron en total más de 50.000 euros hasta unas semanas antes de los atentados»(45).

La microfinanciación de los ataques terroristas supone un reto para las fuerzas y cuerpos de seguridad ya que es complicado seguir el rastro de este dinero porque no suelen usar métodos tradicionales para moverlo, sino redes informales como el *hawala*, y, en el caso de que usen entidades financieras tradicionales u oficinas de cambio de moneda y de transferencia de dinero, suelen hacerlo con pequeñas cantidades de dinero que hacen que no entre en funcionamiento la normativa preventiva de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo(46).

(43) ALONSO MARCOS, A., «La lucha contra el terrorismo en la estrategia de Seguridad Nacional 2013», en *UNISCI Discussion Papers*, N.º 35, 2014, pp. 223 y ss.

(44) Así pues, en el artículo de DAVID CHAZAN, “French jihadists regularly received welfare payments after joining Isil, police reveal”, *The Telegraph*, 26 de octubre de 2017 se expone que los servicios de seguridad europeos hallaron relación entre la microfinanciación de los yihadistas con ayudas sociales, ya que éstos habían reclamado ilícitamente ayudas sociales de más de dos millones de euros en Europa entre 2012 y 2016. <https://www.telegraph.co.uk/news/2017/10/26/french-jihadists-regularly-received-welfare-payments-joining/> (Página web última vez consultada el 15 de junio de 2020).

Otro método de microfinanciación son las ayudas al desempleo tal y como expone CHRISTOPHE CORNEVIN en “Ces djihadistes français en Syrie qui touchaient encore leurs allocations sociales”, *Le Figaro*, 26 de octubre de 2017).

<http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2017/10/25/01016-20171025ARTFIG00254-ces-djihadistes-francais-en-syrie-qui-touchaient-encore-leurs-allocations.php> (Página web última vez consultada el 15 de junio de 2020).

(45) Véase el artículo de VALENTINA POP, “Belgium to Expand Targeted Security Measures in Brussels”, *Wall Street Journal*, 29 de septiembre de 2016. <https://www.wsj.com/articles/belgium-to-expand-targeted-security-measures-in-brussels-1475170959> (Página web última vez consultada el 15 de junio de 2020).

(46) A diferencia de las grandes organizaciones terroristas, las pequeñas células y los actores solitarios tienen una necesidad menor de recursos financieros, ya que no tienen que mantener ni reclutar a terroristas. Así pues, en el informe del GAFI sobre Riesgos Emergentes del Financiamiento del Terrorismo se dispone que un informe del Instituto Noruego de Investigación de la Defensa (*Norwegian Defence Research Establishment*) sobre financiación de pequeñas células dispone que aproximadamente el 75% de los 40 complotos terroristas extremistas violentos ocurridos en

3.3 NUEVOS MÉTODOS DE FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO. RIESGOS EMERGENTES DE FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

El GAFI, recientemente, elaboró un informe sobre los riesgos emergentes de la financiación del terrorismo, donde expone que al evaluar las técnicas tradicionales de financiación del terrorismo(47), llega a la conclusión de que estas técnicas tradicionales siguen siendo riesgos significativos e importantes de financiación del terrorismo. No obstante, las nuevas normativas preventivas de blanqueo de capitales y financiación de terrorismo han hecho que sea más difícil para las organizaciones terroristas usar estas técnicas tradicionales para mover el dinero, por lo que la capacidad de adaptación de estas organizaciones, y las nuevas amenazas planteadas por los combatientes terroristas extranjeros y las redes terroristas de células pequeñas, han hecho que estas organizaciones terroristas empiecen a usar nuevos métodos de financiación. Estos nuevos métodos de financiación, según el GAFI, son los siguientes.

3.3.1 *Combatientes terroristas extranjeros (FTF, Foreign Terrorist Fighters)*

Una de las principales nuevas amenazas en torno a la financiación del terrorismo es la relacionada con las personas que viajan a Irak y Siria. Estos combatientes terroristas extranjeros usan la autofinanciación para obtener los fondos que necesitan para viajar a las zonas de conflicto. El reto en este caso consiste en que los investigadores identifiquen a estos individuos, lo cual, es extremadamente complicado ya que, no suelen tener una previa vinculación con grupos terroristas y no mueven grandes cantidades de dinero para su autofinanciación.

En concreto, en España, los investigadores han detectado que estos combatientes terroristas extranjeros también se financian con tramas de fraude fiscal en particular con el IVA para poder financiar su viaje a las zonas de conflicto. El dinero defraudado con los entramados de fraude en el IVA es manejado por estos terroristas fuera del sistema

Europa (entre 1994 y 2013) estudiados costaron menos del equivalente de USD 10.000 USD. *Cfr.* GAFI FATF/GAFI, *Emerging Terrorist Financing Risks*, p. 30. <http://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/documents/emerging-terrorist-financing-risks.html> (Página web última vez consultada el 15 de junio de 2020).

(47) Estas técnicas tradicionales se pueden ver en el Informe del GAFI: *Tipologías de financiación del terrorismo del 2008*. Véase <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/tipologias-17/3126-informe-tipologias-regionales-gafilat-2018> (Página web última vez consultada el 15 de junio de 2020).

financiero formal, por lo que las autoridades fiscales pierden el rastro(48).

3.3.2 *Recaudación de fondos a través de redes sociales*

Las redes sociales han sido usadas por los grupos terroristas para difundir su propaganda terrorista y atraer simpatizantes a su causa, pero, recientes estudios del GAFI han puesto de manifiesto que también usan estos medios para recaudar fondos para fines terroristas(49). Así pues, muchos FTF europeos usan las redes sociales para relatar su experiencia en las zonas de conflicto y así poder captar fondos para su causa(50) usando chats, foros o redes sociales (como Facebook, Twitter e Instagram), o incluso a través de aplicaciones móviles como WhatsApp y Viber o redes de comunicaciones más seguras (como SureSpot y VoIP) para recaudar todos los fondos que puedan. Uno de los métodos que más crecimiento ha tenido en los últimos años es el uso del *crowdfunding* para recolectar fondos en plataformas *online*. Así pues, el método que usan consiste en establecer campañas virales en las redes sociales para ganar adeptos y donaciones de estos. Además, estas campañas de *crowdfunding* permiten el anonimato de los donantes.

Los retos a los que se enfrentan los investigadores que intentan desarticular los grupos formados a través de estas redes sociales para recaudar fondos son, en primer lugar, la dificultad de discernir quiénes

(48) En particular, dispone el informe GAFI lo siguiente: “In addition to the case study noted below, the Spanish authorities have also detected that members of a terrorist cell will participate as figureheads in value-added tax (VAT) fraud and scams in other EU territories by obtaining funds for covering the costs of their own travel to conflict zones. The proceeds from this activity are often managed in cash outside the formal financial system”. *Cfr.* GAFI FATF/GAFI, *Emerging Terrorist Financing Risks*, p. 30. Véase en <http://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/documents/emerging-terrorist-financing-risks.html> (Página web última vez consultada el 15 de junio de 2020).

(49) GAFI/FATF., *Emerging Terrorist Financing Risks*, p. 30. <http://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/documents/emerging-terrorist-financing-risks.html> (Página web última vez consultada el 15 de junio de 2020).

(50) GAFI/FATF., *Emerging Terrorist Financing Risks*, *op. cit.*, p. 31. Estudio de caso 18: llamadas explícitas para los fondos en las redes sociales. En un grupo de Facebook en recetas para las mujeres, uno de los usuarios coloca una petición de fondos en 2013. Un luchador en Siria se ha mencionado (sin nombre indica) que se necesita con urgencia «equipos, alimentos y productos farmacéuticos» antes del jueves para poder enviarlos el viernes. El usuario también proporcionó los detalles de una cuenta abierta en un banco alemán. No se sabe si el autor del post en Facebook para recolectar estos fondos es también la persona responsable de esta iniciativa. El titular de la cuenta bancaria es un converso sospechoso de coordinar esta campaña publicitaria. Fuente: Alemania.

son los simpatizantes, los donantes y los terroristas reales. Y, en segundo lugar, como acabamos de mencionar, la identificación de las personas que donan dinero a la causa amparadas por el anonimato que da Internet, y más aún en los casos de *crowdfunding* o métodos digitales de pago. Así pues, expone Merlos García que «el ciberespacio se ha convertido en el marco de operaciones ideal para las organizaciones terroristas que han sabido poner al servicio de sus intereses tácticos y estratégicos las innumerables ventajas que ofrece el entorno: facilidad de acceso y mantenimiento, escasa regulación y control gubernamental, anonimato, rapidez en el intercambio de información, acceso a la opinión pública internacional y, en definitiva, comodidad para la planificación y coordinación de operaciones que resultan rentables tanto en términos de recursos empleados como de alcance global gracias a la fuerza multiplicadora de la Red»(51).

3.3.3 *Nuevos productos y servicios de pago electrónicos*

La vulnerabilidad de este tipo de servicios y de pagos electrónicos no se encuentra en la transacción que puede ser fácilmente trazable e identificable sino en identificar al beneficiario real de los mismos. El anonimato que proporcionan y la rapidez con la que se pueden transferir fondos de un lugar a otro del mundo ha hecho que los grupos terroristas cada vez usen más este tipo de medios para sus fines delictivos.

En resumen, entre los nuevos retos a los que deben enfrentarse los investigadores de la financiación del terrorismo se encuentran las tarjetas de prepago, el uso de monedas virtuales y servicios de pago basados en Internet. La quinta Directiva, como hemos mencionado en el capítulo anterior, ya se hace eco de ello y engloba a los proveedores de estas como sujetos obligados de la normativa preventiva de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

(51) MERLOS GARCÍA, A., «Internet como instrumento para la Yihad», en *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, N.º 16, 2006, p. 81. SÁNCHEZ MEDERO expone varios ejemplos: el IRA creó y facilitó una página web en la cual los visitantes podían hacer donaciones libres mediante tarjeta de crédito; la organización Hamás también ha obtenido financiación, por ejemplo, a través de una web benéfica de una institución con sede en Texas, la “*Holy Land Foundation for Relief and Development*”, o «Fundación Tierra Santa para el Auxilio y el Desarrollo», que constituyó, desde 1989, el mayor grupo de caridad islámica en los Estados Unidos, y que actualmente está considerado como grupo terrorista por este país, teniendo sus cuentas congeladas en la UE y EE. UU.; también, por ejemplo, los terroristas chechenos utilizaron Internet para hacerse con donaciones de sus simpatizantes. Para profundizar sobre este tema véase SÁNCHEZ MEDERO, G., «Las fuentes de financiación legales e ilegales de los grupos terroristas», *op. cit.*, p. 56.

En cuanto a las monedas virtuales, como el *bitcoin*, aunque han tenido un pequeño retroceso a finales de 2018, todo indica que han llegado para quedarse. Su uso no se circunscribe únicamente en el campo de la inversión, sino que las organizaciones terroristas también han visto el potencial de esta moneda y su uso con fines criminales, convirtiéndose en uno de los nuevos riesgos a los que deben enfrentarse los investigadores(52). El uso de las monedas virtuales proporciona anonimato en la identidad de los terroristas y en las transacciones que realizan, y, además, les permite mover rápidamente el dinero de un país a otro.

3.3.4 *La explotación de fuentes naturales*

Aquellos países donde sus gobiernos no tienen un control efectivo del territorio y de sus recursos naturales son más vulnerables para que estos recursos sean explotados en aras de financiar actividades terroristas(53). Además, estos gobiernos con inestabilidad o debilidad de sus instituciones suelen tener escasa regulación de estos sectores, lo cual favorece que las organizaciones terroristas puedan controlar o explotar con total libertad una amplia variedad de recursos como puede ser el gas natural, petróleo, madera, diamantes, oro, marfil o carbón vegetal(54).

En el caso de la venta del petróleo(55) puede llegar a constituir una importante fuente de ingresos para los grupos terroristas. Así pues, directa e indirectamente los grupos terroristas se benefician de estos negocios. De manera indirecta, tal y como expone Sánchez Medero, ha ocurrido en Arabia Saudí y los Emiratos Árabes Unidos donde «la fortuna heredada por Osama bin Laden proviene de la empresa de construcción de su familia [...] pero las actividades de su grupo terrorista también han recibido donaciones de otras familias con vinculación al mundo petrolero»(56). En otros casos, por el contrario, la conexión es directa, y las ganancias petroleras van a parar directamente a organizaciones terroristas, como es el caso de Irak y Libia(57).

Otra manera de conseguir financiación para sus actividades terroristas es secuestrando a los empresarios o empleados de estos sectores.

(52) GAFI/FATF., *Emerging Terrorist Financing Risks*, *op. cit.*, p. 35.

(53) Esto es particularmente relevante en África Occidental y partes de América del Sur tal y como dispone en el informe del GAFI *Emerging Terrorist Financing Risks*.

(54) Por ejemplo, en Somalia. GAFI/FATF., *Emerging Terrorist Financing Risks*, *op. cit.*, p. 39.

(55) SÁNCHEZ MEDERO, G., «Las fuentes de financiación legales e ilegales de los grupos terroristas», *op. cit.*, p. 58.

(56) SÁNCHEZ MEDERO, G., «Las fuentes de financiación legales e ilegales de los grupos terroristas», *op. cit.*, p. 59.

(57) BUSTOS RUBIO, M., «¿Cómo se financian los grupos y organizaciones terroristas? Una visión político-criminal en Financiación del terrorismo», *op. cit.*, p. 36.

Así pues, el informe del GAFI ISIL expone que algunas fuentes de financiación de los grupos terroristas se basan en la extorsión a agricultores y empresarios de este sector(58).

3.4 MÉTODOS DE FINANCIACIÓN DE ISIL

Para finalizar este epígrafe, veremos un ejemplo práctico de cuáles son las fuentes de financiación de una organización terrorista de una gran envergadura como es ISIL(59). Este grupo terrorista ha socavado la estabilidad en Irak, Siria y el Medio Oriente a través de sus actos de terrorismo y los crímenes contra la humanidad, y plantea una inmediata amenaza terrorista global para la paz y la seguridad internacionales. Una de las especificidades del mismo es que aprovecha las nuevas tecnologías para poder difundir su ideología extremista violenta(60), y, con estas tácticas ha reclutado a miles de combatientes terroristas extranjeros (FTF) en todo el mundo que envía a Irak y Siria.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha dictado varias resoluciones (UNSCR), incluyendo 1267 (1999), 1373 (2001), y las RCSNU 2161 recientemente adoptadas (2014), 2170 (2014), 2178 (2014) 2 y 2199 (2015) en la que condena específicamente «cualquier participación en el comercio directo o indirecto con ISIL» y requiere que todos los

(58) FICK, M., *Special Report: Islamic State to Use Grain to Tighten Grip in Iraq*, Reuters, 2014. Puede verse en: www.reuters.com/article/2014; ABU AL-KHAIR, W., *ISIL abusing zakat in Syria's al-Raqa: residents*, Al-Shorfa, 2014;

FOOD AND AGRICULTURE ORGANISATION, *Global Information and early warning system on food and agriculture (GIEWS)*, Special alert N.º 332, 2014. Puede verse en: <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resou>;

FICK, M., *Special Report: Islamic State to Use Grain to Tighten Grip in Iraq*, Reuters, 2014. Puede verse en <http://www.reuters.com/article/2014/09/30/us-mid-east-crisis-wheat-idUSKCN0HP12J20140930>; FICK, M., *ISIS-Controlled Iraq is Looking at a Wheat Shortage*, Reuters, 2015. Puede verse en: www.businessinsider.com/r-special-report-for-islamic-state-wheat-season-sows-seeds-of- (Páginas web última vez consultadas el 15 de junio de 2020).

(59) La doctrina ha distinguido diferencias entre ISIL y Al-Qaeda, en particular en liderazgo y estructuras operativas. Así, en ISIL la mayor parte de su financiación no procede de donaciones externas, sino que se genera dentro del territorio de Irak y Siria donde opera. Así pues, explota los recursos naturales de su territorio como el petróleo, además de extorsionar y robar a los residentes del lugar. Véase FUENTE COBO, I., «Al Qaeda frente al Daesh: dos estrategias antagonistas y un mismo objetivo», en *Revista IEES* n.º 21/2018, pp. 4 y ss.

(60) FATF/GAFI, *Financing of the terrorist organisation islamic state in iraq and the levant (ISIL)*, p. 10. Puede verse en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Financing-of-the-terrorist-organisation-ISIL.pdf> (Página web última vez consultada el 15 de junio de 2020).

Estados miembros impidan e intenten reprimir la financiación de los viajes de los combatientes terroristas extranjeros y sus actividades.

Como veremos a continuación, la estructura financiera de ISIL es realmente compleja, por lo que sus fuentes de financiación presentan desafíos únicos para la comunidad internacional, que debe adaptar sus legislaciones y recomendaciones para poder luchar y cortar las fuentes de financiación de esta organización.

3.4.1 Ganancias ilícitas procedentes de la ocupación del territorio incluyendo la extorsión y el robo

ISIL gestiona una sofisticada red de extorsión robando, saqueando, y exigiendo una parte de los recursos económicos en las zonas en las que opera. Esta extorsión incluye desde el combustible, vehículos, o impuestos, todo ello catalogado como «Protección». La eficacia de la extorsión de ISIL se basa en la amenaza o el uso de la fuerza dentro de su territorio operacional.

Estos terroristas tienen una estructura muy sofisticada y compleja, además de un sistema de gestión financiera realmente avanzado. Así pues, ISIL proporciona a sus «benefactores» recibos de los «impuestos pagados» calificándolos como “*taxation*” o “*charitable giving*” (impuestos o donaciones caritativas). A través de estos pagos, ISIL proporciona protección, es decir, los pagadores de estos impuestos revolucionarios compran seguridad o continuidad temporal del negocio(61). Además de estos “*taxation*” o “*charitable giving*”, también impone impuestos ilícitos sobre todas las mercancías que transitan por el territorio en el que opera(62).

Dentro de esta categoría también se enmarcan, el robo en bancos, extorsión y tráfico de personas. El problema es que la mayor parte del dinero son dinares, la moneda local iraquí, por lo que es difícil para ISIL de usar fuera de este territorio. Cualquier uso de estos activos en efectivo fuera de Irak requeriría pasar por un cambio de moneda extranjera lo que pondría en alerta a los sujetos obligados de las casas de cambio.

En segundo lugar, ISIL tiene control sobre el petróleo y depósitos de gas mediante la obtención de ingresos procedentes de las ventas de estos recursos, por un lado, a los clientes locales, y, por otro, a través de intermediarios y contrabandistas que comercian y transportan el petróleo y sus

(61) FATF/GAFI, *Financing of the terrorist organisation islamic state in iraq and the levant (ISIL)*, op. cit., p. 12.

(62) BRISARD, J. C.; MARTÍNEZ, D., *Islamic State: The Economy-Based Terrorist Funding*. Ed. Thomson Reuters., 2014. Estos autores sostienen que ISIL impone un impuesto de circulación de 200 USD en el norte de Irak y un impuesto de 800 USD A los camiones que entran Irak desde las fronteras con Siria y Jordania.

derivados ilícitos para la venta a los usuarios finales dentro del territorio donde ISIL opera.

En tercer lugar, ISIL extorsiona a los agricultores pidiéndoles el «*zakat*», es decir, una especie de impuesto por sus cosechas de trigo y cebada. También tiene ingresos por la venta ilegal de antigüedades(63).

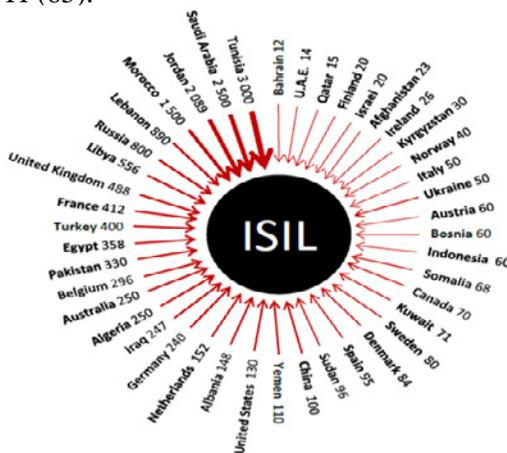
3.4.2 Secuestros

Una de sus grandes fuentes de financiación son los recursos obtenidos por los secuestros. Así, lo podemos ver en las resoluciones dictadas por las Naciones Unidas donde se hace un llamamiento a todos los Estados miembros a impedir que los terroristas se beneficien, directa o indirectamente de los pagos de rescate(64).

3.4.3 Financiación procedente de los combatientes terroristas extranjeros

Esta fuente de financiación, aunque pequeña, es importante para la organización terrorista ya que es una financiación constante.

El siguiente gráfico detalla el desglose de los países de donde proceden los FTF(65):



(63) Véase PASSAS. N. y GIMÉNEZ-SALINAS F., «La financiación del terrorismo...», *op. cit.*, p. 498.

(64) RCSNU, incluyendo 2133 (2014) y 2170 (2014), Resolución CSNU 2161 (2014) confirma que la prohibición del suministro de fondos a las personas y entidades en la lista de sanciones contra Al-Qaeda, incluyendo ISIL, también se aplica al pago de rescates a personas, grupos, empresas o entidades en la lista, independientemente de cómo y por quién se pagó el rescate.

(65) FATF/GAFI, *Financing of the terrorist organisation islamic state in iraq and the levant (ISIL)*, *op. cit.*, p. 21.

3.4.4 Captación de fondos a través de las redes sociales

Esta fuente de financiación está liderada por simpatizantes de bajo nivel que usan plataformas como Facebook o Twitter para recolectar fondos para la organización. Por ejemplo, han usado en Twitter el *hashtag* #AlleyesonISIS. La presencia de ISIS en las redes sociales le ha ayudado a recibir sustanciosos fondos para su campaña de terror.

En conclusión, como podemos observar, aunque ISIL disponga de una gran cantidad de ingresos, su funcionamiento interno también lleva aparejado una gran cantidad de gastos ya que debe mantener su estructura y financiar a la población local que se encuentra en su territorio con sueldos, pensiones, además de satisfacer las necesidades básicas como alimentos, agua y electricidad. En segundo lugar, debe pagar a sus combatientes, lo que es un coste de 350-500 USD al mes por cada uno, además de mantener a su familia(66).

4. Los sistemas TIF o transferencias informales de fondos al exterior

Los métodos para transferir fondos utilizados por los grupos terroristas son fundamentalmente los tres siguientes. En primer lugar, a través de los bancos. Así pues, el sector financiero sigue siendo el más eficaz para mover el dinero internacionalmente, lo que le convierte en muy vulnerable para ser usado para mover los fondos usados para financiar el terrorismo. Este método cada vez está más en desuso, ya que todas las normativas preventivas de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo tienen en su punto de mira la transferencia de dinero, por lo que cualquier movimiento ligeramente sospechoso será informado a la UIF correspondiente. En segundo lugar, los sistemas de transferencias de fondos informales como el sistema denominado *hawala*. Y, en tercer lugar, el medio de transferencia más antiguo, los correos personales o el transporte personal del dinero.

Por su rapidez y anonimato, el método más usado por las organizaciones terroristas son los sistemas TIF o transferencias informales de fondos al exterior, ya que permite transferir el dinero con rapidez de un país a otro (a diferencia de los correos personales), y, además, proporciona el anonimato que no da el sistema financiero. Estos siste-

(66) ISIL tiene aproximadamente de 20.000 a 30.000 combatientes en su empleo, lo que le supondría un gasto de 10 millones de dólares cada mes. Véase FATF/GAFI, *Financing of the terrorist organisation islamic state in iraq and the levant (ISIL)*, *op. cit.*, p. 29.

mas son ajenos al control fiscal de la Administración(67) y se caracterizan por operar frecuentemente fuera de los sistemas financieros nacionales(68) porque no suele haber movimiento físico ni electrónico de los fondos; y, la transferencia se suele anotar en libros que una vez realizada la operación se destruyen.

Al no existir ni registros, ni medidas de diligencia debida, ni se respeta el *know your customer*, suelen ser utilizados por redes terroristas para mover el dinero que utilizarán para sus actos criminales sin levantar sospechas, y, sin que pueda ser rastreado por las autoridades.

El GAFI distingue varias categorías de TIFs en función del tipo de negocio ante el que nos encontremos:

- *Compañías de franquicias multinacionales.*
- *Compañías de franquicia nacionales o con varios establecimientos.*
- *Signed shop-front premises.*
- *ARS descubiertos, sin otros negocios.*
- *ARS ocultos, sin otros negocios.*
- *ARS ocultos, sin establecimientos.*

4.1 LA HAWALA

La *hawala* es un sistema antiquísimo usado en Oriente Medio y en Asia Oriental desde hace cientos de años para mover dinero entre los distintos países(69). Su origen se remonta a la Ruta de la Seda, donde los árabes utilizaban estos cheques para evitar ser asaltados. Su uso está documentado desde el siglo IX en los tiempos del Califato Abasí.

(67) LOMBARDEO EXPÓSITO los define como «aquellos sistemas de transmisión de fondos realizados al margen del sistema financiero regulado, basados en lazos étnicos o culturales, y sobre todo, en la confianza, en los cuales no se produce movimiento físico o telemático de los fondos y que escapan totalmente al control de la Administración tributaria», en LOMBARDEO EXPÓSITO, L. M., *Blanqueo de capitales: prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*. Ed. Bosch, Barcelona, 2009, p. 65.

(68) Véase *Memoria Anual del SEPBLAC*, 2016 en <http://www.sepblac.es>, y LOMBARDEO EXPÓSITO, L. M., *El blanqueo de capitales, op. cit.*, pp. 64 y ss.

(69) Este sistema es muy parecido al de nuestra letra de cambio, la cual nació en la Italia medieval, donde los mercaderes debían hacer largos recorridos entre las ciudades donde se encontraban los principales mercados, por lo que para evitar los riesgos que suponía llevar el dinero en metálico con ellos, acudían al banquero de su ciudad, y le depositaban el dinero. Éste emitía una carta en la cual reconocía una deuda con su cliente, y ordenaba a un banquero de la ciudad de destino, su corresponsal, que cuando le entregase esa carta, le diera al portador de la misma el dinero correspondiente.

En la actualidad, la red *hawala* es usada por millones de trabajadores inmigrantes para enviar dinero a sus familias en sus países de origen.

El FinCEN (*Financial Crimes Enforcement Network*) define el *hawala* como un sistema de envío de remesas informales que no requieren la verificación de la identidad de los transferentes ni la detección o reporte de aquellas transacciones que resulten sospechosas. La transferencia de dinero se realiza a través de una red no regulada en la cual no hay movimiento físico del dinero. La operación se realiza entre el *hawaladar* intermediario ordenante y el *hawaladar* intermediario receptor que recibe el dinero(70).

El sistema *hawala* está basado en la confianza entre los *hawaladar* intermediarios (intermediario ordenante e intermediario receptor). Hablamos de sumas destacables y debe haber confianza ciega de los clientes hacia los corresponsales y de estos entre sí. De ahí que subsista entre comunidades étnicas cerradas y con una gran población dispersa a lo largo del planeta. Sin embargo, no es patrimonio exclusivo de ellos, existiendo profesionales financieros occidentales que se han dedicado a este tipo de prácticas, ajenos a cualquier grupo étnico. Otra de sus características es que se trata de un sistema sencillo que no necesita grandes infraestructuras, ni sucursales, ni sistemas *Swift* para ser llevados a cabo, de ahí su enorme éxito. Es decir, el *hawala* es, más o menos, una compensación de saldos entre corresponsales internacionales. Las cifras rondan en torno a billones de dólares que se mueven por medio de este sistema informal y anónimo. En cualquier operación de *hawala* distinguiremos al menos cuatro contratantes: el transferente, que es la persona que entrega el dinero en efectivo que se va a transferir; el receptor, que es la persona que recibe en último caso el dinero; el *hawaladar* que recibe el dinero del transferente y lo envía a cambio de una comisión; y, por último, el *hawaladar* que recibe la orden de pago del otro intermediario y efectúa la orden de pago al receptor.

La operación *hawala* comienza con el contacto de la persona que quiere enviar dinero visitando la tienda del *hawaladar* intermediario, al cual le entrega en efectivo la cantidad que quiere enviar, pongamos

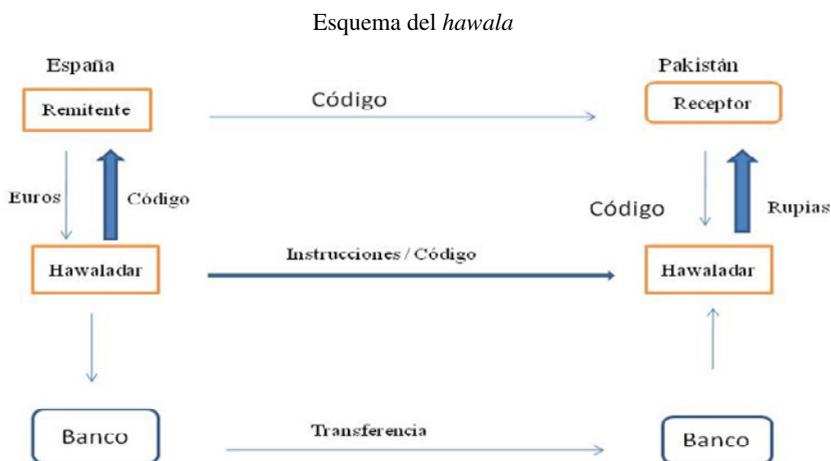
(70) FATF/OECD, *Best practices issued by the Middle East and North Africa Financial Action Task Force Concerning the Hawala*: <http://www.menafatf.org/images/UploadFiles/best%20practices%20on%20Hawala.pdf> (Página consultada el 15 de junio de 2020): Texto original: “An informal remittance system that does not require transferors identity verification, or detecting and reporting suspicious transactions. The transfer of money is carried out through unregulated network with no physical or electronic movement of money. The settlement takes place between the hawaladar (intermediary commander) and the other hawaladar (intermediary receiver) from whom the money is received”.

por ejemplo a China, más una comisión y la dirección y los datos personales de la persona que lo va a recibir. El *hawaladar* le da al cliente un recibo como justificante de la operación, que en muchas ocasiones es un simple trozo de papel; después, contacta con otro *hawaladar* en el país del receptor del dinero, en este caso China, mediante fax o Internet enviándole un código o contraseña (puede ser una palabra, un apretón de manos o cualquier gesto) que también tiene el destinatario del dinero. Los datos personales de los clientes se guardan mientras se está realizando la operación, pero una vez concluida ésta, se destruyen. Es una operación totalmente opaca para la Administración Tributaria. Ese dinero es una suma no declarada, en efectivo, que se quiere sacar del país, pero no puede hacerse legalmente, bien por motivos fiscales, porque no existe la libertad de circulación de capitales, o bien porque tiene un origen ilícito (puede proceder de un delito y quiere blanquearlo o simplemente quiere evitar el pago de tributos) o desea usarse para un fin ilícito (financiación del terrorismo). En realidad, no hay movimiento de dinero de un país a otro, ni físico, ni electrónico, ya que el *hawaladar* situado en el país del receptor también hará transferencias al país de origen para cuadrar las cuentas, y, en el caso de que se descompensen las cuentas harán, en última instancia, un envío físico de dinero, o transferencia bancaria para compensar las cuentas. Los intermediarios suelen operar muchas veces con dinero propio, ya que no siempre van a coincidir dos operaciones iguales en un lapso corto de tiempo, pero, sea como sea, al final las cuentas de los *hawaladar* tienen que cuadrar, para lo que es necesario que el sistema sea usado con habitualidad. Y, evidentemente, el sistema es usado por miles de personas por varias razones. En primer lugar, es un sistema usado por aquellos inmigrantes cuyos países de origen tienen unas instituciones financieras ineficientes y con altas comisiones, y, en segundo lugar, porque a los costes normales del sistema bancario hay que sumarle la imposición fiscal, además de las restricciones de movimientos al extranjero que poseen algunos países, lo que se une al hecho de que muchos de estos inmigrantes no pueden acceder a los sistemas normales de banca, por estar de forma ilegal en el país. Es decir, es usado por el menor costo, la eficiencia, la fiabilidad, la escasez de burocracia, la inexistencia de identificación y la evasión de impuestos(71).

Y, ¿por qué se utiliza por las redes terroristas para financiar sus actividades? Pues, fundamentalmente por la ausencia de normativas

(71) SECRETARÍA GENERAL DE INTERPOL, *The hawala alternative remittance system and its role in money laundering*: <http://www.interpol.int/Public/Financial-Crime/MoneyLaundering/hawala/> (Página consultada el 15 de junio de 2020).

preventivas del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo: es decir, ausencia del *Know your customer* y de las medidas de diligencia debida que se establecen en el código de medidas de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo de cualquier entidad financiera. El problema de estas redes *hawala* es que llevan a cabo tantísimas transacciones legítimas entre los inmigrantes de los países de Asia Oriental y Oriente Medio, que es muy complicado descubrir cuáles están moviendo dinero de origen negro, o dinero de origen gris. Por otra parte, la mayoría de estos intermediarios, además de realizar estas transferencias de dinero en efectivo tienen otros negocios que usan como tapadera. Normalmente se dedican a la venta o alquiler de automóviles, tiendas de móviles, casas de cambio, compra y venta de oro, etc., lo cual entorpece aún más las investigaciones.



Fuente: elaboración propia.

La normativa respecto al *hawala* es escasa, tanto en el derecho interno español como en el derecho internacional. En realidad, solo puede hablarse, con cierta propiedad, de la existencia de una recomendación del GAFI sobre este sistema de intercambio, todo ello debido a la informalidad propia de este sistema. Además, a pesar de la reminiscencia histórica del *hawala*, la preocupación por el uso de este sistema para el blanqueo de capitales, la evasión fiscal y la financiación del terrorismo, es relativamente reciente(72). Así, la primera convención

(72) PALICIO DÍAS-FAES, I., «El intercambio internacional de información financiera y la lucha contra la financiación del terrorismo: el acuerdo UE-EEUU

que hace una referencia a los TIF es la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000, aunque simplemente hace una referencia muy general en su artículo 7.1.a)(73), al establecer las medidas para combatir el blanqueo de capitales. GAFI sí que ha prestado atención a este sistema de transferir dinero y así, en su Recomendación Especial VI del GAFI(74), de 20 de junio de 2003, hace una recomendación a los países para que tomen medidas respecto a estos sistemas de transmisión de dinero, así dispone que:

Los países deben tomar medidas para asegurar que las personas naturales o jurídicas, incluyendo a los agentes, que prestan un servicio para la transmisión de dinero o valor incluyendo la transmisión a través de un sistema o red informal de transferencia de dinero o valor reciban licencia o sean registrados y estén sujetos a todas las Recomendaciones del GAFI que se apliquen a los bancos y a las instituciones financieras no bancarias. Cada país debe asegurar que las personas o entidades legales que lleven a cabo este servicio ilícitamente estén sujetas a sanciones administrativas, civiles o penales.

En Derecho comunitario debemos destacar la Directiva (UE) 2015/2366, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE,

sobre Swift», en *Análisis del Real Instituto Elcano* (ARI), ISSN-e 1696-3466, N.º 49, 2010, pp. 1-7: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/67ec378041c58174a6dcb6a33d11d698/ARI49-2010_Palicio_intercambio_informacion_financiera_terrorismo_Swift.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=67ec378041c58174a6dcb6a33d11d698 (Página consultada el 15 de junio de 2020).

(73) Artículo 7.1. a): Cada Estado Parte Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en ese régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas.

(74) Recomendación Especial VI del GAFI: Sanciones financieras dirigidas relacionadas al terrorismo y al financiamiento del terrorismo *Los países deben implementar regímenes de sanciones financieras para cumplir con las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas relativas a la prevención y represión del terrorismo y el financiamiento del terrorismo. Las Resoluciones exigen a los países que congelen sin demora los fondos u otros activos de, y que aseguren que ningún fondo u otro activo se ponga a disposición, directa o indirectamente, de o para, el beneficio de alguna persona o entidad, ya sea (i) designada por, o bajo la autoridad de, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas dentro del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, incluyendo, de conformidad con la resolución 1267 (1999) y sus resoluciones sucesoras; o (ii) designada por ese país en virtud de la resolución 1373 (2001).

2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE y las Directivas relativas a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, en la cual, dentro de las entidades financieras que deben cumplir con las medidas preventivas del blanqueo de capitales, la Directiva incluye las empresas de transferencia o envío de dinero, pero no tenemos ninguna referencia exclusiva a esos sistemas informales de transferencia del dinero.

No obstante, debemos destacar un Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la evaluación de los riesgos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que afectan al mercado interior y están relacionados con actividades transfronterizas(75). En dicho informe se dispone que la Comisión detectó productos y servicios que son vulnerables de financiación de terrorismo pero que no están incluidos en la directiva de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Entre estos productos se encuentran las monedas virtuales, ya incluidos en la quinta directiva y la *hawala*, y otros proveedores similares de servicios de transferencias de valor no oficiales(76).

El problema derivado del uso del *hawala* y los demás servicios de transferencias de valor no oficiales es que suelen considerarse como ilegales, puesto que normalmente no están registrados ni cumplen los requisitos de la segunda Directiva sobre servicios de pago(77). Por ello el informe termina aconsejando que deben realizarse «análisis

(75) Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la evaluación de los riesgos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que afectan al mercado interior y están relacionados con actividades transfronterizas visto en <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-340-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF> (Página web consultada por última vez el 15 de junio de 2020).

(76) Así pues, en el Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la evaluación de los riesgos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que afectan al mercado interior y están relacionados con actividades transfronterizas se expone que «la Comisión ha detectado cuarenta productos o servicios que podrían ser vulnerables a riesgos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que afectan al mercado interior. Abarcan once sectores profesionales, entre ellos los definidos en la cuarta Directiva ant blanqueo y algunos no incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, pero que resultan pertinentes para la evaluación supranacional de riesgos. Los riesgos detectados están vinculados con el empleo de efectivo, las monedas virtuales, la microfinanciación colectiva, los seguros distintos del de vida y las organizaciones sin ánimo de lucro, así como con *Hawala* y otros proveedores similares de servicios de transferencias de valor no oficiales».

(77) Además, «este problema se ve agravado por lo difícil que resulta detectar la existencia de *Hawala* o servicios similares: las transacciones suelen estar agrupadas, se compensan mediante la importación o exportación de bienes y tienen un rastro de información limitado. La reducción del riesgo también es un factor importante en

adicionales sobre los riesgos que representan hawala y los servicios de transferencias de valor informales: deben estudiarse en mayor medida la magnitud del problema y las posibles soluciones para la aplicación de la legislación. Se requiere la participación de las autoridades encargadas de la aplicación de la legislación, especialmente Europol y Eurojust, junto con la de los supervisores, con el fin de adoptar medidas disuasorias contra posibles agentes no cooperantes y ayudar a los operadores que desean ofrecer servicios legítimos en un entorno que respete las normas aplicables»(78).

En nuestro ordenamiento jurídico interno, las pocas previsiones que tenemos son las derivadas de la transposición de las directivas europeas a nuestro ordenamiento en materia de prevención del blanqueo de capitales(79). La red de *hawala* en España la forman alrededor de 200 paquistaníes y mueve los ahorros de unos 100.000 musulmanes, sirios, tunecinos, argelinos, turcos, indios y, sobre todo, paquistaníes que envían el dinero a sus familias situadas en diversas partes del mundo(80). Los *hawaladares* tienen oficinas ilegales en las ciudades donde está más arraigada la comunidad paquistaní: Barcelona, Tarragona, Lérida, Valencia, Madrid, Logroño, León, Jaén y Almería. La constante aparición del *hawala* como medio para financiar a *Al Qaeda* ha movilizad a los organismos e instituciones, pero, aunque entre un 25% y un 50% de las transacciones en Oriente Próximo son opacas, actualmente, no hay forma de perseguirlas dada su informalidad(81).

este sentido, puesto que los clientes rechazados por proveedores de servicios financieros regulados recurren en ocasiones a este tipo de servicios ilegales».

(78) EUROPOL, EC3. Internet Organised Crime Assessment (IOCTA), 2014.: <https://www.europol.europa.eu/content/internet-organised-crime-threat-assessment-iocta> (Página consultada el 15 de junio de 2020)

(79) Podemos destacar la ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención de blanqueo de capitales, dispone que hay libertad de movimientos y de transferencias con el exterior, pero deben ir siempre acompañados de una declaración que se hará al Banco de España (artículo 3.1), cosa que en las transferencias *hawala* no se cumple.

(80) Datos extraídos del periódico *El País*, IRUJO, J. M., «La ruta española del hawala», *El País*, 31 de octubre de 2005, en http://www.elpais.com/articulo/espana/ruta/espanola/hawala/elpporesp/20051031elpepinac_1/Tes

(81) En cuanto a la lucha contra la financiación del terrorismo, debemos destacar que la misma debe ser llevada a cabo por las Fuerzas de Seguridad tanto con medios tradicionales como con medios tecnológicos. En cuanto a los medios tradicionales que pueden ser llevados a cabo por las Fuerzas de Seguridad para luchar contra este tipo de delitos, tenemos la vigilancia física al menos del *hawaladar* de origen o la interceptación de sus comunicaciones telefónicas podrán ser eficaces ocasionalmente teniendo en cuenta el carácter informal y de confianza del sistema, mientras que los

4.2 OTROS SISTEMAS TIF SIMILARES AL HAWALA

En la actualidad, existen otros sistemas muy parecidos al *hawala*, como pueden ser los sistemas de vales, usados básicamente en Asia Oriental. Este sistema, muy parecido al *hawala*, se usa en mayor parte en China y fue introducido por los colonialistas británicos en el S. XIX. Mediante el mismo se depositaba el salario del trabajador en una cuenta y este firmaba vales para la comida, ropa, etc., que posteriormente se liquidaban contra la citada cuenta, pero que podían negociarse. En la actualidad su funcionamiento es muy simple. El cliente se dirige a una agencia y entrega cierta cantidad de dinero, para que, a su vez, se entregue a una persona o cuenta en el exterior. La agencia contacta con su agencia afiliada en el exterior para indicarle que entregue el dinero, con lo que la agencia de origen obtiene una comisión. Para que la persona que debe recibir los fondos los reciba efectivamente, debe presentar un objeto, (aunque esto pueda resultar chocante en nuestra cultura, e incluso algo ridículo, se entrega la mitad de una cerilla, de un ticket o similar) que encaja con la que tiene en su poder el agente que debe entregarlos. Con lo cual, todas aquellas personas que no desean que se conozca el origen del dinero (tráfico ilícito de estupefacientes, tráfico ilegal de armas, etc.) pueden utilizar este sistema sin tener que declarar el origen de los fondos(82).

medios tradicionales de lucha contra la delincuencia económica pueden ser útiles para el seguimiento del reintegro de cuentas entre el *hawaladar* de origen y el *hawaladar* de destino, reintegro que se lleva a cabo en ocasiones dentro del sistema bancario convencional. En cuanto a los medios informáticos, la comunicación entre el *hawaladar* de origen y el *hawaladar* de destino se lleva a cabo normalmente mediante llamada telefónica o mediante medios de comunicación electrónicos: frecuentemente, mediante e-mails encriptados y por medio de canales opacos (tales como las redes alternativas de tipo TOR). Por ello, las Fuerzas de Seguridad deberán seguir la pista del flujo de los activos, prestando atención a los canales de comunicación electrónicos. Llegados a este punto, podemos ver cómo el problema del uso de las TIC para luchar contra la financiación del terrorismo en España es la falta de medios. Así pues, el uso de las TIC para luchar contra la financiación del terrorismo en España es realmente escasa. Véase GÁLVEZ BRAVO, R., *Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales*. Ed. Bosch 2014, p. 209; GARCÍA NORIEGA, A., «Blanqueo y antiblanqueo de capitales Cómo se lava el dinero. Cómo se combate el lavado». Ed. Difusión *Economist & Jurist* 2014, p. 31; MALLADA FERNÁNDEZ Y PÉREZ LÓPEZ, X., MALLADA FERNÁNDEZ, C. y PÉREZ LÓPEZ, X. «Financiación del terrorismo *online* y blanqueo de capitales *online*: similitudes, divergencias y desafíos legislativos», en *Nuevas amenazas y desafíos permanentes. El Estado islámico en el escenario internacional y la regionalización de la seguridad en América Latina*. Ed. IUGM, 2016, p. 258.

(82) LOMBARDEO EXPÓSITO, L. M., *El blanqueo de capitales: prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*, op. cit., pp. 287-288.

También existe otro método, llamado *Black Market Peso Exchange* (BMPE). Este método de transferencia es originario de América del Sur, y actualmente es utilizado en países tales como Venezuela, Colombia, Panamá o Estados Unidos. Suele estar relacionado con el tráfico de estupefacientes entre América del Norte y América del Sur. En primer lugar, un exportador de drogas las envía a Estados Unidos donde las vende en dólares. Estos dólares son adquiridos por intermediarios, con una comisión. Una vez que tienen los dólares en su poder, lo notifican a otros intermediarios en el lugar de origen del exportador de la droga, que deposita el importe de la droga, en moneda local, en las cuentas del exportador. Después, los intermediarios ubicados en Estados Unidos introducen los dólares obtenidos (con su comisión aparte) en el sistema financiero estadounidense, con lo cual consiguen su objetivo, por un lado, vender la droga y, por otro, blanquear los capitales procedentes de esa venta en el sistema financiero estadounidense.

5. CONCLUSIONES

Todas las organizaciones terroristas siempre requerirán fondos para el apoyo operativo y para satisfacer las necesidades generales de la organización. Por tanto, para dismantelar las redes de financiación del terrorismo es primordial interrumpir sus flujos financieros. Sin recursos financieros, la capacidad y la actividad de las organizaciones terroristas se debilitan. La interrupción de los flujos financieros ilícitos de las organizaciones terroristas es una de las principales armas que tienen los Estados para luchar contra este tipo de delincuencia. Así pues, cuando se interceptan sus flujos financieros, se debilita su capacidad para realizar ataques, y, además, se daña su moral y legitimidad.

Uno de los mayores hitos a los que deben enfrentarse los países para combatir la amenaza de ISIL es una mayor cooperación internacional entre ellos. Más allá de los convenios multilaterales y declaraciones unilaterales por parte de los países, estos deben ser más abiertos a compartir información no solo porque lo establezca un tratado sino de manera espontánea.

Además, las UIF debería tratar de encontrar los mecanismos más eficaces para compartir de forma proactiva información con respecto a los riesgos para el sector financiero internacional y con las empresas no financieras y profesiones. Esto puede incluir el uso de la información *online* mecanismos de intercambio entre las autoridades competentes.

Por otro lado, el Estado Islámico ha demostrado que, en cuanto a la financiación de sus actividades terroristas, tener el control de un territorio supone una gran ventaja ya que puede disponer de financiación y recursos fuera del alcance de las autoridades europeas. En particular, ha tenido una gran financiación procedente de la explotación de los recursos naturales de esos territorios, por lo tanto, es necesario extender las obligaciones de diligencia debida al comercio de recursos naturales.

La importancia de abordar la financiación de grupos terroristas mediante actividades comerciales se encuentra en la Directiva de terrorismo al enfatizar el papel del comercio ilícito de armas de fuego, petróleo, drogas, cigarrillos, productos falsificados y objetos culturales para la financiación del terrorismo. Además, en el Preámbulo de la Directiva se pide a los Estados que tomen las medidas necesarias para garantizar que los grupos terroristas no se beneficien de ningún intercambio comercial de bienes(83).

En Europa, un Reglamento que entró en vigor el 1 de enero de 2021, exigirá a las empresas de la Unión Europea incluidas en la cadena de suministro de oro, estaño, wolframio y tantalio garantizar que sus importaciones de minerales y metales procedan únicamente de fuentes no conflictivas. Cabe destacar que la nueva legislación europea actualmente redactada tendrá un alcance global, por lo tanto, a diferencia de la legislación estadounidense, se aplicará más allá de África Central. Así pues, no es de extrañar, que la OCDE en una sesión de información preliminar en 2016, sugiriera que su Guía también debería tenerse en cuenta para el comercio con recursos naturales de Medio Oriente, en particular, el petróleo, para cortar la financiación de ISIS.

(83) De hecho, el papel de los recursos naturales para la financiación de las guerras civiles no es nuevo. Así pues, la situación en la región de los Grandes Lagos de África dio lugar a la propuesta por parte de la OCDE de la «Guía de debida diligencia de la OCDE para cadenas de suministro responsables de minerales en las áreas de conflicto o de alto riesgo». Esta Guía pretende evitar que empresas privadas, mineras, importadoras de minerales y fabricantes de productos finales financien directa o indirectamente conflictos armados u otros abusos graves a los derechos humanos. Así pues, las compañías deben verificar y documentar el origen de los minerales comercializados o fabricados por ellos, y envían las auditorías de terceros independientes para verificar la credibilidad de la información. Estados Unidos también cuenta con legislación sobre los minerales de zonas de conflicto, el artículo 1502 de la Ley Dodd-Frank de Reforma de Wall Street y Protección de los Consumidores de 2010, que contempla los mismos cuatro productos. Desde 2010, una ley de Estados Unidos obliga a las empresas que cotizan en los Estados Unidos a implementar dichos estándares de diligencia debida si utilizan minerales de África Central.

En vista de lo expuesto, es de vital importancia que se incluya este tipo de comercio dentro de los sujetos obligados en las normativas preventivas de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ABU AL-KHAIR, W.: *ISIL abusing zakat in Syria's al-Raqa: residents*. Al-Shorfa, 2014.
- ALONSO MARCOS, A.: «La lucha contra el terrorismo en la estrategia de Seguridad Nacional 2013». En *UNISCI Discussion Papers*, n.º 35, 2014.
- BASRA, R. y NEUMANN, P.: “Crime as Jihad: Developments in the Crime-Terror Nexus in Europe”. En *CTC Sentinel*, vol.10, n.º 9, octubre de 2017.
- BLANCO CORDERO, I.: «¿Es necesario tipificar el delito de financiación del terrorismo en el Código Penal español?». En *Athena Intelligence Journal* Vol. 4, n.º 1 Enero-Marzo de 2009.
- BRISARD, J. C. y MARTÍNEZ, D.: *Islamic State: The Economy-Based, Terrorist Funding*. Ed. Thomson Reuters, 2014.
- BUSTOS RUBIO, M.: «¿Cómo se financian los grupos y organizaciones terroristas? Una visión político-criminal». En *Financiación del terrorismo* (Coord. FERRÉ OLIVÉ J. C., PÉREZ CEPEDA, A. I.). Ed. Tirant lo Blanch, 2018.
- DE LA CORTE, L.: *La lógica del terrorismo*. Ed. Alianza, 2006.
- FATF/GAFI: *Financing of the terrorist organisation islamic state in iraq and the levant (ISIL)*, p. 10. Puede verse en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Financing-of-the-terrorist-organisation-ISIL.pdf>
- FATF/OECD: *Best practices issued by the Middle East and North Africa Financial Action Task Force Concerning the Hawala*. <http://www.menafatf.org/images/UploadFiles/best%20practices%20on%20Hawala.pdf>
- FICK, M.: *Special Report: Islamic State to Use Grain to Tighten Grip in Iraq*. Reuters, 2014. Puede verse en: <http://www.reuters.com/article/2014>
- FICK, M.: *ISIS-Controlled Iraq is Looking at a Wheat Shortage*. Reuters, 2015. Puede verse en: www.businessinsider.com/r-special-report-for-islamic-state-wheat-season-sows-seeds-of
- GÁLVEZ BRAVO, R.: *Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales*. Ed. Bosch 2014.
- GARCÍA NORIEGA, A.: *Blanqueo y antiblanqueo de capitales Cómo se lava el dinero. Cómo se combate el lavado*. Ed. Difusión Economist & Jurist, 2014.
- GAFI/FATF.: *Emerging Terrorist Financing Risks*. <http://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/documents/emerging-terrorist-financing-risks.html>

- GAFI/FATF: *Informe sobre tipologías de financiación del terrorismo del 2008*. Véase: <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/tipologias-17/3126-informe-tipologias-regionales-gafilat-2018>
- GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A. y PASSAS, N.: «Interrogantes sobre la financiación del terrorismo de Al-Qaeda y su control». En *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n.º 19, 2007.
- GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A. y PASSAS, N.: «La financiación del terrorismo de Al-Qaeda. Mitos y realidades». En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º19, 2007.
- HEINKE D. H.: «German Foreign Fighters in Syria and Iraq: The Updated Data and its Implications». En *CTC Sentinel*, Vol.10, n.º 3, 2017.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*. Ed. Tecnos, 2008.
- IBAÑEZ FERRÁNDIZ, I.: «Financiación del terrorismo: marco internacional, fuentes y amenazas». En *Revista GEES*, Análisis n.º 7540.
- LOMBARDERO EXPÓSITO, L. M.: *Blanqueo de capitales: prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*. Ed. Bosch, Barcelona, 2009.
- MALLADA FERNÁNDEZ, C. y PÉREZ LÓPEZ, X.: «Financiación del terrorismo online y blanqueo de capitales online: similitudes, divergencias y desafíos legislativos». En *Nuevas amenazas y desafíos permanentes. El Estado Islámico en el escenario internacional y la regionalización de la seguridad en América Latina*. Ed. IUGM, 2016.
- MARRERO ROCHA, I.: «Nuevas dinámicas en las relaciones entre crimen organizado y grupos terroristas». En *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69/2, julio-diciembre 2017.
- MERINO HERRERA, J.: «Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo». En *Revista penal*, n.º 36, 2015.
- MERLOS GARCÍA, A.: «Internet como instrumento para la Yihad». En *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, n.º 16, 2006.
- NAPOLEONI, L.: «The evolution of terrorist financing since 9/11: How the new generation of jihadists fund themselves». En *The Economics of Peace and Security Journal*, Vol. 2, n.º 1, 2007.
- PALICIO DÍAS-FAES, I.: «El intercambio internacional de información financiera y la lucha contra la financiación del terrorismo: el acuerdo UE-EEUU sobre Swift». En *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, ISSN-e 1696-3466, n.º 49, 2010. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/67ec378041c58174a6dcb6a33d11d698/ARI49-2010_Palicio_intercambio_informacion_financiera_terrorismo_Swift.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=67ec378041c58174a6dcb6a33d11d698
- RANSTORP, M.: «La financiación del terrorismo: principales actores, estrategias y fuentes». En *AFKAR ideas*, n.º 57, 2018.
- RICHARD, A.: *Fighting Terrorist Financing: Transatlantic Cooperation and International Institutions*. Ed. Center for Transatlantic Relations, 2016.

- SÁNCHEZ MEDERO, G.: «Las fuentes de financiación legales e ilegales de los grupos terroristas». En *Revista Política y Estrategia*, n.º 112, 2008.
- SANZ MULAS, N.: *Política criminal*. Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2016.
- SECRETARÍA GENERAL DE INTERPOL: *The hawala alternative remittance system and its role in money laundering*: <http://www.interpol.int/Public/FinancialCrime/MoneyLaundering/hawala/>
- FOOD AND AGRICULTURE ORGANISATION: *Global Information and early warning system on food and agriculture (GIEWS)*. Special alert n.º 332, 2014. Puede verse en: <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resou>
- WOODFORD & M. L. R. S.: “The Political Economy of the Provos: Inside the Finances of the Provisional IRA-A Revision». En *Studies in Conflict & Terrorism*.

La protección penal del derecho de suscripción preferente de acciones en el artículo 293 del Código Penal: objeto material y conducta típica

MARIO SÁNCHEZ DAFAUCE
Profesor Visitante de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

En el presente trabajo se estudia el derecho de suscripción preferente de acciones como objeto material del delito tipificado en el artículo 293 del Código Penal y se ofrecen sendas interpretaciones de los dos verbos típicos referidas a dos diferentes realidades de la vida de las sociedades mercantiles.

Palabras clave: sociedad anónima, artículo 293 del Código Penal, derecho de suscripción preferente de acciones, negación del derecho, obstrucción del ejercicio del derecho, sociedades cotizadas.

ABSTRACT

In this paper, the right of preferential subscription of shares is studied as a material object of the crime typified in article 293 of the Penal Code and two interpretations of the two typical verbs referring to different realities of the life of commercial companies are offered.

Keywords: limited company, right to preferential subscription of shares, article 293 of the Penal Code, denial of the right, obstruction of the exercise of the right, listed companies.

SUMARIO: I. Introducción. 1.1 Obligaciones convertibles en acciones. 1.2 Sociedad de Responsabilidad Limitada.—II. Objeto material. 2.1 Exclusión del derecho de suscripción preferente de acciones. 2.1.1 Interés social. 2.1.2 Precio de emisión. 2.1.3 Sociedades cotizadas.—III. Conducta típica. 3.1 Fases del derecho de suscripción preferente de acciones. 3.2 Aumento de capital sin exclusión del derecho de suscripción preferente de acciones, pero con incumplimiento posterior del deber absoluto de pasividad. 3.3 Aumento de capital con exclusión impropia del derecho de suscripción preferente de acciones. 3.3.1 Lesividad penal de la negación del derecho de suscripción preferente de acciones. 3.3.2 Referencia a la autoría del subtipo de negación del derecho de suscripción preferente de acciones.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Sociedades de Capital (LSC)(1) protege la posición de los socios frente a las ampliaciones de capital con los denominados derechos de preferencia: derecho de suscripción preferente de acciones y de obligaciones convertibles en la Sociedad Anónima (SA), y derecho de adquisición preferente de participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada (SRL)(2). Esta protección se completa con el derecho de asignación gratuita de nuevas acciones o participaciones en caso de aumento de capital con cargo exclusivamente a reservas o beneficios de la sociedad.

De todo este conjunto de derechos, el legislador penal ha seleccionado uno solo, el derecho de suscripción preferente de acciones, para su incorporación como objeto material al tipo de negación u obstrucción de los derechos de los socios recogido en el artículo 293 del Código Penal (CP).

Las razones de esta restricción no son fáciles de descubrir, pues, actualmente, no hay motivo ninguno de fondo que justifique un diferente trato normativo de todos estos derechos.

Además, como señala Faraldo Cabana, cabe observar que «el tipo no protege una serie de derechos de semejante o superior envergadura que los incluidos en su ámbito de aplicación. Quedan excluidos como principio general todos los derechos patrimoniales, expresión con la que se designan los derechos de participación en el

(1) Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

(2) La emisión de obligaciones convertibles en participaciones sociales está prohibida de forma expresa por el art. 401.2 *in fine* LSC: «La sociedad de responsabilidad limitada no podrá en ningún caso emitir ni garantizar obligaciones convertibles en participaciones sociales».

patrimonio de la sociedad, tanto en los beneficios repartibles como en el patrimonio resultante de liquidación»(3). «Y ello, aunque el derecho a participar de las ganancias sociales es el derecho material más importante del socio»(4).

Si se busca una correspondencia entre el reparto de beneficios y la exclusión del derecho de suscripción preferente de acciones, cabe advertir que respecto del primero no existe legalmente «un verdadero derecho subjetivo del socio al reparto anual de beneficios», de ahí que «deba distinguirse el derecho a participar en las ganancias, como derecho abstracto que no atribuye al socio ninguna acción de pago de cantidad, y el derecho al dividendo repartible en un determinado ejercicio económico, que deriva del anterior, pero que es el único que hace nacer a favor de los socios un crédito concreto sobre la parte proporcional de los beneficios que la junta general haya acordado repartir»(5).

La negación de este crédito concreto, a diferencia de lo que ocurre con la participación anual abstracta en las ganancias, comparte con la negación u obstrucción del derecho de suscripción preferente de acciones la particularidad de que puede provocar un perjuicio patrimonial directo para el socio, pues «la exclusión del derecho de suscripción preferente no resulta inocua para los intereses de *los accionistas* en la sociedad, quienes, *en todo caso, verán* cómo dismi-

(3) FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, 2.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 288.

(4) FARALDO CABANA, 2015, p. 288. Como señala MORALES PRATS, «el legislador penal ha sido poco riguroso al seleccionar los derechos del socio que pasan a ostentar tutela penal “ex” art. 293 CP; no se encuentran razones que puedan explicar, por ejemplo, que el precepto no aluda al derecho a participar en los beneficios de la sociedad (derecho al dividendo) o bien al derecho de participación en la cuota de liquidación, siendo así que se trata de derechos del socio esenciales de naturaleza económica», MORALES PRATS, F., «Artículo 293», *Comentarios al Código Penal Español*, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), 7.^a edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, 1. Significado del precepto (formato digital). Por más que sea inexplicable que el legislador de 1995 haya dejado fuera el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación, hay que optar por la solución de entenderlos excluidos del tipo, DEL ROSAL BLASCO, B., «Los nuevos delitos societarios en el Código Penal de 1995», *I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico*, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (Dir.), FARALDO CABANA, P., VALEIJE ÁLVAREZ, I. (Coords.), Universidad da Coruña, 1998, p. 128.

(5) GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J. L., *Lecciones de Derecho Mercantil, Volumen I*, MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (Dir.), 18.^a edición, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 595-596, con referencias detalladas al derecho de separación del socio tendente a evitar que la facultad soberana de la junta en materia de aplicación del resultado pueda hacer ilusorio el derecho de los socios a participar en el reparto de las ganancias sociales.

nuye, en el plano político, su capacidad de influencia en la sociedad y, en el plano patrimonial, cómo se reduce el porcentaje que obtendrán en el futuro sobre la cifra total de dividendos e, incluso, en caso de que el precio de las nuevas acciones no se ajuste al valor razonable, cómo se diluirá el porcentaje de su participación en el patrimonio de la sociedad. Esto explica las construcciones que ha realizado la doctrina y, en otros países, también la jurisprudencia, para exigir una ponderación de los intereses en conflicto, de tal forma que la “injerencia en la esfera jurídica de los accionistas” [...] esté justificada por el interés de la sociedad y que los beneficios resultantes de la operación para la sociedad sean mayores que los perjuicios que la operación ocasiona directamente a la participación de los antiguos accionistas»(6).

Lo anterior se corresponde perfectamente con la correcta apreciación de Faraldo Cabana de que «en el art. 293 CP parece haberse optado simplemente por sancionar conductas lesivas para los derechos de los socios, presumiblemente en el entendimiento de que la protección de estos derechos supone una tutela adelantada del patrimonio que el socio ha invertido en la sociedad»(7). De ahí que, con carácter

(6) GARCÍA GREWE, C., *El derecho de suscripción preferente. Exclusión, inexistencia y configuración estatutaria*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 246. Sobre los presupuestos materiales para la válida exclusión del derecho de suscripción preferente: interés social y valor razonable, GARCÍA GREWE, 2014, pp. 81-182. En la sociedad anónima, la decisión de excluir el derecho de suscripción preferente solo es posible en los casos en que el interés de la sociedad así lo exija (art. 308.1 LSC). «El interés social puede exigir la exclusión del derecho para ofrecer las nuevas participaciones o acciones a terceros cuya incorporación se estima estratégica, o para ofrecerlas a los trabajadores de la Sociedad [...], o a sus clientes, o a la sociedad dominante de un grupo, o a una sociedad que dispone de importante tecnología o que está introducida en nuevos mercados; o para conseguir una distribución más igualitaria del accionariado en una Sociedad Anónima Deportiva a fin de reforzar su espíritu asociativo, o para poder colocar las nuevas acciones con urgencia en numerosas Bolsas a la vez (sentencia histórica del Tribunal Federal alemán de 7 marzo 1994, caso Deutsche Bank)», VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil, Volumen I*, 23.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 905. En particular, en las sociedades cotizadas se puede confiar a los administradores la facultad de suprimir el derecho de suscripción preferente en relación con los aumentos de capital que sean objeto de delegación (art. 506 LSC), GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, 2020, pp. 609-611. Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 105-116.

(7) FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 2015, p. 263. Véase a este respecto FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos societarios en el Código penal español*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 257-258. «De la letra de la ley no se extrae un bien jurídico de índole material que dote de la necesaria lesividad a la infracción. Desde la perspectiva técnica de los bienes jurídicos individuales dignos de protección penal, en el art. 293 no existe más que un mero peligro abstracto para el patrimonio de los

general, solo pueda ser sujeto pasivo el socio, que se menciona precisamente en su condición de sujeto pasivo de la acción(8).

Lo que sí parece evidente, tras las sucesivas reformas penales y mercantiles acaecidas desde 1995, momento de redacción primera y definitiva –hasta hoy– del art. 293 CP, y tras el interesante debate doctrinal y jurisprudencial habido a cuenta de la extensión del ámbito material protegido por el art. 293 CP respecto de los derechos de preferencia(9), es que el legislador penal mantiene a sabiendas la limitación antedicha, lo cual obliga al intérprete a buscar sus causas y a intentar dar coherencia al sistema en vigor.

El art. 293 CP protege al socio al que le es negado o impedido, sin causa legal, el ejercicio de su derecho de suscripción preferente de acciones. Los socios tienen derecho a concurrir a los aumentos de capital con cargo a aportaciones dinerarias antes que cualquier tercero, en virtud del derecho de suscripción preferente de las nuevas acciones en la sociedad anónima(10). «La función de este derecho consiste en proteger a los socios frente a los efectos de una ampliación de capital, evitando que esta pueda diluir el valor relativo de su participación social»(11). Esta protección alcanza al ámbito corporativo, para que los socios mantengan invariado el porcentaje de capital poseído y, con ello, la extensión de sus derechos políticos, pero también al económico y patrimonial, pues «los derechos latentes o indirectos de los socios sobre el patrimonio y las reservas sociales –el valor real o razonable de su participación– podrían verse perjudicados si las nuevas acciones son emitidas a un precio que no se corresponda con el verdadero valor económico o patrimonial de

socios», MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Delitos societarios», *Derecho Penal. Parte Especial*, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.), 6.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 514 (formato digital).

(8) FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 2015, p. 264. Aunque la introducción del perjuicio hubiera sido útil para diferenciar el delito del ilícito civil, el legislador no lo ha creído oportuno, de modo que el precepto no exige la causación de un perjuicio económico o patrimonial para estimarse consumado, y a ello no es posible llegar por vía interpretativa, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 2015, pp. 296-299. No obstante, el ejercicio del derecho ha de verse afectado, sin que deba entenderse que ello ocurre siempre que no se respete en los términos establecidos en la legislación mercantil, FARALDO CABANA, P., «Delitos societarios», *Tratado de Derecho Penal Económico*, CAMACHO VIZCAÍNO, A., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1198, con diversas referencias jurisprudenciales a supuestos de absolución en caso de incorrección contable.

(9) *Vid.*, por todos, FARALDO CABANA, 2015, pp. 285-287; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 6.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 556-557.

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, pp. 607-608.

(11) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, pp. 607-608.

las antiguas (estas padecerían un “aguamiento”, pues pasarían a representar una cuota inferior sobre un patrimonio que en términos relativos habría aumentado en menor medida que el capital)»(12). «El reconocimiento del derecho de suscripción preferente a favor del antiguo socio tiene su fundamento en el deseo de que los accionistas puedan mantener la misma situación jurídica que tenían antes de efectuarse la ampliación de capital (v. gr., si tienen el 5 por 100 del capital social, que la ampliación no les haga perder esa proporción). Además, el derecho de suscripción preferente tiene un contenido económico, ya que si la sociedad tiene reservas (lo que indica que el valor del patrimonio neto es superior a la cifra del capital social), una emisión de nuevas acciones a la par (es decir, debiendo aportar el suscriptor simplemente el valor nominal de la acción) significa hacer disminuir el valor real de las acciones antiguas, ya que con el aumento de capital se incrementa el número de acciones, de forma que –tras el aumento– el valor proporcional de patrimonio neto que corresponde a cada acción es menor»(13).

1.1 Obligaciones convertibles en acciones

Respecto de las obligaciones convertibles en acciones, no cabe ninguna identificación con el derecho de suscripción preferente de los obligacionistas, prohibido por Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de diciembre de 2008, donde se obligaba a España a suprimir el reconocimiento del derecho de suscripción preferente a favor de los titulares de obligaciones convertibles, tanto en los aumentos de capital como en las emisiones de obligaciones convertibles posteriores(14).

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, pp. 607-608.

(13) SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil, Volumen I*, 37.ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, capítulo 25, III, E (formato digital). *Vid.*, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., «Los delitos societarios en el código penal», Las penas y el delito societario en el Código Penal, *Revista Jurídica General, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, N.º 1, abril-mayo 1996, p. 59.

(14) «El Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 29 de la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, Segunda Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo [48] del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital:

– al otorgar un derecho de suscripción preferente de acciones en el supuesto de un aumento del capital con aportaciones dinerarias no solo a los accionistas, sino también a los titulares de obligaciones convertibles en acciones;

Pero la posición de socios y de obligacionistas respecto de la suscripción preferente de obligaciones es muy diferente. Las aportaciones de los socios constituyen financiación con recursos propios, mientras que los obligacionistas otorgan financiación ajena y son terceros acreedores de la sociedad emisora. Un aumento de capital por conversión de obligaciones provoca una disminución del pasivo social, al convertir un pasivo exigible (créditos y obligaciones frente a la sociedad) en pasivo no exigible (capital social)(15).

Las obligaciones son valores negociables que representan partes alícuotas de un préstamo. Las sociedades de responsabilidad limitada pueden emitir obligaciones desde la reforma operada por la Ley 5/2015, de 27 de abril, pero no obligaciones convertibles en participaciones (art. 401.2 LSC). Tras ser suscritas en el mercado primario, las obligaciones pueden ser enajenadas en el mercado secundario. La sociedad que emite obligaciones que luego coticen no se convierte en sociedad cotizada, pues solo son cotizadas las sociedades cuyas acciones cotizan en un mercado secundario oficial de valores(16).

Como regla general, y salvo disposición contraria de los estatutos, la competencia para acordar la emisión le corresponde al órgano de administración, pues se contempla como una forma más de endeudamiento (art. 406.1 LSC). No obstante, la junta general de accionistas

– al otorgar un derecho de suscripción preferente de obligaciones convertibles en acciones no solo a los accionistas, sino también a los titulares de obligaciones convertibles pertenecientes a emisiones anteriores, y

– al no prever que la junta general pueda acordar la supresión del derecho de suscripción preferente de obligaciones convertibles en acciones», Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera), de 18 de diciembre de 2008, en el asunto C-338/06. Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España (DOCE 44, de 21 de febrero de 2009, p.4).

(15) GARNACHO CABANILLAS, L., «Modificación de estatutos. Aumento y reducción de capital social», *Derecho de sociedades*, ALONSO LEDESMA, C. (Dir.), FERNÁNDEZ TORRES, I. (Coord.), 3.ª ed., Atelier, Barcelona, 2017, p. 308. El capital social no debe confundirse con el patrimonio. El capital es una categoría jurídica que alude a una cifra fija y convencional recogida en los estatutos y que representa la suma de los valores nominales de las acciones o participaciones sociales en las que se divide. El patrimonio se refiere al conjunto de bienes, derechos y obligaciones de contenido económico que pertenecen a la sociedad en cada momento, oscilando permanentemente en función de los resultados de la actividad social, GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, 2020, p. 455. «El asiento del capital como primera partida del pasivo resulta fundamental [...] en tanto que elemento de retención de patrimonio en el activo, al evitar que la sociedad pueda repartir beneficios con cargo a bienes que estén afectos a la cobertura patrimonial de aquel», GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, 2020, p. 580.

(16) VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital», 3.ª edición, Wolters Kluwer-Bosch, Madrid, 2018, pp. 1036-1037.

será competente para acordar la emisión de obligaciones convertibles en acciones o de obligaciones que atribuyan a los obligacionistas una participación en las ganancias sociales (art. 406.2 LSC).

Las obligaciones convertibles en acciones son un tipo especial de obligaciones cuya emisión obliga a aumentar el capital en la medida necesaria para atender a las conversiones. El aumento de capital preciso para ejecutar la conversión de obligaciones en acciones en un supuesto de aumento de capital por compensación de créditos: se aporta el crédito del obligacionista y a cambio se le asignan acciones(17). La emisión de obligaciones convertibles y el aumento de capital deben ser acordados por la junta general, con el correspondiente derecho de preferencia de los accionistas para su suscripción (art. 416 LSC).

La conversión se concibe legalmente como una facultad del obligacionista, que puede optar entre conservar su originaria posición de acreedor, esperando a la normal amortización de los valores, o integrarse en la sociedad como accionista, mediante su conversión en acciones; aunque nada impide, algo cada vez más habitual en la práctica, configurar la conversión en términos forzosos, en cuyo caso la emisión de obligaciones convertibles opera en realidad como un aumento de capital diferido en el tiempo(18).

El rescate de las obligaciones se produce, entre otras causas, y respecto de las obligaciones convertibles, por su conversión en acciones (art. 430 LSC)(19). También es posible, no obstante, que las obligaciones no emitidas como convertibles se rescaten por la sociedad como acciones de acuerdo con sus titulares(20).

Las obligaciones convertibles deben distinguirse de las obligaciones canjeables, para las que se prevé su amortización mediante la entrega de acciones ya emitidas de la propia sociedad emisora(21).

El art. 416 LSC, como se acaba de ver, concede a los accionistas de la SA un derecho de suscripción preferente que les permite adquirir un número de obligaciones convertibles proporcional al valor nominal de las acciones que tengan en la sociedad. Y lo hace en buena lógica, pues, si no suscriben las obligaciones convertibles, cualquier tercero ajeno a la sociedad podrá hacerlo y pedir en el futuro su conversión en

(17) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, p. 804.

(18) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, pp. 524-525.

(19) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, pp. 1037-1038.

(20) *Vid.*, para la ampliación de capital en estos supuestos, VALPUESTA GASTAMINZA, 2018, p. 804.

(21) FERNÁNDEZ TORRES, I. y MARTÍNEZ ROSADO, J., «Sociedades de capital (II): estructura del capital», *Derecho de sociedades*, ALONSO LEDESMA, C. (Dir.), FERNÁNDEZ TORRES, I. (Coord.), 3.ª ed., Atelier, Barcelona, 2017, p. 160.

acciones a través de un aumento de capital, pasando así a formar parte del accionariado. Con ello, los accionistas verán diluida su participación en la sociedad sin poder hacer nada en el momento en que se acuerde el aumento de capital, pues, precisamente por estar ya asignadas las nuevas acciones a los obligacionistas, ese aumento de capital específico no otorgará a aquellos un derecho de preferencia(22). Pues el derecho de suscripción preferente opera respecto de las obligaciones convertibles, *pero no respecto de las acciones que emita la sociedad para atender a las solicitudes de conversión* (art. 304.2 LSC), ya que lo contrario equivaldría a condicionar la efectividad del derecho de conversión a la falta de suscripción por los socios de las acciones que se emitiesen(23).

El art. 417 LSC regula la posibilidad de supresión de este derecho de suscripción preferente; supresión que en las sociedades cotizadas puede delegarse en el órgano administrativo(24). La exclusión se dará cuando la sociedad obtenga algún beneficio por el hecho de ofrecer las obligaciones convertibles a inversores determinados y no a los accionistas(25).

Al constituir un procedimiento indirecto de aumento de capital, las obligaciones convertibles no pueden emitirse por una cifra inferior a su valor nominal ni ser convertidas cuando este valor nominal sea inferior al de las acciones que correspondan según la relación de cambio (art. 415 LSC). Con esto se garantiza el principio de integridad del capital social, al evitarse que las acciones puedan acabar emitiéndose por una cifra inferior a su valor nominal(26).

Respecto de esta figura, no es necesaria más que esta breve y general noticia, pues, sin un motivo claro, se halla fuera del tipo del art. 293 CP. Quizás haya que pensar en la negación explícita del derecho de preferencia dictado por el art. 304 LSC respecto de los aumentos de capital basados en la conversión de obligaciones en acciones. Pero no cabe confundir el acuerdo de emisión de obligaciones convertibles en acciones con el posterior aumento de capital. El aumento de capital tiene por finalidad, en estos casos, permitir a la sociedad el cumplimiento de la obligación contraída con los titulares de las obligaciones

(22) GARNACHO CABANILLAS, 2017, p. 312. La doctrina interpreta que la conversión –no obligada– de obligaciones ordinarias en acciones, admitida en el art. 430.d) LSC, sí sería un acuerdo en el que habría derecho de preferencia, que, en su caso, se podría excluir si concurren los requisitos del art. 308 LSC, VALPUESTA GASTAMINZA, 2018, p. 816.

(23) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, 2020, p. 525.

(24) VALPUESTA GASTAMINZA, 2018, p. 1038.

(25) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, 2020, p. 525.

(26) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, p. 526.

al momento de la emisión y adquisición de los títulos, con un carácter, por lo tanto, puramente instrumental(27). Pese a lo anterior, es necesario proteger a los accionistas frente a la dilución que conlleva la conversión de las obligaciones en acciones; protección otorgada por el art. 416 LSC. El derecho de suscripción preferente resulta perfectamente compatible con la emisión de obligaciones convertibles, pues la captación de financiación, como finalidad de la emisión, con la consiguiente naturaleza dineraria de la contraprestación, permiten reconocer el derecho de suscripción preferente a favor de los accionistas de la sociedad, de modo que, para mantener inalterada su posición en la sociedad, los socios pueden ejercitar primero el derecho de suscripción preferente y después el derecho de conversión; protección que se articula en torno al acuerdo de emisión de obligaciones convertibles(28).

1.2 Sociedad de Responsabilidad Limitada

En lo que afecta al derecho de preferencia respecto de las participaciones sociales, cabe hacer mención de que la anterior Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, seis años posterior a la Ley de Sociedades Anónimas (1995 y 1989, respectivamente), recogía un régimen de exclusión del derecho de preferencia muy similar al previsto para las sociedades anónimas, pero con la muy significativa diferencia de que omitía cualquier alusión al interés social. La exigencia expresa del interés social sí estaba prevista en el Anteproyecto de Ley, pero fue suprimida en la tramitación parlamentaria por la cuestionable razón de que el interés social no puede ser diferente del interés mayoritario de los socios(29); cuestionable pues los derechos de los socios minoritarios constituyen un límite inmanente a la posible equiparación del interés de la mayoría con el interés social(30).

Esta divergencia del régimen legal repercutía en el alcance del control judicial: en la sociedad anónima, ante la ausencia de un interés social que justificara la operación, la impugnación se podía fundar en la nulidad del acuerdo por contravenir la Ley, y con independencia de que el patrimonio perjudicado fuera el social o el individual de determinados accionistas; en la sociedad de responsa-

(27) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 344.

(28) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 347.

(29) GARCÍA GREWE, 2014, p. 87.

(30) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Modificación del capital social: aumento de capital», *La sociedad de responsabilidad limitada*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 1998, p. 484.

bilidad limitada, cuando el acuerdo dañaba únicamente los intereses de los accionistas minoritarios la impugnación debía reconducirse al abuso de derecho(31).

La Ley de Sociedades de Capital de 2010 ha unificado el régimen legal de la exclusión del derecho, exigiendo la concurrencia de un interés social en sociedades anónimas y en sociedades de responsabilidad limitada(32). No obstante, el interés social no se mencionaba en el Anteproyecto de Código Mercantil, de 29 de mayo de 2014 (APCM 2014), cuyo art. 252-13, respecto de todas las sociedades de capital, remitía a una mera justificación detallada de la supresión del derecho de preferencia. En lo que hace a este concreto aspecto, el Dictamen del Consejo de Estado, de 29 de enero de 2015, concluyó, sin embargo, que, por la propia naturaleza del derecho, así como por la ausencia de justificación alguna para explicar esta supresión, «sería más adecuado, a juicio del Consejo de Estado, mantener esta referencia explícita al interés social en el artículo 252-13, como requisito para excluir el derecho de preferencia»(33). Tras este Dictamen, la Propuesta de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, de marzo de 2018 (APCM 2018), ha recogido el interés social como presupuesto de la exclusión del derecho de preferencia en las sociedades de capital(34). Con ello,

(31) GARCÍA GREWE, 2014, pp. 89-90; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1998, p. 483.

(32) GARCÍA GREWE, 2014, p. 89.

(33) BOE: Expediente 837/2014 (Justicia).

(34) Artículo 252-13. *Exclusión del derecho de preferencia en las sociedades de capital* (APCM 2018).

«En los casos en que el interés de la sociedad así lo exija, la junta general, al decidir el aumento del capital social, podrá acordar la supresión total o parcial del derecho de preferencia con la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que los administradores o, en su caso, los socios autores de la propuesta, formulen un informe escrito en el que se justifique detalladamente la supresión del derecho de preferencia y la contraprestación a satisfacer por las nuevas participaciones o las nuevas acciones, con indicación de las personas a las que hayan de atribuirse; y en las sociedades anónimas, que un experto independiente, distinto del auditor de cuentas de la sociedad, nombrado a estos efectos por el Registro Mercantil, elabore otro informe, bajo su responsabilidad, sobre el valor razonable de las acciones de la sociedad, sobre el valor teórico del derecho de preferencia cuyo ejercicio se propone suprimir o limitar y sobre la razonabilidad de los datos contenidos en el informe de los administradores. b) Que en el anuncio de la convocatoria de la junta se haya hecho constar la propuesta de supresión del derecho de preferencia y el tipo de creación de las nuevas participaciones o de emisión de las nuevas acciones, así como el derecho de todos los socios a examinar en el domicilio social los informes a que se refiere el número anterior o a pedir la entrega o el envío gratuitos de dichos documentos. c) Que el valor nominal de las nuevas participaciones sociales o de las nuevas acciones, más, en su caso, el importe de la prima de emisión se corresponda con el valor real atribuido a las parti-

se consolida la vinculación de la exclusión de los derechos de preferencia con el interés de la sociedad, en concordancia con la vigente LSC y con las consecuencias que más adelante veremos para la integración del tipo penal.

Este tortuoso camino legal sufrido por el interés social en la exclusión del derecho de asunción preferente de participaciones sociales puede quizás estar detrás del hecho de que, tantos años después de la entrada en vigor del actual art. 293 CP, la SRL esté fuera del tipo en lo que respecta a la protección de los derechos de preferencia. No obstante, esto, en un futuro, habrá de ser corregido, siquiera con la entrada del término «participaciones», no siendo necesario incluir su «asunción», pues «aunque desde un punto de vista técnico las participaciones no se “suscriben”, porque no son títulos [...], la distinción terminológica resulta un tanto excesiva, porque técnicamente “asumir” o “suscribir” no tienen por qué significar fenómenos distintos»(35).

La redacción de un tipo penal que dijera «suscripción preferente de acciones o participaciones» permitiría evitar la grave erosión del principio de taxatividad penal que produce una interpretación sistemática del art. 293 que incluye las acciones donde no las hay, en la SRL; y esta inclusión es necesaria desde el momento en que la LSC ha equiparado definitivamente el conflicto subyacente en ambas sociedades(36).

II OBJETO MATERIAL

La LSC reconoce el derecho de suscripción preferente de nuevas acciones emitidas en los aumentos de capital con cargo a aportaciones dinerarias (art. 304.1).

El derecho de suscripción o asunción preferente opera en relación con las adquisiciones originarias (concretamente, con ocasión de la emisión de acciones o participaciones en un aumento de capital); por el contrario, el derecho de adquisición preferente opera en relación

cipaciones en el informe de los administradores, en el caso de las sociedades limitadas, o con el valor que resulte del informe del experto independiente, en el caso de las sociedades anónimas».

(35) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, p. 814.

(36) El art. 308 LSC ha generalizado a todas las formas de sociedad de capital la exigencia del interés social. Antes lo formulaba el art. 159 LSA, pero no el art. 74 LSRL, si bien la doctrina podía entenderlo implícito para las sociedades limitadas, VALPUESTA GASTAMINZA, 2018, p. 824.

con las adquisiciones derivativas, es decir cuando la transmisión de las acciones o participaciones se produce de un socio a otro(37).

El art. 295.2 LSC recoge las diversas modalidades de aumento de capital, que son: con cargo a aportaciones dinerarias al patrimonio social, con cargo a aportaciones no dinerarias al patrimonio social – incluida la aportación de créditos contra la sociedad–, o con cargo a beneficios o reservas que ya figurasen en el último balance aprobado. El aumento de capital podrá realizarse por creación de nuevas participaciones o emisión de nuevas acciones o por elevación del valor nominal de las ya existentes (art. 295 LSC).

El aumento de capital por elevación del valor nominal de las acciones será lo habitual cuando el capital se aumente con cargo a reservas de forma íntegra, pues, entonces, quienes ya son socios simplemente verán cómo se incrementa el valor nominal de su participación en el capital. Por supuesto, también es viable un aumento de capital con cargo exclusivamente a reservas o beneficios y con emisión de nuevas acciones entregadas gratuitamente a los socios(38). Esta asignación gratuita de nuevas acciones (o participaciones) a todos los socios constituye un derecho de preferencia que se distingue del derecho de suscripción preferente en que su ejercicio es gratuito, con cargo a fondos propios de la sociedad, automático, por no precisar del socio una declaración de voluntad al respecto, e imperativo para los administradores, en tanto la sociedad se ve obligada a ello *ministerio legis*(39). Con carácter general, las nuevas acciones se asignarán en proporción a las que tengan los socios en la sociedad, siendo este derecho de asignación gratuita un derecho transmisible en las mismas condiciones que las acciones de las que derive, es decir, con el mismo régimen que el derecho de suscripción preferente (art. 306.2 LSC)(40). Este derecho no puede ser objeto de limitación o de exclusión(41).

El derecho de asignación gratuita de acciones o participaciones no está protegido por el art. 293 CP, quizás por su carácter imperativo, o quizás porque no supone una variación de la situación

(37) ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Examen de Derecho de Sociedades», *Almacén de Derecho*, 18.1.2017.

(38) VALPUESTA GASTAMINZA, 2018, *op. cit.*, pp. 787-788.

(39) GARNACHO CABANILLAS, 2017, *op. cit.*, p. 312.

(40) GARNACHO CABANILLAS, *op. cit.*, 2017, pp. 312-313. La ejecución del acuerdo con cargo a reservas es sumamente simple y depende por completo de los administradores, pues consistirá en realizar los apuntes contables y materiales en los libros correspondientes y, en su caso, emitir los nuevos títulos de acción con el nuevo valor nominal y canjearlos por los antiguos, o estampillar los antiguos, VALPUESTA GASTAMINZA, 2018, p. 813.

(41) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, pp. 824-825.

patrimonial del socio ni de la sociedad. No obstante, *su negación constituye una simple expropiación de los derechos patrimoniales del socio sobre la cantidad que ha pasado a capital.*

En atención al contravalor del aumento, la ampliación de capital puede suponer, o no, un aumento de la riqueza de la sociedad:

a) En caso de nuevas aportaciones, el aumento de capital produce un aumento real del patrimonio, al ingresar la sociedad nuevos activos.

b) En la capitalización de créditos o en la conversión de obligaciones en acciones, aunque no entran nuevos activos en la sociedad, un pasivo exigible se convierte en capital, con lo que cambia la estructura financiera de la sociedad y recursos que eran ajenos devienen propios, lo que supone un aumento real de capital.

c) En caso de aumento con cargo a reservas, el aumento de capital es nominal, pues la sociedad no tiene un patrimonio mayor que antes, si bien es más solvente frente a los acreedores en la medida en que fondos que antes tenía como disponibles dejan de serlo(42). Se produce una transformación de determinados apuntes contables en el balance de la sociedad, de modo que los fondos transformados quedan imputados al capital social y pasan a ser indisponibles(43). En consecuencia, se verifica una reestructuración, pero no un incremento de los recursos propios de la sociedad, de modo que el valor real o razonable de la participación global de los socios se mantiene inalterado; por ello, cuando el aumento se realiza mediante la creación de nuevas acciones o participaciones, los socios disponen del derecho de asignación gratuita de las mismas (art. 306.2 LSC)(44).

La capitalización de créditos o la conversión de obligaciones tampoco otorgan un derecho de suscripción preferente. Respecto de la conversión de obligaciones, es pacífica la aceptación de una incompatibilidad entre el derecho de preferencia y la finalidad del aumento de capital, al menos en lo que se refiere a las obligaciones ya emitidas con naturaleza convertible, pues las nuevas acciones están previamente asignadas a los obligacionistas(45). A este supuesto cabe asimilar la inexistencia de derecho de suscripción preferente en caso de absorción del patrimonio de otra sociedad por fusión o escisión (art. 304.2 LSC). En estos supuestos, el aumento de capital permite a la sociedad absorbente cumplir los términos del acuerdo entregando a

(42) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, pp. 787-788.

(43) GARNACHO CABANILLAS, *op. cit.*, 2017, p. 308.

(44) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, p. 604.

(45) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 341; GARNACHO CABANILLAS, *op. cit.*, 2017, p. 310.

los socios de la sociedad absorbida el número de acciones que les corresponde en función de la relación de canje establecida. El patrimonio de la sociedad absorbida es la aportación que se realiza a cambio de las nuevas acciones, de modo que el aumento de capital es el instrumento con el que se efectúa la contraprestación pactada en los acuerdos de fusión de las sociedades preexistentes(46). Al igual que ocurre con las obligaciones convertibles, el aumento de capital es un mero instrumento de ejecución de una operación principal que genera a favor de determinados terceros el derecho de recibir acciones de la sociedad: en un caso, a favor de los socios de la sociedad cuyo patrimonio es absorbido y, en el otro, de los titulares de las obligaciones convertibles. Se comprende, por tanto, la imposibilidad de que en los aumentos de capital que se realizan precisamente para poder cumplir las obligaciones asumidas por la sociedad frente a terceros pueda recaer sobre las mismas acciones un derecho de preferencia en favor de los accionistas de la sociedad(47).

La capitalización de créditos plantea problemas añadidos, pues «un aumento de capital social por compensación de créditos que tenga un tercero (o incluso un socio) contra la sociedad bien podría entenderse como un supuesto asimilado a un aumento de capital realizado con cargo a aportaciones no dinerarias»(48). Y la limitación que hace la LSC del derecho de suscripción preferente a los aumentos con cargo a aportaciones dinerarias, excluyendo en consecuencia este derecho en los aumentos con cargo a aportaciones no dinerarias, es una solución criticada por parte de la doctrina mercantilista(49).

(46) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, pp. 340-341

(47) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 354.

(48) GARNACHO CABANILLAS, *op. cit.*, 2017, p. 307. Se entiende que los supuestos de conversión de obligaciones en acciones representan una particular modalidad de aumento por compensación de créditos, en tanto el desembolso de las nuevas acciones se hace con cargo a los créditos incorporados a las obligaciones que son objeto de conversión sin necesidad de efectuar ninguna aportación, GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, p. 605. Pese a ello, en estos supuestos parece pacífica la exclusión del derecho de suscripción preferente de acciones, habida cuenta de que, como se acaba de ver, las nuevas acciones están previamente asignadas a los obligacionistas. El APCM de 2018 se limita a señalar que los socios no tendrán derecho de preferencia cuando la causa del aumento de capital sea la absorción de otra sociedad o de todo o parte del patrimonio escindido de otra sociedad, o la conversión de obligaciones en acciones (art. 252-11.2).

(49) Calificada incluso como «inadmisible» en caso de aprobarse el proyectado Código Mercantil, GARNACHO CABANILLAS, *op. cit.*, 2017, p. 307. El Dictamen del Consejo de Estado sobre el APCM 2014, de 29 de enero de 2015, es de gran interés para una correcta comprensión de este concreto problema; por ello, reproduzco a continuación su principal contenido: «El reconocimiento del derecho de preferencia en los aumentos de capital por emisión de nuevas acciones o participaciones con cargo a

aportaciones no dinerarias es una materia que sigue suscitando amplios debates doctrinales. En síntesis, podría decirse que las dos posturas que se enfrentan se apoyan en dos argumentos contrarios. Para un sector doctrinal, lo importante es la protección del socio y por ello el derecho de preferencia debe mantenerse en todo caso, con independencia de que, eventualmente pueda acordarse por la junta la exclusión de este derecho cuando se trate de aportaciones determinadas que no puedan ser realizadas por los socios. Para otro sector, el énfasis debe ponerse en la naturaleza de las aportaciones no dinerarias: en la medida en que estas consisten habitualmente en elementos patrimoniales o activos concretos, que no todos los socios están en condiciones de aportar, el derecho de preferencia debe ser reconocido solo a los socios que realicen las aportaciones y los socios que se consideren perjudicados pueden acudir a las vías ordinarias de impugnación de acuerdos sociales. Ambas opciones legislativas resultan igualmente válidas. La opción de limitar el derecho de preferencia a los aumentos de capital con cargo a aportaciones dinerarias es la que se aplica en la actualidad en España –artículo 304 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital– y, además, la más generalizada en derecho comparado –Inglaterra, Francia, Italia o Portugal, adoptan este sistema– y la solución del derecho de la Unión Europea, pues el artículo 29.1 de la Directiva 77/91/CEE (conocida como “Segunda Directiva” en derecho de sociedades) dispone que “en todo aumento del capital suscrito por aportaciones dinerarias, las acciones deberán ofrecerse con preferencia a los accionistas en proporción a la parte del capital representado por sus acciones”. Sin embargo, la posibilidad de extender este derecho también a las aportaciones no dinerarias, además de haber sido el régimen tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, es plenamente conforme con el derecho europeo y, en concreto, con la Segunda Directiva. Así lo declaró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 19 de noviembre de 1996, *Siemens AG v. Henry Nold*, asunto C-42/95, al señalar que, el hecho de que el artículo 29.1 de la Segunda Directiva “no haga referencia a los aumentos del capital suscrito por aportaciones no dinerarias no permite afirmar que el legislador comunitario haya optado por limitar la atribución de un derecho de suscripción preferente a los accionistas únicamente a los aumentos de capital por aportaciones dinerarias, prohibiendo así que los Estados miembros lo extiendan también a los aumentos de capital realizados por aportaciones no dinerarias [...]. Por el contrario, en la medida en que la Segunda Directiva se limita a instaurar un derecho de suscripción preferente en los casos de aumentos del capital suscrito por aportaciones dinerarias, absteniéndose de regular la situación compleja, desconocida en la mayoría de los Estados miembros, del ejercicio del derecho preferente en caso de aumentos del capital suscrito por aportaciones no dinerarias, dicha Directiva dejó a los Estados miembros la libertad de prever la posible existencia de un derecho preferente en este último caso. Además, una norma nacional que extiende el principio del derecho de suscripción preferente de los accionistas, con la posibilidad de limitar o suprimir dicho derecho en determinadas circunstancias, a los casos de aumentos del capital suscrito por aportaciones no dinerarias se inscribe dentro de uno de los objetivos de la Segunda Directiva, que es garantizar una protección más eficaz de los accionistas. En efecto, tal norma permite que estos últimos eviten también en estos casos que se debilite la parte del capital que representa su participación”. En definitiva, el régimen por el que opta el Anteproyecto de Código debe considerarse plenamente aceptable, en la medida en que se adecúa a las exigencias del derecho europeo y, en particular, responde a uno de los principales fines de la Segunda Directiva: “garantizar una protección más eficaz de los accionistas ya que les permite evitar, en los supuestos de ampliación de capital, que se debilite la parte del capital que representa su participación” (Sentencia TJUE

Además, para un sector de la doctrina mercantilista, la capitalización de créditos puede ser considerada como una modalidad de aumento contra aportaciones dinerarias cuya peculiaridad radica en que el pago del precio de las acciones se realiza mediante la técnica de la compensación, pues la compensación es una modalidad de pago o cumplimiento de una obligación(50). La tesis que califica el aumento por compensación de créditos como aumento dinerario tiene la ventaja de que protege mejor a los antiguos accionistas frente a una hipotética actuación de la mayoría que encierre una conducta expropiatoria, pues el socio de control puede inventar créditos a su favor y contra la sociedad (porque controla el órgano de administración) para, a continuación, compensarlos a través de un aumento de capital por compensación de créditos, logrando con ello diluir a los accionistas minoritarios sin haber realizado una aportación efectiva y suficiente al capital social(51).

El APCM de 2018 amplía la suscripción preferente tanto a la compensación de créditos como en general a las aportaciones no dinerarias, al limitarse a señalar que los socios no tendrán derecho de preferencia cuando la causa del aumento de capital sea la absorción de otra sociedad o de todo o parte del patrimonio escindido de otra sociedad, o la conversión de obligaciones en acciones (art. 252-11.2)(52).

18 de diciembre de 2008, Comisión c. España, asunto C338/06». No obstante, el Consejo de Estado añade que «de mantenerse el Anteproyecto en los términos en que actualmente se pronuncia, el régimen del derecho de preferencia en los aumentos de capital por aportaciones no dinerarias habría cambiado cuatro veces en aproximadamente seis años –reconocido en sociedades anónimas y limitadas (régimen tradicional, hasta 2009), solo en sociedades limitadas (tras la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, en 2009), excluido en sociedades de capital (texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en 2010) y nuevamente reconocido a sociedades anónimas y limitadas–. Por todo ello, este Consejo estima que sería necesario valorar la conveniencia de volver a modificar este régimen legal y, en caso de hacerlo, de evitar futuras alteraciones del mismo que pongan en peligro la seguridad jurídica», BOE: Expediente 837/2014 (Justicia).

(50) ALFARO ÁGUILA-REAL, *op. cit.*, 18.1.2017.

(51) ALFARO ÁGUILA-REAL, *op. cit.*, 18.1.2017.

(52) Se considera que en los aumentos con aportaciones no dinerarias la sociedad puede tener interés en la entrada de bienes concretos, y mantener la preferencia de los socios impediría esa entrada. De todos modos, esta razón no es muy convincente, porque habría otras formas de lograr lo mismo sin esta prohibición. En lo que se refiere a la capitalización de créditos, la doctrina mayoritaria la concibe como un aumento con aportaciones no dinerarias (aportaciones de créditos); orientación confirmada por las RRDGRN de 4 y 6 de febrero de 2012. No obstante, el TS ha admitido en alguna ocasión el derecho de preferencia; así, STS de 23 de mayo de 2008, VALPUESTA GASTAMINZA, 2018, pp. 815-816.

Pero, por el momento, y de acuerdo con el art. 304 LSC, el ámbito de aplicación objetivo del derecho de suscripción o de asunción preferente se encuentra acotado a los aumentos de capital que se realizan con emisión de nuevas acciones o participaciones y con cargo a aportaciones dinerarias. Por tanto, también se circunscribe a estos aumentos el régimen de exclusión del derecho(53). Ahora bien, el objeto material del delito recogido en el art. 293 CP es aún más estrecho, y no porque técnicamente, al no ser títulos, las participaciones se asuman y no se suscriban(54), sino porque el capital de la SRL no está representado en acciones, y extender a las participaciones el ámbito de aplicación del art. 293, por muy razonable que parezca material y sistemáticamente, resulta una ampliación del tipo de todo punto prohibida por el principio de taxatividad penal(55).

(53) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 81.

(54) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, p. 814.

(55) Así lo señala con acierto y contundencia TERRADILLOS BASOCO, J. M., pues «la literalidad del Código Penal es nítida: se protege el ejercicio al derecho de “suscripción preferente de acciones”, y no otros”, “La responsabilidad penal de los administradores», *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, PULIDO BEGINES, J. L. (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 373. «Con respecto al derecho de suscripción preferente de acciones [...], se rechaza la integración del tipo con la negativa o impedimento del ejercicio del derecho de adquisición (no de suscripción) de participaciones sociales (no de acciones) considerando que, de lo contrario, se operaría una interpretación extensiva contra reo y que es preciso limitar la aplicación del tipo a las sociedades cuyo capital se encuentra dividido en acciones (lo que excluiría las sociedades de responsabilidad limitada) y al derecho de suscripción preferente de acciones en los casos de ampliación del capital social», MÉNDEZ RODRÍGUEZ C., *Memento Penal 2021*, MOLINA FERNÁNDEZ, F., (Coord.), Lefebvre, Madrid, 2020, marginal 12308. «Conviene subrayar que el tipo penal parece reducir doblemente su protección: solo para los socios de sociedades anónimas (solo respecto a las “acciones”) y no para su derecho de preferencia sobre las obligaciones convertibles en acciones», LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. «Delitos societarios», *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, DE LA MATA BARRANCO, N. J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. y NIETO MARTÍN, A., Dykinson, Madrid, 2018, p. 482. El derecho de suscripción preferente de acciones solo está presente en aquellas sociedades que tengan representado su capital en acciones, por lo que el tipo penal no incluiría el derecho de suscripción preferente de participaciones sociales nuevas en una sociedad de responsabilidad limitada, ROCA AGAPITO, 2011, p. 737. Este derecho solo existe en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, y el artículo 293 CP no lo tutela en estas últimas al no estar dividido su capital en acciones, y otro tanto cabe decir respecto de las demás entidades carentes igualmente de tales títulos que confieren a su titular la condición de socio, TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Los delitos societarios», *Empresa y Derecho penal*, TERRADILLOS BASOCO, J., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 282-283. El derecho de suscripción preferente se halla circunscrito a la suscripción de acciones, lo que entraña una restricción del ámbito típico a las sociedades anónimas que carece de toda justificación, SUÁREZ GONZÁLEZ, C., «Delitos societarios», *Compendio de Derecho Penal, Volumen II*, BAJO FERNÁNDEZ, M., (Dir.),

En atención a esta restricción, quedan circunscritas al régimen legal aplicable a las acciones sociales las consideraciones que se exponen a continuación, y antes de pasar al estudio de los requisitos para la exclusión del derecho de suscripción preferente:

a) El accionista moroso no disfruta del derecho de suscripción preferente de acciones ni de obligaciones convertibles. Una vez abonado el importe de los desembolsos pendientes junto con los intereses adeudados, solamente podrá reclamar la suscripción preferente si el plazo para su ejercicio no hubiere transcurrido (art. 83.2 LSC).

b) En los casos de aumento del capital de la sociedad, si el nudo propietario no hubiere ejercitado o enajenado el derecho de suscripción preferente diez días antes de la extinción del plazo fijado para su ejercicio, estará legitimado el usufructuario para proceder a la venta del derecho o a la suscripción de las acciones (art. 129.1 LSC).

c) En lo que se refiere a las sociedades profesionales de capital, cabe mencionar que los socios no gozarán del derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital que sirvan de cauce a la promoción profesional, ya sea para atribuir a un profesional la condición de socio profesional, ya para incrementar la participación societaria de los socios que ya gozan de tal condición, salvo disposición en contrario del contrato social (art. 17.1.b, Ley 2/2007, de 15 de marzo, de

Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 585. Si se aplica estrictamente la literalidad del art. 293 del nuevo Código Penal, su ámbito de aplicación no podrá extenderse a las sociedades de responsabilidad limitada, al no estar dividido su capital en acciones, RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Los nuevos delitos pseudosocietarios», *Revista Jurídica General*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, N.º 1, abril-mayo 1996, p. 87. De otra opinión, y aludiendo a los dislates del precepto, BAJO y BACIGALUPO sostienen que el término típico «socio» ha de interpretarse como referido a cualquier persona que se asocia para algún fin y que es titular de los derechos sociales recogidos en el tipo como consecuencia de su aportación al fondo común de la sociedad, BAJO, M. y BACIGALUPO, S., *Derecho Penal Económico*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 628. DEL ROSAL BLASCO se plantea el problema de si es únicamente a los derechos de los accionistas de una sociedad anónima o de una sociedad comanditaria por acciones a los que se refiere el CP o también a otros derechos asimilables de los socios de otro tipo de sociedades mercantiles, admitiendo la posibilidad de que también estén tutelados los derechos equivalentes de los socios de sociedades que no tengan su capital dividido en acciones ya que, de lo contrario, se crearían lagunas injustificables de punibilidad, desvirtuándose el propio sentido de la definición de sociedad, a efectos penales, del art. 297 CP, DEL ROSAL BLASCO, 1998, pp. 126-129. Rodríguez Mourullo se opone a toda interpretación extensiva al entender que *socio* es un elemento del tipo con valoración normativa jurídica, lo cual impide la atribución de tal condición a quien no la posee según la normativa extrapenal, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Delitos contra los derechos de los socios y delitos de obstrucción», *El nuevo Código Penal y los delitos societarios*, AREÁN LALÍN, M., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (Coords.), Fundación Caixa Galicia, 1998, pp. 230-231.

sociedades profesionales). Los estatutos no pueden prohibir la ampliación de capital (solamente puede hacerlo la junta), pero sí el derecho de preferencia; así, RDGRN de 24 de julio de 2009(56).

d) Respecto de acciones en autocartera, la propia sociedad no puede ejercer el derecho de preferencia por la prohibición de suscribir sus propias acciones o las de la sociedad dominante (art. 134 LSC). Además, en caso de adquisición de acciones propias o de la sociedad dominante, todos los derechos quedan en suspenso, salvo el derecho de asignación gratuita de nuevas acciones (art. 148 LSC)(57).

e) En las sociedades anónimas, para todo aumento del capital cuyo contravalor consista en nuevas aportaciones dinerarias al patrimonio social, será requisito previo, salvo para las entidades aseguradoras, el total desembolso de las acciones anteriormente emitidas. No obstante, lo anterior, podrá realizarse el aumento si existe una cantidad pendiente de desembolso que no exceda del tres por ciento del capital social (art. 299 LSC). Como apunta la doctrina, carece de sentido pedir más dinero a socios o terceros cuando los mismos socios todavía no han desembolsado la totalidad de sus aportaciones(58). Este requisito no rige para desembolsos no dinerarios; además, según el tenor literal del art. 299 LSC, no es preciso que cada acción esté desembolsada al noventa y siete por ciento, sino que el total del capital pendiente de desembolso no exceda del tres por ciento(59). El TS hace una interpretación laxa de este precepto al rechazar una aplicación taxativa del texto que no permita excepciones a su rigidez «cuando el desembolso de las acciones anteriores resulta imposible por causas ajenas a la voluntad de los socios [...] siempre que los ulteriores acuerdos de ampliación de capital se hayan tomado cumpliendo todos los requisitos legales intrínsecos, y no exista abuso de derecho» (STS, Sala de lo Civil, 1225/2006, de 29 de noviembre)(60).

(56) VALPUESTA GASTAMINZA, 2018, p. 821.

(57) VALPUESTA GASTAMINZA, 2018, p. 821. Véanse las interesantes reflexiones de ALFARO ÁGUILA-REAL sobre el trato desigual que para los accionistas supone la enajenación de acciones en autocartera si se venden a accionistas concretos o a terceros, quienes pueden en tales casos apropiarse de parte de las reservas que corresponden a los demás accionistas. En tanto la enajenación por la sociedad de sus acciones propias en autocartera tiene el mismo efecto que un aumento de capital, la doctrina mercantilista discute si es pertinente otorgar en estos supuestos un derecho de adquisición preferente o si hay otros medios de hacer valer el principio de igualdad de trato hacia los socios, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Los negocios de una sociedad sobre sus propias acciones o participaciones», *Almacén de Derecho*, 23.1.2020.

(58) FERNÁNDEZ TORRES y MARTÍNEZ ROSADO, *op. cit.*, 2017, p. 143.

(59) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, p. 796.

(60) *Vid.* VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, pp. 796-797.

f) El acuerdo de reducción del capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal solo podrá adoptarse cuando simultáneamente se acuerde la transformación de la sociedad o el aumento de su capital hasta una cantidad igual o superior a la mencionada cifra mínima. En este aumento de capital habrá de respetarse en todo caso el derecho de suscripción preferente de los socios (artículo 343 LSC: reducción y aumento del capital simultáneos).

g) Una vez acordado, el derecho de suscripción preferente de acciones es renunciabile o transmisible si, en este segundo caso, el socio no quiere o no puede desembolsar las nuevas acciones y prefiere obtener un rendimiento económico inmediato(61). No cabe renunciar por adelantado a derechos de preferencia en ampliaciones futuras, pero sí al derecho una vez acordada la ampliación(62). La transmisión de los derechos de suscripción preferente en las sociedades anónimas está sujeta a las mismas condiciones que las acciones de las que derivan, por lo que, si la facultad de transmitir las acciones estuviera eventualmente sujeta a algún tipo de restricción, también lo estaría su derecho de suscripción preferente(63).

h) La preferencia se tiene en proporción al valor nominal de las acciones que posea el socio, no en atención al número de acciones de las que sea titular. Además, en esta materia no caben privilegios: no se puede conceder en estatutos un derecho de preferencia proporcionalmente mayor que el que resulte del valor nominal de las acciones que se posean (art. 96.2 y 3 LSC)(64).

i) Aunque el art. 307 LSC solo contempla el derecho de preferencia de segundo grado para la SRL, nada impide que en los estatutos o en el propio acuerdo de aumento la SA prevea una segunda

(61) En las sociedades cotizadas, todo aumento de capital genera un mercado específico de transmisión de los derechos de suscripción, que llegan a cotizar; en tales casos, es fácil encontrar adquirentes, VALPUESTA GASTAMINZA, 2018, p. 819.

(62) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, p. 815.

(63) GARNACHO CABANILLAS, *op. cit.*, 2017, p. 311. *Vid.* STS 675/2011, de 17 de octubre.

(64) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, p. 815. El Anteproyecto de Ley de Reforma de la LSC, de 24 de mayo de 2019, prevé que los estatutos de la sociedad anónima cotizada puedan modificar la proporción entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto para conferir un voto adicional a cada acción de la que haya sido titular un mismo accionista durante dos años consecutivos ininterrumpidos; pudiéndose ampliar, pero no disminuir dicho periodo mínimo de titularidad ininterrumpida (art. 527 ter). Aunque no se alude al régimen de preferencia (sí al de transmisión), este voto adicional por lealtad beneficiará automáticamente a las acciones asignadas gratuitamente con ocasión de ampliaciones de capital en relación con acciones con voto de lealtad que ya se posean (art. 527 octies).

vuelta(65). Con este derecho de preferencia de segundo grado, las participaciones no asumidas por los socios en el ejercicio del derecho de preferencia, salvo que los estatutos dispongan otra cosa, serán ofrecidas por el órgano de administración a los socios que lo hubieren ejercitado. Se trata, por lo tanto, de una segunda posibilidad de asunción preferente limitada a los socios que hubieren ejercitado su derecho en la primera vuelta. No cabe tocar el derecho de preferencia en la primera vuelta, pero sí variar la segunda ronda, que no es obligatoria. No obstante, en el caso de que se modificasen los estatutos estando vigente una ampliación ya acordada pero no terminada, la doctrina considera que el nuevo régimen solo sería aplicable a las ampliaciones que se acordaran tras la modificación, pues el criterio contrario permitiría una manipulación del derecho en función de intereses de mayorías concretas(66).

2.1 Exclusión del derecho de suscripción preferente de acciones

El régimen de exclusión de este derecho, recogido con carácter general en el art. 308 LSC, exige la concurrencia de varios requisitos procedimentales y dos requisitos materiales o de fondo. No ha de confundirse la exclusión del derecho con su inexistencia, tal y como se expuso en el apartado precedente: el ámbito de aplicación objetivo del derecho de suscripción preferente se encuentra acotado a los aumentos de capital que se realizan con emisión de nuevas acciones y con cargo a aportaciones dinerarias, de modo que también se circunscribe a estos aumentos el régimen de exclusión del derecho(67). Por otro lado, *no cabe una cláusula estatutaria que lo excluya con carácter general*(68); *ni una cláusula estatutaria que suprima la posibilidad de su exclusión*(69). La ley también prohíbe que este derecho se excluya en los supuestos de reducción a cero o por debajo de la cifra mínima legal y aumento simultáneo de capital (art. 343.2 LSC)(70).

(65) GARNACHO CABANILLAS, *op. cit.*, 2017, p. 307; GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, pp. 608-609; VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, p. 823, con referencias a diversas RRDGRN que confirman esta interpretación.

(66) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, pp. 822-823.

(67) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 81.

(68) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, p. 824.

(69) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 411.

(70) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, p. 824, con referencia a la RDGRN de 19 de mayo de 1995.

El acuerdo de exclusión en la SA debe adoptarse con los requisitos de la modificación de estatutos(71).

La exclusión del derecho puede ser total o parcial (art. 308.1 LSC), entendiéndose por supresión parcial la referida a una parte de las nuevas acciones, quedando la preferencia respecto de las demás para todos los socios en proporción a su participación en el capital. Lo que no cabe es excluir el derecho solo para algunos socios, pues ello resultaría contrario al principio de paridad de trato (art. 97 LSC)(72). No obstante, parte de la doctrina mercantilista admite una exclusión parcial de determinados accionistas cuando el interés social que exige la exclusión del derecho justifique la necesidad de que esa exclusión no afecte por igual a todos los accionistas(73). Tanto la necesidad como la proporcionalidad de la exclusión desigual del derecho de suscripción preferente deben estar estricta y particularmente justificadas; de lo contrario, el trato desigual habrá de ser considerado *discriminatorio*(74). Como ejemplo de este trato desigual de excepción se apunta, entre otros, el de un aumento de capital con aportaciones no dinerarias, capitalización de créditos o conversión de obligaciones simples de un accionista, en el que la junta general acuerda un segundo aumento de capital dinerario con supresión del derecho de suscripción preferente del referido accionista para permitir que los demás, por medio de la suscripción de las acciones, puedan mantener inalterada su participación en el capital social(75). No es correcta, no obstante, la protección selectiva de los accionistas que no ejercieron en su momento el derecho a la suscripción preferente de obligaciones convertibles, pues cabe pensar que tal protección perjudicaría a los accionistas que sí participaron en la financiación de la sociedad mediante la suscripción de las obligaciones(76).

Los requisitos procedimentales serán objeto de atención más detenida cuando se aborde el problema de la autoría del tipo del art. 293 CP, por ello, ahora solo cabe mención de su exhaustividad y complejidad, destacando, para las sociedades anónimas, la necesidad de un informe evacuado por un experto independiente, que complemente el informe de los administradores, y que consigne: el valor razonable de las acciones en la sociedad, el valor teórico del derecho de preferencia que se propone suprimir («valor que informa a los accionistas directa-

(71) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, p. 825.

(72) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, p. 825.

(73) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, pp. 305-306.

(74) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, p. 304 y pp. 308-309.

(75) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 307.

(76) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, pp. 307-308, nota 428.

mente sobre la dilución que van a sufrir»(77) y la razonabilidad de los datos contenidos en el informe de los administradores.

Los requisitos sustantivos son dos: que la exclusión venga exigida por el interés social y que el valor nominal de las nuevas acciones – más, en su caso, el importe de la prima– se corresponda con el valor razonable que resulte del informe del experto independiente.

2.1.1 INTERÉS SOCIAL

En su función habitual, el interés social actúa como límite negativo de las decisiones de los órganos sociales. Todas las actuaciones que realiza la sociedad a través de sus órganos deben ajustarse al interés social, sin necesidad de que la LSC lo especifique en cada regulación concreta. Su principal expresión normativa se encuentra en la anulabilidad de los acuerdos de la junta general que lo lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros (art. 204.1 LSC)(78).

No obstante, el régimen legal de la exclusión del derecho de suscripción preferente presenta la particularidad de que prevé de forma expresa la concurrencia de un interés social que exija la operación. La exclusión de este derecho supone para el antiguo accionista una dilución de su participación social que se manifiesta en dos vertientes: la patrimonial y la administrativa. Se trata de una de las injerencias más importantes en la posición jurídica del socio. Por ello, el interés social se constituye aquí como un presupuesto de hecho legitimador y no como un mero límite negativo. El nacimiento del derecho a favor de los accionistas es la regla general, mientras que la excepción, su exclusión mediante acuerdo de la junta general, solo se puede justificar en aras de un interés social, cuya efectiva concurrencia debe comprobarse previamente(79).

La exigencia del interés social como presupuesto de hecho legitimador del acuerdo repercute sobre el régimen de impugnación aplicable. En tanto el interés social como límite negativo al ámbito de discrecionalidad de la junta general opera como causa de anulabilidad, en nuestro caso, su ausencia actúa como causa de nulidad, sin que sea necesario demostrar el daño a la sociedad o el beneficio particular obtenido por determinados accionistas o terceros(80).

(77) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 69.

(78) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, pp. 112-113.

(79) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, pp. 113-114. *Vid.* STS 183/2009, de 27 de marzo.

(80) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, pp. 116-117, con numerosas referencias doctrinales.

El empleo del verbo «exigir» caracteriza la relación entre el interés social y la exclusión del derecho e indica que debe revestir una particular intensidad. Así, no es suficiente que el aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente sea neutro para el interés de la sociedad. Ni siquiera el hecho de poder obtener más capital del necesario, o de conseguirlo de forma más rápida o barata, constituyen fines y justificaciones suficientes: este provecho deberá aplicarse a una determinada utilidad que suponga, a su vez, un concreto beneficio adicional para la sociedad(81).

La exclusión del derecho de suscripción preferente, en su relación con el interés social, debe cumplir los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad(82).

En último término, «lo que se contrapone es el interés directo de los accionistas en mantener inalterada su cuota de participación en la sociedad y el interés de los accionistas en obtener un beneficio –en este caso, indirecto– consistente en una mejorada explotación empresarial a raíz de la satisfacción de la finalidad perseguida con el aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente»(83).

A efectos prácticos, resulta de la mayor relevancia el hecho de que, en los aumentos de capital con aportaciones dinerarias, la exclusión del derecho de suscripción preferente solo será necesaria en aquellas operaciones en las que lo determinante no sea la captación de nuevos recursos dinerarios sino la entrada de uno o varios terceros en la sociedad, pues si solo se persigue la financiación de la sociedad, y en tanto se trata de un bien perfectamente fungible, resulta muy difícil justificar por qué se prefiere el dinero de terceros al dinero de los propios accionistas(84).

El control del cumplimiento de este requisito consta de tres fases.

a) En la primera, los administradores deben constatar y argumentar la concurrencia del interés social al formular la propuesta del acuerdo, pues no cabe concebir una justificación de la propuesta que no refleje el interés social en realizar la operación(85). A tal efecto, les compete el examen previo de la adecuación, la necesidad (o conveniencia) y la proporcionalidad de la medida. Se entiende que ha sido una ponderación detenida y ecuaníme de las diversas circunstancias concurrentes la que les ha llevado a proponer a la junta general la

(81) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, pp. 121-124.

(82) Con detalle, GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, pp. 124-130.

(83) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 128.

(84) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, pp. 125-126, nota 81, con diversas referencias doctrinales.

(85) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 115.

adopción de un acuerdo en el que se postergan los intereses individuales de los accionistas en favor del interés de la sociedad(86).

b) En la segunda fase, «se produce un control individual por parte de cada accionista y por la junta general en su conjunto»(87). Ha de observarse que si el aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente constituye una medida absolutamente necesaria para satisfacer el interés social, la habilitación conferida a la junta deja de ser una competencia facultativa sometida a condición y se convierte en la obligación de adoptar el acuerdo por exigencias del interés social como límite negativo, pues sería contradictorio que, en los casos en los que el legislador ha pretendido reforzar la protección de los accionistas exigiendo la expresa concurrencia de un interés social como presupuesto de hecho legitimador, este dejase de actuar como límite negativo de la actuación de los órganos sociales y se permitiese la adopción de acuerdos abiertamente contrarios al interés social(88).

La consecuencia anterior se suaviza, no obstante, si se defiende un nexo causal más laxo entre exclusión del derecho y obtención del fin social, basado, no en la estricta necesidad, sino en una relación de conveniencia, con diversas alternativas, respecto de las que la junta dispondría de un ámbito de discrecionalidad más amplio(89). Pero en tanto el interés social sigue actuando siempre como límite negativo, no se puede descartar la aparición de algún supuesto sin alternativas en el que la junta perdiese sus facultades discrecionales.

Ahora bien, si se considera que los intereses individuales de los accionistas en cuanto tales también son una manifestación del interés social, la junta general siempre tendrá, al menos, dos alternativas entre las que elegir: el aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente y el interés de los accionistas en mantener inalterada su participación social. «Por lo que, con independencia del resultado de la votación –aprobanda o rechazando la propuesta formulada por los administradores– el acuerdo será conforme al interés social»(90).

Esta última interpretación del interés social es criticada, sin embargo, incluso por parte de la doctrina contractualista: el interés social no es el de los accionistas individualmente considerados, sino el común a todos ellos, el cual, a modo de cláusula general, permite integrar la relación contractual para resolver los conflictos en cada

(86) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 129.

(87) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 130.

(88) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 133.

(89) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 133.

(90) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 136.

caso concreto(91). De acuerdo con esta postura, si no hay otras alternativas igualmente válidas o justificadas, la junta *deberá* excluir el derecho de preferencia; si bien, esta circunstancia solo se dará en casos muy específicos(92). Con carácter general, debe considerarse que el requisito material relativo al interés social se cumple cuando la sociedad justifique la mayor razonabilidad o conveniencia de la supresión del derecho de suscripción preferente para alcanzar un objetivo determinado, sin que sea necesario que dicha medida sea la única alternativa posible(93).

A diferencia de los administradores, obligados a promover el interés de la sociedad por encima de sus intereses personales, los socios no representan ningún interés distinto del suyo propio, y pueden votar como consideren oportuno en uso de su autonomía privada y derecho de propiedad, más allá de una relación de supuestos exhaustiva o *numerus clausus* que no puede extenderse por vía interpretativa a casos distintos de los expresamente previstos en la LSC(94).

Pero sí caben, pese a lo anterior, otras reacciones contra eventuales hipótesis de conflicto de interés de los socios en las que estos impongan con su voto una decisión incompatible con el interés social, pues el correspondiente acuerdo puede ser impugnado a posteriori, aunque, sin violar propiamente la Ley o los estatutos, implique una lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de un tercero (art. 204. 1. LSC). Se entiende que la lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. El acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios (art. 204. 1.II. LSC).

Un ejemplo de acuerdo abusivo que lesiona el interés social sin daño alguno al patrimonio social es el acuerdo de aumento de capital

(91) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, p. 529, con numerosas referencias jurisprudenciales, entre otras, STS de 12 de abril de 2007.

(92) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, p. 824.

(93) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, p. 609.

(94) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, pp. 543-544. No hay que olvidar, no obstante, que en la sociedad anónima los estatutos podrán fijar con carácter general el número máximo de votos que pueden emitir un mismo accionista, las sociedades pertenecientes a un mismo grupo o quienes actúen de forma concertada con los anteriores (art. 188.3 LSC); *vid.* VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, pp. 463-465. La doctrina considera que los posibles límites estatutarios no entran en juego si la LSC o los estatutos exigen un voto positivo de una determinada cuota de capital, ni tampoco para ejercitar los derechos de minoría, pues, de lo contrario, se frustraría la finalidad de la Ley en cada uno de esos mandatos, VALPUESTA GASTAMINZA, 2018, p. 465.

que no responde a una necesidad real de financiación de la sociedad y que tiene por finalidad devaluar la participación de los minoritarios, por ejemplo, excluyendo el derecho de preferencia para que las nuevas acciones sean suscritas por el mayoritario o con un tipo de emisión muy bajo sabiendo que los minoritarios no van a poder participar en él(95). En este caso y en otros similares, se puede provocar una tensión entre los arts. 291 y 293 CP sobre la que me detendré más adelante.

La regla de la unanimidad está prohibida en las sociedades de capital(96). La exigencia de unanimidad para acordar un aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente convertiría este derecho, consagrado por la LSC como derogable por acuerdo de la junta general (art. 308.1 LSC), en un derecho absoluto, respecto del que solo cabría la renuncia individual de cada accionista. El derecho de suscripción preferente, aunque es un derecho mínimo, no es un derecho absoluto. No es cada accionista quien ha de decidir individualmente si para dar satisfacción a un interés social renuncia a su derecho o no: no es posible sustraer del ámbito competencial de la junta general, ni del principio mayoritario, la decisión acerca de la realización de un aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente(97).

No procederá la impugnación de acuerdos basada en la incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable, por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación (art. 204.3.b LSC). De este modo, los vicios del consentimiento sufridos por los miembros del órgano individualmente considerados no perturban los efectos del acuerdo y solo serán relevantes cuando los hubieran sufrido miembros del órgano cuyos votos hayan sido decisivos para la adopción del acuerdo(98).

Este último aspecto, observado desde una perspectiva *ex ante*, es una de las bases sobre las que se puede asentar una hipotética autoría mediata de los administradores sociales, problema que se abordará más adelante cuando se estudie la autoría del tipo recogido en el art. 293 CP.

(95) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, pp. 545-547.

(96) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 297.

(97) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 299-300.

(98) ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La naturaleza jurídica de los acuerdos sociales», *Almacén de Derecho*, 14.10.2016.

El extremo más relevante de esta segunda fase es la facultad que les corresponde a los accionistas reunidos en junta de rechazar la valoración de los administradores por considerarla errónea o inadecuada. Esta discordancia se puede referir a la identificación del interés social, a la conveniencia u oportunidad de la operación, a los baremos de ponderación empleados, a la identidad de los suscriptores de las nuevas acciones o a cualquier otra circunstancia determinante de la operación(99).

c) En una última tercera fase, el juez deberá comprobar que el interés social aducido no responde en verdad a intereses extrasocietarios, así como que concurren los requisitos de adecuación, necesidad o conveniencia, y proporcionalidad en la exclusión del derecho de preferencia para la obtención del fin social. El control judicial debe situarse *ex ante*, en la propuesta y en la adopción del acuerdo, y cuando se trate de previsiones o de estimaciones se limitará a verificar que se recopiló y tomó en cuenta toda la información relevante, que sobre esa base la propuesta está razonada (deber de diligencia) y que no influyeron consideraciones extrasocietarias (deber de lealtad)(100).

2.1.2 PRECIO DE EMISIÓN

Cuando el valor razonable de las acciones de la sociedad sea superior a su valor nominal, la sociedad tendrá que emitir las nuevas acciones con la prima necesaria para que el precio de emisión equivalga al valor razonable de las antiguas acciones(101). Si el patrimonio y la cifra de capital de la sociedad se incrementan de forma proporcional, el aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente no implicará una dilución económica de la participación social de los antiguos accionistas; por el contrario, una desproporción entre el valor razonable y el valor de emisión produce una redistribución del patrimonio de la sociedad entre los antiguos y los nuevos accionistas, redistribución que ha llegado a ser calificada de «subvención cruzada» en detrimento de los antiguos accionistas cuyo derecho de suscripción preferente ha sido excluido(102).

La emisión de acciones con prima supone que el suscriptor va a pagar no solo el valor nominal, sino también un sobreprecio o prima de emisión(103).

(99) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 136.

(100) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, pp. 129-130; en particular, nota 87.

(101) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 137.

(102) GARCÍA GREWE, 2014, p. 137; en particular, nota 100.

(103) VALPUESTA GASTAMINZA, 2018, p. 795. A diferencia de lo que ocurre con el valor nominal de las acciones, respecto de las que cabe un desembolso apla-

Cuando una sociedad se constituye, lo ordinario es emitir acciones sin prima, pues con la aportación de la cifra nominal –y con independencia del régimen de desembolso–, el valor del patrimonio y la cifra de capital coinciden. Pero si al cabo de unos años la sociedad ha incrementado su patrimonio, lo lógico será que los nuevos socios paguen el valor patrimonial real de cada acción, superior al valor nominal en proporción al incremento del patrimonio social. «Si no se cobrara una prima, y entraran en la sociedad socios distintos a los que ya estaban, sería como “regalarles” una parte de las reservas, en perjuicio de los que ya eran socios, que verían cómo nuevas personas van a participar de esas reservas pagando una cantidad muy inferior al valor del derecho que adquieren»(104). Sánchez Andrés emplea el correcto y expresivo término «confiscación» de los derechos de los accionistas para los supuestos en los que no se garantiza la obtención del valor real(105).

Cuando se mantiene el derecho de suscripción preferente, sí parece admisible que el patrimonio social no se incremente de forma proporcional al número de acciones, pues, a pesar de que el aumento de capital genera el mismo efecto de transferencia de riqueza de las antiguas a las nuevas acciones, la Ley no le atribuye relevancia jurídica en tanto los accionistas tienen el derecho preferente a suscribirlas(106). No obstante, también se mantiene en la doctrina mercantilista la opi-

zado con el límite de una cuarta parte, la prima se desembolsa por completo en el momento de ejecución del aumento de capital. El importe de la prima se contabiliza como una reserva disponible, mientras que al capital le corresponde el valor nominal de la acción, VALPUESTA GASTAMINZA, 2018, p. 796. Esta adscripción de la prima a reservas permite comprender la amplitud de su delegación en los administradores. La ley solo obliga a emitir las nuevas acciones con prima cuando la sociedad acuerda la exclusión del derecho de suscripción preferente. Siendo la prima un sobreprecio en relación con el valor nominal, su importe no se adscribe ni forma parte del capital social, sino que queda reflejado en una cuenta separada del pasivo que, en principio, se caracteriza por ser de libre disposición para la sociedad, GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, 2020, p. 487.

(104) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, p. 795.

(105) SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «La sociedad anónima y el mercado (observaciones al paso de una reforma indebida)», *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 14, 2000, p. 42.

(106) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 138. Esta argumentación se adapta a la realidad de las sociedades cotizadas, pero, en las sociedades cerradas, la ausencia de un mercado para los derechos o las acciones determina que el socio que no puede ejercer el derecho de suscripción preferente carezca de la posibilidad de venderlo, con lo que inexorablemente verá diluidos sus intereses económicos en la sociedad. La jurisprudencia norteamericana incluso prohíbe la emisión de nuevas participaciones sociales por debajo de valor en una sociedad en la que el derecho de suscripción preferente carece de mercado, GARCÍA GREWE, 2014, p. 138-139, nota 103.

nión de que el socio que ejercite su derecho de preferencia debe pagar «un valor patrimonial equivalente al que adquiere»(107). Más allá de la discusión sobre si el socio adquiere o no con la suscripción de las nuevas acciones un patrimonio ya reflejado en la revalorización de sus antiguas acciones(108), es acertado afirmar que los acuerdos de aumento de capital con derecho de suscripción preferente también pueden suscitar problemas de protección de los accionistas minoritarios, pues cabe que su finalidad sea diluir a los minoritarios y alterar la estructura de propiedad de la sociedad. Así, por ejemplo, se podrá considerar abusivo el aumento que se realice aprovechando el momento en que un socio minoritario carece de liquidez para suscribir la acción; también podrá considerarse como exclusión *de facto* del derecho –con la importancia que esto puede tener a efectos penales– el establecimiento de un precio de emisión desorbitado a fin de desincentivar su ejercicio(109).

La emisión de nuevas acciones por el valor razonable evita la redistribución a los nuevos accionistas de la riqueza acumulada en la sociedad y, además, si el aumento de capital ha tenido un efecto beneficioso para la sociedad y esta incrementa de forma proporcional sus beneficios, el impacto sobre el derecho al dividendo –o dilución remanente– será mínimo o inexistente(110). De hecho, aunque es inevitable que los futuros dividendos que reparta la sociedad se distribuyan entre un número mayor de acciones, cabe pensar en un incremento patrimonial bruto para el socio excluido si el interés social que ha exigido el aumento de capital se traduce en una favorable explotación económica de la compañía.

No obstante, y aquí hay un dato de gran relevancia para la comprensión del tipo penal, la supresión del derecho de suscripción preferente, incluso dados todos sus requisitos legales, siempre representa una dilución en los derechos políticos que les corresponden a los socios(111). En tanto esto es así, y más si cabe si se acepta una interpretación de las atribuciones de la junta general que obligue a la adopción del acuerdo en caso de relación de necesidad absoluta entre exclusión del derecho e interés social, la *ratio legis* del art. 293 CP, al margen –como se verá más adelante– del tipo de acuerdos abusivos y

(107) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, p. 795.

(108) No es indiscutible que el socio deba pagar una prima en la ampliación, pues ya tiene un interés legítimo en el incremento patrimonial reflejado en la revalorización de sus acciones.

(109) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 138, nota 102. A este respecto, véase Bajo, Bacigalupo, *op. cit.*, 2001, p. 630.

(110) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 140, nota 106.

(111) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 140.

de otras formas típicas de obstrucción del derecho de suscripción preferente de acciones, ha de buscarse fuera de la protección de los derechos políticos. El núcleo de la protección penal del derecho de suscripción preferente de acciones es la protección del derecho de los socios a su participación en el patrimonio social.

Como consecuencia del aumento de capital sin derecho de suscripción preferente los socios van a sufrir una inexorable dilución en sus derechos políticos. Con la exigencia del valor razonable como tipo de emisión no se trata de compensar al socio por la pérdida de los derechos políticos, sino de respetar la neutralidad en el plano patrimonial respecto de los antiguos accionistas(112). Junto con la cláusula del interés social, el valor razonable es el específico instrumento de protección de aquellos que pueden ver comprometidas sus expectativas de adecuada participación en los rendimientos futuros de la sociedad(113).

Los derechos de preferencia, como regla general, comparten con el derecho de voto –a salvo las acciones sin voto y una posible acción futura de lealtad– la prohibición expresa de desigualdades y privilegios, allí en la proporcionalidad entre valor nominal y derecho de voto, y aquí en relación con posibles desigualdades en la suscripción de nuevas acciones. Tampoco cabe admitir posibles desigualdades en relación con el derecho de asignación gratuita de las nuevas acciones o participaciones en caso de aumento de capital con cargo a reservas, pues, como se ha visto más arriba, este aumento se traduce en una simple transformación de reservas o beneficios que figuran en el patrimonio social y que, como tales, se integraban ya en la posición económica de los socios(114).

La LSC alude al valor real respecto de las participaciones en la SRL y al valor razonable respecto de las acciones en la SA. Así, el art. 308.2 exige que el valor nominal de las nuevas participaciones, más, en su caso, el importe de la prima, se corresponda con el valor real atribuido a las participaciones en el informe de los administradores en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada. En cuanto a la sociedad anónima –art. 308.2–, remite al informe del experto independiente, quien ha de determinar el valor razonable de las acciones de la sociedad.

(112) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, pp. 165-166.

(113) ROJO, A., «Prólogo al libro de GARCÍA GREWE, C., *El derecho de suscripción preferente. Exclusión, inexistencia y configuración estatutaria*», Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2014, p. 21.

(114) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, pp. 491; ALFARO ÁGUILA-REAL, 23.1.2020.

No es posible aislar un motivo que justifique el empleo de uno u otro criterio en los diversos preceptos de la LSC en que ello ocurre, pues todos los casos responden a la misma finalidad de ofrecer en último término una garantía patrimonial(115). La ley se sirve para ello indistintamente de las expresiones «valor real» y «valor razonable». «La adopción del concepto de “valor razonable” no constituye un cambio en la sustancia. Aunque sí incrementa la seguridad jurídica, al tratarse de un concepto técnico, objetivado a través de normas que desarrollan este criterio de valoración, así como los métodos para hallarlo»(116).

No deben confundirse las nociones de «valor razonable» y «valor neto patrimonial». El hecho de que, en las sociedades no cotizadas, a falta de un valor de mercado, ambos valores puedan coincidir –por el necesario recurso a la información contable de la sociedad para determinar el valor razonable–, no significa que de tal coincidencia se pueda extraer una regla general; por el contrario, se trata de dos valores esencialmente distintos para cuya determinación los auditores aplicarán métodos también diferentes(117).

El valor razonable es el precio de transacción que acordarían libre y voluntariamente partes interesadas e informadas(118). Su determinación se basa necesariamente en estimaciones; además de a las normas técnicas propias de la auditoría de cuentas, el auditor deberá atender a la finalidad tuitiva de la norma societaria que exige la valoración(119).

El valor razonable es el mejor indicador del auténtico valor económico de las acciones, pues refleja los derechos que indirectamente corresponden a cada acción sobre el patrimonio de la sociedad de acuerdo con las reservas latentes y las expectativas o rendimientos esperados de la actividad social(120). Por el contrario, el valor neto patrimonial de una empresa –o valor contable– lo da el activo menos

(115) GARCÍA GREWE, 2014, pp. 155-156; en particular, véase la nota 133 para comprobar las diversas referencias de la LSC a un criterio u otro.

(116) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 157; para la determinación contable del valor razonable, véase GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, pp. 161-165. El término «valor razonable» es la traducción de la noción anglosajona *fair value* y debe enmarcarse en el proceso internacional de armonización contable que se estaba desarrollando cuando se redactó la disposición adicional 9.^a de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, con la que el «valor real» pasaba a ser valor «razonable», GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, pp. 67-70.

(117) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 114.

(118) ROJO, *op. cit.*, 2014, p. 21.

(119) ROJO, *op. cit.*, 2014, p. 21.

(120) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, p. 486.

el pasivo exigible, de modo que el valor neto patrimonial de una acción es dicha cifra dividida por el número de acciones. El valor neto patrimonial de la sociedad y el valor teórico-contable por acción se corresponden con el valor contable o en libros(121). El valor contable puede servir como orientación para la inversión en acciones cuyo precio de cotización sea inferior a dicho valor contable sin causa que lo justifique o, justo, al contrario, para advertir de la sobrevaloración de una compañía cuando, por ejemplo, sale a bolsa con un significativo descuento respecto del valor en libros de sus fondos propios. Sin embargo, no atiende a «la sociedad como empresa en funcionamiento con capacidad para generar ganancias en el futuro»(122).

2.1.3 SOCIEDADES COTIZADAS

El régimen de exclusión del derecho de suscripción preferente de acciones es más laxo en las sociedades cotizadas que en las cerradas. La LSC presume, *iuris tantum*, que el valor de mercado en las sociedades cotizadas es el valor razonable, pero admite, sin destruir la presunción, precios de emisión de las nuevas acciones inferiores al valor razonable con el límite del valor neto patrimonial de las antiguas acciones (art. 505 LSC)(123). Salvo que se justifique lo contrario, se presumirá valor de mercado el que se establezca por referencia a la cotización bursátil (art. 504.2 LSC).

La junta general de accionistas de la sociedad cotizada, una vez que disponga del informe de los administradores y del informe del experto independiente requeridos por el artículo 308 LSC, podrá acordar la emisión de nuevas acciones a cualquier precio, siempre que sea superior al valor neto patrimonial que resulte del informe del auditor (art. 505.1 LSC). En el caso de sociedades cotizadas que sean dominantes de un grupo de empresas, el valor neto patrimonial se determinará conforme a los datos que para la sociedad se deriven de la contabilidad consolidada del grupo (art. 505.4).

La conformidad de la regulación del precio de emisión de las nuevas acciones en las sociedades cotizadas con el Derecho comunitario ha sido confirmada por Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera), de 18 de diciembre de 2008, en el asunto C-338/06, Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España (DOCE 44, de 21 de febrero de 2009, p. 4)(124).

(121) Vid. GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 174, nota 166.

(122) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, p. 486.

(123) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 173.

(124) GARCÍA GREWE, 2014, p. 173, nota 164.

La especialidad de las sociedades cotizadas consiste, por lo tanto, en la posibilidad de emitir las acciones con un descuento sobre el valor razonable. En estas sociedades se matiza la exigencia general de que las nuevas acciones se emitan por su valor razonable, al permitirse la emisión de las nuevas acciones a cualquier precio, siempre que sea superior al valor neto patrimonial o valor contable de la acción(125). Con ello se impide a las sociedades cotizadas cuyo valor de mercado en un determinado momento sea inferior a su valor neto patrimonial la realización de aumentos de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente(126).

El motivo principal de esta particularidad se suele encontrar en la necesidad de facilitar la colocación del aumento de capital en el mercado(127). También se alude a la facilidad para adquirir títulos en el mercado, así como a la menor entidad real de los derechos políticos, al ser muy pocos los socios con una participación significativa que quieran mantenerla(128). En las sociedades cotizadas, los accionistas disponen en todo momento de la posibilidad de reconstruir o de incrementar su participación comprando en bolsa y, además, a un precio fijado objetivamente por el mercado(129).

La norma, no obstante, no ha acotado el supuesto de hecho, omitiendo la expresa referencia a los aumentos de capital que se dirijan al mercado. Esto significa que se podrán aplicar descuentos sobre el valor razonable, siempre que los administradores lo justifiquen y el auditor lo verifique –pues, como señala el art. 504.1 LSC, es de aplicación el régimen general de exclusión del derecho–, aunque el aumento no se encuentre dirigido al mercado sino a dar entrada a determinados terceros en la sociedad(130).

Parte de la doctrina mercantilista discute la estrechez de esta regla, pues, una vez afirmada la concurrencia del interés social, es perfectamente posible imaginar que ese mismo interés social pueda servir para justificar un precio de emisión inferior al valor razonable de las antiguas acciones en las sociedades no cotizadas. En estos casos el interés social vendrá dado por la identidad de los destinatarios de las nuevas acciones: cabe pensar en la entrada de un tercero como socio estratégico, o como socio dispuesto a realizar el saneamiento de la sociedad, o en la entrada

(125) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, pp. 610-611.

(126) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 68.

(127) ARIAS VARONA, F. J., «Sociedades de capital (X): las sociedades cotizadas», *Derecho de sociedades*, ALONSO LEDESMA, C. (Dir.), FERNÁNDEZ TORRES, I. (Coord.), 3.^a ed., Atelier, Barcelona, 2017, p. 400.

(128) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, p. 814.

(129) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2019, p. 610.

(130) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, pp. 175-176.

de los empleados en el capital de la sociedad. En estos supuestos, la naturaleza cotizada o no de la sociedad es irrelevante(131).

En este punto se plantea un muy interesante debate doctrinal que aporta propuestas de *lege ferenda*(132) o una interpretación del valor razonable como valor máximo que se puede obtener en el mercado sin poner en peligro la operación(133).

No obstante, lo anterior, y sin que desde el punto de vista del interés social se justifique un diferente régimen legal, pues las razones para emitir con un descuento pueden presentarse tanto en las sociedades cotizadas como en las no cotizadas, parece cierto que la LSC solo admite la emisión de nuevas acciones sin derecho de suscripción preferente por un precio inferior al valor razonable en las sociedades cotizadas(134). Esta última afirmación es muy relevante a efectos penales, en tanto «*del régimen común de la exclusión del derecho de suscripción preferente se desprende con claridad que el interés social y el precio de emisión son requisitos acumulativos, yuxtapuestos e independientes*»(135). El valor razonable de las antiguas acciones como precio de emisión no se configura por la LSC como un requisito flexible ni sujeto a oscilaciones según lo exija el interés social de la operación(136).

III. CONDUCTA TÍPICA

Los verbos que constituyen alternativamente el núcleo del tipo del art. 293 CP son negar e impedir: el primero requiere simplemente de un acto positivo denegatorio, mientras que el segundo debe ser interpretado como una modalidad de causación(137). La modalidad consistente en «negar» da lugar a un tipo de mera actividad, que requiere simplemente de un acto positivo de denegación(138). Negar

(131) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, pp. 175-178, con diversas referencias doctrinales.

(132) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, pp. 179-182.

(133) ALFARO ÁGUILA-REAL, *op. cit.*, 1995, p. 109.

(134) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 178.

(135) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 178 (cursivas añadidas).

(136) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 178.

(137) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.*, 2019, p. 558.

(138) FARALDO CABANA, *op. cit.*, 2015, p. 289; *vid.* MORENO CÁNOVES, A. y RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, Edijus, Zaragoza, 1996, p. 306. Para la interpretación de la expresión «sin causa legal», véase FARALDO CABANA, 2015, pp. 292-295. «La expresión “sin causa legal” constituye un elemento normativo jurídico del tipo que hace referencia a la legalidad o ilegalidad global, teniendo en cuenta todo

el derecho supone negar la existencia de la facultad a ejercitarlo; impedir su ejercicio implica no poder ejercitar la facultad que el derecho reconoce(139).

La conducta típica consiste en negar o impedir (tipo mixto alternativo) a un socio el ejercicio de determinados derechos, que vendrán a constituir el objeto sobre el cual recae la acción(140). Impedir se puede interpretar como en el delito de coacciones, esto es, como imposibilitar hacer algo; consiste, por lo tanto, en un delito de resultado(141). En cambio, negar da lugar a un tipo de mera actividad (STS 1953/2002, de 26 de noviembre), que consiste en dejar de reconocer una cosa o en no admitir su existencia(142).

En el apartado dedicado a la conducta típica –junto con una hipotética exigencia del ejercicio de las acciones de impugnación de los acuerdos sociales previstas en la LSC como requisito previo para la integración del tipo penal(143)– se encuentra quizás el principal frente de batalla que el art. 293 del CP libra con la normativa extrapenal para encontrar un ámbito material propio que lo aleje del mero ilícito formal(144).

el Ordenamiento jurídico. Su presencia es necesaria ya que de no existir se equipararían supuestos muy distintos, lo que menoscabaría la función selectiva del tipo», FARALDO CABANA, 2019, p. 1199.

(139) SUÁREZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, 1998, p. 585.

(140) ROCA AGAPITO, L., «Delitos societarios», *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 736.

(141) ROCA AGAPITO, *op. cit.*, 2011, p. 736.

(142) ROCA AGAPITO, 2011, p. 736.

(143) Muy crítica a este respecto, FARALDO CABANA, *op. cit.*, 2015, pp. 307-308, con diversas referencias jurisprudenciales. Respecto del agotamiento de los mecanismos societarios para el ejercicio del derecho, PASTOR MUÑOZ estima que, si bien no es convincente recurrir al principio de intervención mínima –pues su destinatario es el legislador y no el intérprete–, la eventual exigencia del agotamiento de la vía extrapenal se puede fundar en «una interpretación restrictiva de las conductas de “negación” e “impedimento” que entienda que la conducta no concurre cuando al socio no se le bloquean todas las vías legales de ejercicio del derecho», PASTOR MUÑOZ, N., «Los delitos societarios», *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Parte Especial*, SILVA SÁNCHEZ (Dir.), Atelier, 2020, pp. 381-382.

(144) Véase FARALDO CABANA, 2015, p. 306. El art. 293 pretende reforzar la protección jurídica que la propia Ley de Sociedades de Capital concede a los socios en relación con el derecho a la suscripción preferente de acciones, pero el ejercicio de este derecho está fuertemente reglamentado, de forma que solo la obstaculización no amparada legalmente puede ser subsumible en el tipo penal, pues la propia Ley de Sociedades de Capital permite algunas restricciones a su ejercicio, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 22.ª edición, con la colaboración de LÓPEZ PELEGRÍN C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 499-500. Las críticas al art. 293 CP por vulneración de los principios de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentarie-

En ocasiones, la jurisprudencia alude a la realización de reiterados actos obstruccionistas (así, STS 969/2010, de 29 de octubre); sin embargo, no parece correcto enmendarle la plana al legislador exigiendo un requisito no previsto en el tipo penal(145), más aún si se tiene en cuenta que la reiteración se descabalgó del delito tras ser recogida por los Proyectos de 1992 y 1994(146).

En un primer examen, sí parece acertado, por el contrario, exigir una actitud manifiestamente obstruccionista como base de la infracción penal.(147). Se trata de limitar la aplicación del precepto a los comportamientos más abiertamente impeditivos del ejercicio de los derechos recogidos en el tipo penal, para diferenciarlos de los supuestos en los que se discute simplemente la suficiencia del modo en que han sido atendidos los derechos de los accionistas, supuestos que están reservados al ámbito mercantil (STS 91/2013, de 13 de febrero)(148).

Sin embargo, la inconcreción de las resoluciones judiciales que tratan de ajustar la conducta típica del art. 293 CP(149), acredita que nos encontramos en un terreno muy resbaladizo, con un escaso nivel de aplicación del precepto que no responde a la inexistencia de vulneraciones de los derechos de los socios en las sociedades sino a meras dificultades y trabas interpretativas(150). Habría de quedar fuera de dudas que expresiones como «conculcación abierta» o «actitud obs-

dad son muy abundantes en la doctrina; *vid.*, por todos, REBOLLO VARGAS, R., «Función real y función simbólica de los delitos societarios», *Estudios Penales y Criminológicos XXVI*, 2006, pp. 233-234; RÍOS CORBACHO, J. M., «Algunos aspectos de la infidelidad de los órganos sociales en el Código penal», *Estudios Penales y Criminológicos XXVI*, 2006, pp. 282-284; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Artículo 293», *Comentarios al Código Penal. Tomo IX. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 273 a 304*, COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), Edersa, Madrid, 2006, pp. 538-539; CUGAT MAURI, M., «Artículo 293», *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo I*. CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M. (Dirs.), Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 1107. En alusión general a los delitos societarios, QUINTERO OLIVARES considera que el derecho penal ha seleccionado lo que supone más importante, pero esa selección es arbitraria y no se corresponde con la idea de que derecho penal es la *extrema ratio* que se reserva para los comportamientos más graves, «Delitos societarios», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N.º 12, abril-septiembre 2017, UC3M, p. 237.

(145) FARALDO CABANA, *op. cit.*, 2015, pp. 307-308.

(146) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.*, 2019, pp. 559-560.

(147) FARALDO CABANA, *op. cit.*, 2015, pp. 308-309.

(148) FARALDO CABANA, *op. cit.*, 2015, p. 309.

(149) *Vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 560; así, por ejemplo, «conculcación abierta y manifiesta» (STS 650/2003, de 9 de mayo) o «negativa abierta y manifiesta» (STS 969/2010, de 29 de octubre).

(150) FARALDO CABANA, *op. cit.*, 2015, p. 308.

truccionista» sirven de muy poco si lo que se quiere hacer es dar forma a un tipo penal; entre otras razones, porque no podemos llegar a la conclusión de que las infracciones extrapenales han de quedar circunscritas a los casos «razonablemente discutibles» (STS 650/2003) o a las «negativas no abiertas o no manifiestas» (STS 969/2010)(151).

En esta materia, como en cualquier otra, caben conculcaciones de derechos abiertas, manifiestas, pertinaces u obstinadas que no sobrepasan el correspondiente sector extrapenal porque, sencillamente, carecen de entidad material suficiente para entrar en el derecho penal. Lo contrario es una subversión del orden correcto de gradación de la responsabilidad(152). A su vez, no se pueden descartar conductas disimuladas o sinuosas sí delictivas(153). En lo que sigue, se propone una interpretación sustantiva de la conducta típica consistente en negar o impedir el ejercicio del derecho de suscripción preferente de acciones.

3.1 Fases del derecho de suscripción preferente de acciones

La LSC reconoce el derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital con emisión de nuevas acciones contra aportaciones dinerarias sin cumplimiento de requisito adicional alguno: «En los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones

(151) Para una detallada revisión jurisprudencial, *vid.* FARALDO CABANA, 2019, pp. 1202-1205.

(152) En relación con el art. 293 CP, la absoluta despreocupación del legislador por graduar de forma progresiva la intensidad de la respuesta jurídica y por integrar armónicamente los instrumentos penales con los existentes en el terreno mercantil no puede suscitar más que serios reparos, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, reimpresión, 2000, p. 84. En opinión de ROCA AGAPITO, la doctrina mayoritaria califica con razón de injustificada la intervención penal para castigar este tipo de conductas obstaculizadoras de los derechos de los socios, pues las conductas incriminadas no son más que un simple ilícito mercantil elevado a la categoría de delito, con lo que deviene necesaria una interpretación restrictiva del art. 293 CP que defina su ámbito de aplicación de acuerdo con el principio de intervención mínima, y ello a través del triple filtro fijado por las STSS 650/2003, de 9 de mayo, y 1351/2009, de 22 de diciembre: ámbito del objeto material del delito, conducta típica y elemento normativo, ROCA AGAPITO, *op. cit.*, 2011, p. 735.

(153) Como señala acertadamente PASTOR MUÑOZ, la exclusión del ámbito de aplicación del art. 293 CP de los casos de incumplimiento parcial es discutible, en la medida en que, por ejemplo, una información incompleta puede resultar tan inútil como la falta total de información, PASTOR MUÑOZ, N., «Delitos societarios», *Memento Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, AYALA GÓMEZ, I., ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coords.), Lefebvre, Madrid, 2016, marginal 6570.

sociales o de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, con cargo a aportaciones dinerarias, cada socio tendrá derecho a asumir un número de participaciones sociales o de suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que posea» (art. 304.1 LSC).

El APCM de 2018 prevé extender el ámbito objetivo de aplicación de este derecho al suprimir del enunciado del nuevo precepto (art. 252-11.1) la referencia a las aportaciones dinerarias, con lo que la suscripción preferente de acciones llegaría también a las ampliaciones de capital con aportaciones no dinerarias y a la compensación de créditos, y ello con la correspondiente y automática ampliación del tipo penal recogido en el art. 293 CP.

El derecho nace con el acuerdo de aumento de capital y es un derecho subjetivo, es decir, un derecho del socio como tercero que pasa a formar parte de su esfera jurídica individual y que, por lo tanto, ya no puede ser suprimido o limitado por un acuerdo mayoritario de la junta general(154). En tanto el derecho «nace automáticamente con y en el acuerdo de aumento de capital», no es posible concebir su exclusión en un momento posterior(155). La exclusión del derecho es la exclusión del nacimiento del derecho y debe producirse en el mismo acuerdo de aumento de capital (así lo explicita el art. 308.1 LSC). Sin este acuerdo de exclusión del derecho de suscripción preferente de acciones en el mismo acuerdo de aumento de capital, ningún órgano de la sociedad puede «suprimir, limitar o impedir el ejercicio de las facultades que el derecho otorga a los accionistas»(156). En tanto está abierto el período de suscripción, «la sociedad queda sujeta a un deber absoluto de pasividad, debe respetar las decisiones que sobre su derecho tome cada accionista, sin posibilidad de intervenir en modo alguno. Cualquier injerencia posterior por parte de la sociedad, constituiría una vulneración ilícita del derecho de suscripción preferente del accionista»(157).

A efectos penales, nos encontramos con situaciones muy diversas:

a) Inexistencia del derecho de suscripción preferente de acciones: en todo caso de aumento de capital diferente del aumento con cargo a aportaciones dinerarias (aportaciones no dinerarias, compensación de créditos, absorción de otra sociedad o conversión de obligaciones en acciones, y con las salvedades apuntadas respecto del APCM de 2018). En el aumento de capital con cargo a reservas o beneficios y emisión de nuevas acciones, en el que cantidades suscep-

(154) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 43.

(155) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 44.

(156) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 44.

(157) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 45.

tibles de ser repartidas como dividendos pasan a ser indisponibles, la entrega de estas nuevas acciones a los socios es gratuita, configurando el denominado «derecho de asignación gratuita», que corresponde a todo socio, incluido el accionista moroso, y que debe ser satisfecho de oficio por la sociedad sin posibilidad ninguna de variación o limitación estatutaria o posterior, y que no está sujeto a caducidad(158).

En ninguno de los supuestos mencionados es posible la intervención del derecho penal: respecto de la inexistencia del derecho porque no hay nada que proteger, y respecto del derecho de asignación gratuita porque el legislador ha decidido dejarlo fuera del tipo penal por razones difíciles de penetrar, habida cuenta de que su negación constituye una simple expropiación de los derechos patrimoniales del socio sobre la cantidad que ha pasado a capital.

b) Negación del derecho de suscripción preferente de acciones en los aumentos de capital con cargo a aportaciones dinerarias. La LSC exige dos requisitos materiales imperativos para la adopción válida de esta exclusión: el interés social y el precio de emisión de las nuevas acciones. Este precio de emisión se corresponderá con el valor razonable de las antiguas acciones en las sociedades no cotizadas (art. 308.2 LSC) y habrá de ser superior a su valor neto patrimonial en las sociedades cotizadas (art. 505 LSC). Todo esto ha sido atendido en el apartado dedicado al objeto material del delito, ahora solo cabe hacer mención de que en estos casos, y con las condiciones que más adelante se detallarán, sí puede haber base sustantiva suficiente para la intervención del derecho penal: precisamente, la desatención de los requisitos materiales que la Ley mercantil exige para la exclusión del derecho; y ello en el entendimiento de que si la «norma declaratoria del derecho llegara a ser violada (desconociendo la preferencia del socio cuando legalmente corresponda mantenerla), lo que habrá no es la lesión de un hipotético derecho abstracto, sino la supresión indebida o ilegítima del muy concreto derecho que correspondería a los socios en un aumento de capital comprendido dentro del ámbito de aplicación de la preferencia»(159).

(158) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, p. 807.

(159) SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «La acción y los derechos del accionista», *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M. (Dir.), T. IV, Vol. 1.º, Civitas, Madrid, 1994, pp. 219-220. Para la complejidad técnica del nacimiento y exclusión del derecho *uno actu* y la relación con las diferentes teorías sobre su naturaleza abstracta o concreta, véase GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, pp. 33-45.

c) Incumplimiento del deber de pasividad una vez nacido el derecho de suscripción preferente de acciones; deber de pasividad que, como acabamos de ver, es absoluto, quedando a salvo como vía posterior y única de revocación del derecho de suscripción preferente una revocación por la junta general del propio acuerdo de aumento de capital(160). Se puede decir que los casos aquí incardinables representan el campo natural de acción –pero no el único– del art. 293 CP.

De acuerdo con lo que se acaba de exponer, resulta necesaria una distinción en dos fases de las conductas típicas recogidas en el art. 293 CP:

1.^a) Aumento de capital con exclusión impropia del derecho de suscripción preferente de acciones.

2.^a) Aumento de capital sin exclusión del derecho de suscripción preferente de acciones, pero con incumplimiento posterior del deber social absoluto de pasividad.

3.2 Aumento de capital sin exclusión del derecho de suscripción preferente de acciones, pero con incumplimiento posterior del deber absoluto de pasividad

A esta fase de ejecución del acuerdo de aumento de capital le corresponde, en mi opinión, la conducta típica *impeditiva* del ejercicio del derecho del socio.

Como señala con acierto Martínez Buján-Pérez, se trata de un delito de resultado, análogo al delito de coacciones(161).

Su protección penal debe ser absoluta, como lo es el deber de pasividad de la sociedad, por dos razones de gran importancia:

a) Se trata de la protección de un derecho subjetivo ya nacido, reconocido y ejercitable, respecto del que los administradores de la sociedad no tienen atribución ninguna, pues es «un derecho del *socio como tercero* que pasa a formar parte de su esfera jurídica individual»(162).

b) Salvo los rarísimos casos en los que se impida el ejercicio del derecho de suscripción preferente a todos los socios, lo que constituiría una exclusión no solo ilícita, sino encubierta, informal y extemporánea del derecho, se trata de supuestos en los que, además de los perjuicios inherentes a la imposibilidad de suscribir las nuevas

(160) Vid. GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, pp. 44-45, nota 20.

(161) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.*, 2019, p. 558.

(162) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 43 (cursivas añadidas).

acciones, se produce una *discriminación* del socio que sufre la obstrucción del administrador.

La suma de estos dos factores otorga a la conducta entidad material suficiente como para su incorporación sin matices en el art. 293 CP, con independencia de la oposición frontal o indirecta de los administradores, y sin mucho margen para la atipicidad por la existencia de dudas razonables sobre la existencia o el ejercicio del derecho. Por supuesto, a lo anterior se adicionan los demás elementos del tipo, singularmente la relación de imputación objetiva entre la conducta del administrador y el resultado típico, y el dolo típico, que incluye el conocimiento de que se actúa sin causa legal.

Hay que añadir, por último, que no se plantea en estos supuestos ningún problema significativo relacionado con el sujeto activo y la autoría del delito: se trata de un delito especial propio reducido a la esfera de acción –no competencial– de los administradores de hecho o de derecho de la sociedad(163).

3.3 Aumento de capital con exclusión improcedente del derecho de suscripción preferente de acciones

A esta fase de ejecución del acuerdo de aumento de capital le corresponde, en mi opinión, la conducta típica de *negación* del ejercicio de los derechos de los socios. Hay que hablar de fase de ejecución porque así la concibe la LSC, pues, aunque el artículo 308 vincula el acuerdo sobre la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente a la decisión de aumento del capital, este art. 308 de la LSC está incluido en la sección referida a la «ejecución del acuerdo de aumento» y no en la –inmediatamente anterior–dedicada al «acuerdo de aumento».

Muchas de las dificultades que provoca en doctrina y jurisprudencia la interpretación de este tipo penal, en lo que en concreto se refiere al derecho de suscripción preferente de acciones, proceden, a mi entender, de concentrar en un único análisis estas dos fases o supuestos de hecho tan diferentes entre sí. Además, y respecto de la exclusión del derecho como forma de negación típica del art 293 CP, cabe manifestar cierta extrañeza por la inidoneidad del sujeto activo elegido por el legislador(164).

(163) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.*, 2019, p. 560.

(164) *Vid.*, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.*, 2019, p. 557. BAJO Y BACIGALUPO estiman que no puede considerarse incluida en el art. 293 CP la conducta consistente en la adopción del acuerdo social de eliminación del derecho de suscripción

Aquí, por lo tanto, resulta imprescindible un estudio más detenido que el ofrecido para el supuesto anterior y también, y, sobre todo, una exploración de los contornos de una frontera material interna que ayude a comprender la progresión en grado de las responsabilidades mercantil y penal. También es necesario definir la relación concursal de este precepto con el art. 291 CP.

3.3.1 LESIVIDAD PENAL DE LA NEGACIÓN DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE DE ACCIONES

Conviene hacer en este punto una nueva separación de los principales supuestos de hecho imaginables(165):

a) No hay interés social, pero se emiten las nuevas acciones por el valor razonable de las antiguas: se pierden derechos políticos y disminuye el porcentaje futuro sobre la cifra total de dividendos, pero no hay una expropiación de parte del valor de la acción preexistente. Se trata de un problema ajeno al art. 293 CP(166).

b) Hay interés social en la operación con suscriptores externos determinados, pero se emiten las acciones por un valor inferior al exigido por la LSC: se produce una inmediata pérdida patrimonial pero el interés social actúa como una expectativa razonable respecto de un futuro aumento bruto de los dividendos o la cuota de liquidación. Es estricta materia mercantil(167).

preferente para todos los socios, si bien podría incluirse en el tipo una restricción parcial referida a determinados socios, por ejemplo, a los titulares de acciones de la misma clase; por lo tanto, la eliminación de este derecho mediante acuerdo social, como regla general, solo será punible si se reúnen los requisitos exigidos por los arts. 291 o 292, BAJO y BACIGALUPO, 2001, p. 630.

(165) No se debe desatender que, en su literalidad, el art. 293 CP amenaza con una pena criminal la ejecución de conductas que materialmente pueden incluso no llegar a comportar la exigencia de una responsabilidad extrapenal, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 552. Respecto de las leyes penales en blanco, se debe considerar que la norma extrapenal de complemento es extraña de su contexto originario y pasa a integrarse en un marco sistemático y teleológico diverso: el específico del tipo de delito; de modo que la conducta infractora de la norma extrapenal que no conlleve lesividad para el bien jurídico-penal objeto de protección en el tipo no puede ser considerada típica en ningún caso, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2.ª edición, Edisofer-B de F, Madrid, Montevideo-Buenos Aires, 2016, p. 66.

(166) Y a salvo de lo que se dirá sobre el art. 291 CP.

(167) El art. 29.4. de la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, como norma de mínimos, solamente indica a este respecto que el órgano de administración deberá presentar a la junta general un informe escrito que justifique el precio de emisión propuesto.

c) No hay interés social y las acciones se emiten por un valor inferior al exigido por la LSC: aquí sí debe entrar el art. 293 CP. La tipicidad del art. 293 CP debe quedar restringida a los casos de negación injustificada del derecho de preferencia con emisión por debajo del valor razonable en las sociedades no cotizadas o por debajo del valor neto patrimonial en las cotizadas. En estos supuestos se producen todos los daños para el socio: disminución, en el plano político, de su capacidad de influencia en la sociedad; disminución, en el plano patrimonial, del porcentaje que obtendrá en el futuro sobre la cifra total de dividendos; dilución del porcentaje de su participación en el patrimonio de la sociedad. Como se trata de supuestos en los que, por definición, el interés social no exige la exclusión del derecho –pues el art. 293 CP alude a una ausencia de causa legal–, se puede afirmar que el accionista *carece de una expectativa razonable de compensación de sus pérdidas relativas de posición con una elevación de los dividendos netos futuros propiciada por una optimización de los recursos sociales*. El tipo así concebido da cuenta de las conductas más graves y se funda en un peligro concreto de pérdida patrimonial sin compensación previsible(168).

Las palabras confiscación o expropiación son gráficas y precisas. Un acuerdo de exclusión por debajo del valor razonable y sin interés social es una expropiación patrimonial de los accionistas excluidos en favor de los nuevos suscriptores. Así, por ejemplo, tomemos un capital de 60.000 euros divididos en 60.000 acciones de 1 euro con un patrimonio neto social de 120.000 euros. Si hay tres socios antiguos con 20.000 acciones cada uno y si la ampliación de capital para un determinado nuevo socio se hace por 20.000 nuevas acciones cuyo valor nominal se gira sobre el valor nominal de las antiguas acciones (1 euro) y no sobre su valor razonable (2 euros)(169), el nuevo socio aportará 20.000 euros e inmediatamente tendrá una participación del 25% en el patrimonio social (35.000 euros)(170). Cada antiguo socio

(168) Además, debe considerarse que un trato desigual a accionistas que se encuentran en una misma situación no es discriminatorio tan solo si se encuentra adecuadamente justificado en razón del interés social. Únicamente el interés social puede justificar la inaplicación del principio de igualdad de trato, GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 304.

(169) Aceptando, para simplificar, que aquí coinciden valor razonable y valor neto patrimonial.

(170) Si, en nuestro ejemplo, la ampliación se hace sobre el valor razonable, el nuevo socio aporta 40.000 euros, el patrimonio social se eleva a 160.000 euros y cada antiguo socio mantiene su 25% en el patrimonio social (40.000 euros). Todo ello, por supuesto, con independencia de la función de retención del capital y del porcentaje de participación de cada socio en él.

habrá sufrido una expropiación de 5.000 euros. Si esta operación no está aconsejada por el interés social y, en consecuencia, no hay perspectiva de crecimiento, el trasvase patrimonial en detrimento de los antiguos socios se asemeja a los delitos clásicos de desplazamiento posesorio.

La pregunta que inmediatamente sale aquí al paso es la de por qué los antiguos socios van a votar en junta general un expolio de estas características. Me remito a lo que diré más adelante sobre la autoría en estos supuestos.

Pero sí es preciso hacer ahora dos apreciaciones:

1.^a La regla de la discrecionalidad empresarial desempeña un relevante papel en la estimación del interés social.

El deber de diligencia de los administradores sociales se condensa en la necesidad de que actúen «con la diligencia de un ordenado empresario» (art. 225.1 LSC). Se trata de un «estándar jurídico que alude al nivel de dedicación, de competencia, de previsión y de conocimientos que requiere la gestión de cualquier empresa [...]». El deber de diligencia se relaciona con la creación o maximización de valor, por la condición de los administradores como gestores de un patrimonio ajeno»(171). La regla más relevante en materia de diligencia es la relativa a la protección de la discrecionalidad empresarial, de aplicación a los actos de gestión de la sociedad: decisiones estratégicas y de negocio como inversiones, adquisiciones, o nuevos productos o servicios(172). «Siempre que se cumplan determinados presupuestos, estas decisiones se presumen congruentes con el estándar legal del ordenado empresario. Por tanto, aunque con el tiempo se revelen como erróneas y hasta ruinosas para la sociedad, no pueden considerarse como negligentes ni, en consecuencia, fundamentar responsabilidad alguna de los administradores»(173). Los presupuestos que permiten la aplicación de esta regla están formulados en el art. 226.1 LSC: (i) el administrador debe haber actuado con información suficiente, cuya obtención constituye un deber (art. 225 LSC); (ii) el administrador debe actuar de conformidad con las reglas societarias que regulan el proceso de toma de decisiones; y (iii) el administrador debe actuar de buena fe y sin interés personal. Esta regla de protección pretende evitar que un régimen severo de responsabilidad por negligencia opere como un freno a la asunción de riesgos que es propia de cualquier actividad empresarial(174). «Esta circunstancia se ve realizada consi-

(171) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, p. 568.

(172) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, pp. 568-569.

(173) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, p. 568.

(174) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, p. 569.

derando las dificultades que suelen existir para discernir al cabo del tiempo si los hipotéticos perjuicios económicos derivados de una decisión empresarial deben atribuirse al mero riesgo o a una actuación negligente»(175). Y ello debe ponerse en relación también con los peligros asociados al enjuiciamiento de estas decisiones: por la inexistencia de unas reglas técnicas (*lex artis*) que permitan evaluarlas de forma objetiva y por el riesgo de que su revisión incurra en un sesgo retrospectivo, asociando la causación de pérdidas económicas al carácter negligente de la decisión que las motivó(176).

No hay que olvidar, no obstante, que estamos ante un delito doloso, si bien la exigencia de un elemento volitivo en las situaciones de elevado riesgo típico no es, ni mucho menos, un asunto pacífico en la doctrina penal; quizás por ello, entre otras razones, un sector doctrinal se inclina por exigir para el tipo subjetivo del art. 293 el dolo directo(177).

2.^a Se puede discutir la necesidad de realizar una ulterior reducción teleológica del tipo basada en la estimación de porcentajes relevantes de dilución de la participación social a consecuencia de la negación arbitraria del derecho de suscripción preferente(178).

Esta es una propuesta ofrecida por Gómez Benítez, autor para quien el delito requeriría no solo la negación o el impedimento del derecho de suscripción preferente, sino también que tal conducta arbitraria diluya la participación social por debajo de determinados porcentajes especialmente relevantes según la Ley, como, por ejemplo, los necesarios para poder convocar la junta general (actual art. 168 LSC), para oponerse a la renuncia a la acción social de responsabilidad de los administradores (actual art. 239 LSC) o para fijar los límites del derecho de información (actual art. 197 LSC)(179).

En atención a lo expuesto más arriba en relación con la protección por el art. 293 de los derechos políticos asociados al derecho de sus-

(175) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, p. 569.

(176) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2020, p. 569.

(177) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 561; la aplicación de este precepto debe ceñirse a los casos en los que los administradores actúen con un propósito consciente y deliberado de dañar o perjudicar al socio afectado, pero no cuando existan dudas fundadas sobre la posible suspensión o privación de alguno de sus derechos, GARCÍA DE ENTERRÍA, 2000, p. 83. FARALDO CABANA admite el dolo eventual pese al fuerte componente subjetivo de los verbos negar e impedir, pues con ello ni se exige un elemento subjetivo específico del injusto, ni se justifica la exigencia de un dolo directo, quedando incluidos en el tipo, en consecuencia, los casos en los que se acepta necesariamente el riesgo porque no cabe confiar en su evitación, 2015, p. 300.

(178) Solución difícil de admitir para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 557.

(179) GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. «Delitos societarios», *Derecho Penal Económico*, Manuales de Formación Continuada, CGPJ, N.º 14, 2001, p. 609.

cripción preferente de acciones –es decir, en atención al hecho de que la supresión del derecho de suscripción preferente, incluso dados todos sus requisitos legales, siempre representa una dilución en los derechos políticos que les corresponden a los socios(180)–, en el presente trabajo se sostiene una interpretación patrimonial del subtipo de negación de este derecho para cuya tipicidad no hacen falta ni porcentajes ni cantidades mínimas, como, por ejemplo, tampoco hacen falta para el hurto (solamente, quizás, para la determinación de la pena, pero no para eludir el delito)(181). No obstante, si se mantiene una comprensión del delito que acentúa la protección de los derechos políticos, la propuesta de Gómez Benítez sí puede servir de orientación en la interpretación restrictiva del tipo.

3.3.2 REFERENCIA A LA AUTORÍA DEL SUBTIPO DE NEGACIÓN DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE DE ACCIONES

Es necesario en este punto hacer mención de las palabras de Martínez-Buján Pérez, quien subraya «una discordancia del tipo penal con la legislación mercantil en la esfera de los sujetos activos: dado que el aumento de capital y la exclusión del derecho de suscripción preferente exigen el acuerdo de la Junta general (art. 308 LSC), no es imaginable que un administrador pueda realizar, por sí mismo, esta modalidad de conducta típica, salvo que este consiga el control mayoritario de dicha Junta y pueda ser considerado como un autor mediato, lo cual ofrece evidentes dificultades a la vista de la naturaleza colectiva e indeterminada del instrumento»(182).

Es manifiesto que el cauce natural para la solución de estos problemas es el ofrecido por el art. 291 CP. Así, el delito del art. 291

(180) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 140.

(181) Resulta de gran interés la correspondencia expuesta por BAJO Y BACIGALUPO entre las conductas típicas de negación o de impedimento con las conductas de apoderamiento o de destrucción, característica esta última del delito de daños, BAJO Y BACIGALUPO, 2001, p. 630. Califica la suscripción preferente de acciones como un «derecho con contenido económico directo», GALLEGRO SOLER, J. I., «Actividad societaria. Mercado y consumidores: I. Delitos societarios», *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Parte Especial. Tomo 2*, CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., (Dirs.), 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 351. La opinión de que el art. 293 protege de forma anticipada el patrimonio de los socios no encuentra apoyo en su tenor literal pero sí en argumentos sistemáticos, PASTOR MUÑOZ, *op. cit.*, 2020, p. 379. En último término, el fundamento de los delitos societarios es la tutela de la inversión del socio: que su dinero le genere un rendimiento justo y no ser engañado respecto de eso, QUINTERO OLIVARES, *op. cit.*, 2017, p. 242.

(182) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.*, 2019, p. 557; *vid.*, GÓMEZ BENÍTEZ, 2001, p. 608; BAJO Y BACIGALUPO, 2001, p. 630.

puede absorber la figura contenida en el art. 293 en el caso de que la imposición del acuerdo abusivo constituya ya alguna de las conductas descritas en este último precepto y resulten obstaculizados precisamente los derechos de aquellos sujetos sobre los que recaerá el acuerdo abusivo(183).

No obstante, la figura del art. 293 CP mantiene su independencia en tres importantes supuestos:

1.º Como señalan los autores citados, cuando se pueda afirmar la autoría mediata de los administradores de hecho o de derecho.

Habida cuenta de la gran complejidad del procedimiento exigido por la LSC para la exclusión del derecho de suscripción preferente de acciones, la posibilidad de una autoría mediata basada en el engaño a los accionistas que componen la junta general no es ni mucho menos descartable. Este engaño puede apoyarse sin más en la confianza depositada en el administrador, pero también en la falsedad o la manipulación de los documentos exigidos por el art. 308 LSC:

a) El régimen general para las modificaciones estatutarias exige simplemente la justificación de la propuesta (art. 286 LSC), pero para la exclusión del derecho de suscripción preferente la Ley establece un nivel de exigencia muy superior, más cualificado y detallado; y, aunque no aparece especificado en la LSC como contenido necesario del informe de los administradores, es opinión mayoritaria en la doctrina mercantilista la de que la justificación de la propuesta no puede sino consistir en la indicación y explicación del interés social que requiere de un aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente(184). A efectos penales, piénsese, por ejemplo, en la falsa indicación de la necesidad o conveniencia de la incorporación de un nuevo socio a la sociedad para abrirla a mercados en los que tal persona carece en realidad de ninguna influencia.

b) Estrechamente relacionada con la justificación de la operación se encuentra la necesidad de indicar el precio de emisión de las nuevas acciones e incluir su justificación(185). En tanto el valor nominal de las nuevas acciones se debe corresponder con el valor razonable de las antiguas, la obligación de los administradores de informar sobre el valor de las acciones de la sociedad con la detallada justificación de la contraprestación a satisfacer por las nuevas acciones (art. 308.2

(183) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 538. Un detallado estudio de los elementos del tipo del art. 291 CP en: GRAMÁTICA BOSCH, G., *Los acuerdos abusivos en las sociedades mercantiles: el delito del Art. 291 CP*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 191-216.

(184) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, pp. 251-252.

(185) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 253.

LSC), se convierte –junto con la mencionada justificación del interés social– en un elemento clave en la configuración de la protección de los accionistas de la sociedad(186). De la complejidad de esta operación da cuenta el hecho de que también habrá de justificarse la elección de un determinado método contable o la combinación de varios de ellos(187). A efectos penales, no cabe duda de que las manipulaciones contables pueden ser un medio idóneo para dominar la voluntad de la junta general, si, como puede ocurrir en muchas ocasiones, esta no se halla compuesta por personas con los correspondientes conocimientos técnicos especializados.

Cabe concluir que el informe de los administradores cumple una función primordial de información a los accionistas: les permite ponderar la operación y decidir razonadamente sobre sus derechos(188).

c) Además de lo anterior, el art. 308.2 LSC, respecto de las sociedades anónimas, impone que un experto independiente, distinto del auditor de las cuentas de la sociedad, nombrado a estos efectos por el Registro Mercantil, elabore otro informe, bajo su responsabilidad, sobre el valor razonable de las acciones de la sociedad, sobre el valor teórico del derecho de preferencia cuyo ejercicio se propone suprimir o limitar y sobre la razonabilidad de los datos contenidos en el informe de los administradores. Como regla general, el informe del auditor independiente recorta muy significativamente la capacidad de manobra de los administradores, pues los inclina a la estricta observancia de los requisitos legales al configurar la propuesta y al elaborar su informe(189). Es difícilmente concebible que los administradores

(186) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 259.

(187) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 255.

(188) GARCÍA GREWE, 2014, p. 259. Cuando la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista medio del derecho de voto, el acuerdo es impugnabile en virtud del art. 204.3.b) LSC, habiéndose de valorar en cada caso concreto, entre otros aspectos, la buena fe del administrador y la suficiencia de la información suministrada, VALPUESTA GASTAMINZA, 2018, p. 487. Respecto de una hipotética participación omisiva del socio –ponderando, para la imputación subjetiva, de un lado el grado superior de conocimientos especializados del administrador y, de otro, la doctrina de la ignorancia deliberada–, véase RAGUÉS I VALLÉS, R., «La imputación subjetiva en los delitos económicos y en la criminalidad de empresa», *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, RAGUÉS I VALLÉS, R., ROBLES PLANAS, R., (Dir.), Atelier, Barcelona, 2018, p. 108. En relación con la manipulación de información societaria, la inexactitud de una declaración se ha de interpretar desde la perspectiva del receptor, de modo que la entrega de información debe ser no solo correcta en sí misma, sino clara y completa desde el punto de vista del «accionista objetivamente reflexivo», TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 392.

(189) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 262.

presenten una propuesta que no se encuentre respaldada por la información facilitada por el auditor(190). Pero precisamente por la confianza que otorga la intervención en el procedimiento de exclusión del derecho de preferencia de un experto independiente, cuando decaiga la regla general y nos encontremos ante un caso de connivencia o de simple incompetencia profesional, la capacidad de engaño de los socios por los administradores se refuerza, con las consiguientes repercusiones que ello tiene para la afirmación de la autoría mediata de estos últimos.

Para finalizar este primer punto, se puede decir que el criterio de corte entre los arts. 291 y 293 CP es el dominio del hecho por los administradores en virtud del dominio de la voluntad de la junta general (293), de modo que, si la junta general domina el acuerdo de exclusión, habrá que exigir los presupuestos típicos del art. 291 CP. Esta es la razón por la que un error de los administradores sobre su obligación de ejecutar un acuerdo ilegal de exclusión del derecho de preferencia adoptado con control de su propia voluntad orgánica por la junta general, como posible error de prohibición, no afecta al artículo 293, sino, en su caso, al art. 291. Si bien, no se debe identificar este supuesto con el error de tipo del administrador basado en una incorrecta apreciación del interés social de la operación y el valor razonable de las acciones, perfectamente imaginable para el art. 293 CP.

2.º Cuando la junta general acuerde una exclusión ilegal del derecho de preferencia sin que concurren todos los requisitos típicos del art. 291 y los administradores ejecuten e inscriban ese acuerdo en los términos previstos por la LSC. En tanto esta modalidad comisiva del art. 293 CP se dará en supuestos de exclusión desigual del derecho de suscripción preferente sin justificación estricta y particular de la necesidad y la proporcionalidad de la medida, estamos más cerca del subtipo impeditivo que del denegatorio, pues se entiende que los administradores no han dominado el acuerdo, con lo que el tipo consumado requerirá de la eficacia de la conducta obstructiva (al margen de los problemas de error de los administradores).

Por el contrario, en caso de connivencia entre administradores y parte del accionariado para excluir de la suscripción de acciones a algún socio particular, si no concurren todos los requisitos típicos del art. 291 CP, la autoría de aquellos –respecto del subtipo denegatorio– no plantea problemas particulares.

3.º La figura del art. 293 CP mantiene también su independencia en los supuestos de capital autorizado en las sociedades cotizadas.

(190) GARCÍA GREWE, *op. cit.*, 2014, p. 255, nota 330.

En el caso específico de las sociedades cotizadas, se permite que la junta pueda delegar en los administradores, junto a la decisión sobre el aumento de capital, la facultad de excluir el derecho de suscripción preferente de los antiguos accionistas (art. 506 LSC). Además, y para poder ajustar con una mayor flexibilidad los procesos de emisión de acciones a las exigencias económicas de los mercados, en estas sociedades se permite la emisión de nuevas acciones a cualquier precio superior al valor neto patrimonial, pero solamente cuando la exclusión del derecho de preferencia la acuerde la junta y no los administradores(191). Para los supuestos de delegación en los administradores de la facultad de excluir el derecho de suscripción preferente en caso de emisión de nuevas acciones, el valor nominal de las acciones a emitir, más, en su caso, el importe de la prima de emisión deberá corresponder al valor razonable que resulte del informe del auditor de cuentas. Estos informes serán puestos a disposición de los accionistas y comunicados a la primera junta general que se celebre tras el acuerdo de ampliación (art. 506.4 LSC).

En las sociedades anónimas, y con carácter general, se permiten contadas excepciones a la competencia de la junta para acordar el aumento de capital. El art. 297 LSC recoge dos posibilidades totalmente distintas: la delegación de la ejecución y la delegación del aumento(192). En la primera, la junta delega la ejecución de un acuerdo de ampliación ya adoptado por ella, siendo habitual la delegación de la fijación de la prima de emisión, con límites específicos o sin ellos; los administradores no pueden, desde luego, suprimir el derecho de suscripción preferente(193). En la segunda, se delega en los administradores la facultad de acordar el aumento de capital, siendo libres de hacerlo o no, así como de alcanzar la cifra máxima fijada por la junta general o de quedarse por debajo; como se acaba de apuntar, en las sociedades cotizadas esa libertad alcanza a la decisión sobre la supresión o no del derecho de suscripción preferente de acciones (art. 506 LSC). «Lógicamente, los administradores responderán si realizan un ejercicio inadecuado de estas facultades (art. 236 LSC)»(194).

El art. 293 del CP refuerza la protección otorgada a los accionistas por la LSC para el caso de que los administradores de la sociedad cotizada excluyan el derecho de preferencia de todos o algunos de los socios sin que lo exija el interés social y emitan las nuevas acciones por debajo del valor razonable de las antiguas; cabe, por lo tanto, una

(191) GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA, *op. cit.*, 2019, pp. 610-611.

(192) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, pp. 792-794.

(193) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, p. 793.

(194) VALPUESTA GASTAMINZA, *op. cit.*, 2018, p. 794.

sencilla remisión a lo dicho para la autoría mediata pero sin necesidad de acudir al dominio de la voluntad orgánica de la junta general: los administradores se convierten en autores inmediatos o coautores del subtipo denegatorio del art. 293 CP en el momento del acuerdo, para el que, en atención al art. 297.1.b) LSC, no necesitan de previa consulta a la junta general. En lo que hace a este órgano, los informes de auditor y administradores serán comunicados a la primera junta general que se celebre tras el acuerdo de ampliación (art. 506.4 LSC).

¿Necesidad de Derecho penal para atajar una pandemia? Reflexión sobre la normativa alemana y española en materia de propagación de enfermedades contagiosas (1)

LORENA VARELA
Universidad del Saarland, Alemania
Universidad Internacional de La Rioja, España

RESUMEN

En el discurso social ya se habla del mundo covid y del mundo postcovid. El Derecho penal no es ajeno a este enfrentamiento porque desde el momento en que se declaró la pandemia mundial, el primer recurso de salvación de muchas disonancias sociales pasó a ser la normativa penal. En este artículo se analizan algunos elementos a tener en cuenta en la prevención de la propagación de enfermedades contagiosas en tiempos de pandemia, que pueden reunir la condición de emergencia razonable. En primer término, el rol del Estado desde una política criminal de emergencia; en segundo lugar, el rol del ciudadano con sus responsabilidades de emergencia; y, en

(1) Aclaraciones previas: (1) El presente artículo se relaciona con otros dos anteriores, que han sido compartidos en foros académicos y serán publicados en libros colectivos en Argentina. Estos dos artículos se intitulan «El delito de propagación de enfermedad contagiosa en tiempos de incertidumbre: el *covidelito*» (ponencia presentada en el Congreso de Profesores de Derecho penal, organizado por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, en fecha 26/08/20) y «El Derecho sanitario alemán: autorresponsabilidad, órdenes ejecutorias, contravenciones y *ultima ratio* penal» (ponencia presentada en las Jornadas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste, en fecha 12/11/20). (2) Este artículo se inscribe en el Convenio de colaboración sobre Derecho penal económico firmado entre la Universität des Saarlandes (Alemania) y la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina) en 2019. (3) En el trabajo se ha empleado el acortador de *url* «Cuttly» (disponible en: <https://cutt.ly/es>).

tercer término, la interpretación y aplicación de la norma jurídica penal en estos supuestos de emergencia. Para ello, se propone una reflexión desde la normativa jurídica penal alemana y española en materia de propagación de enfermedades contagiosas.

Palabras clave: *coronavirus, COVID-19, Derecho penal de emergencia, pandemia, propagación de enfermedades contagiosas, salud pública.*

ABSTRACT

In social discourse, the covid world and the post-covid world are already openly discussed. Criminal Law is not external in this dual discourse because from the moment world pandemic was declared, the first recourse for salvation for many social dissonances was criminal regulations. This paper analyzes some critical elements to take into account in the prevention of the spread of contagious diseases in pandemic times, which may meet the reasonable emergency conditions. In first place, the role of the State from an emergency criminal policy; second, the role of the citizen with his emergency responsibilities; and, thirdly, the interpretation and application of the criminal Law in these emergency cases. To do this, a reflection is proposed from the German and Spanish criminal legal system on the spread of contagious diseases.

Keywords: *coronavirus, COVID-19, emergency criminal Law, pandemic, public health, spread of infectious diseases.*

SUMARIO: 1. Reflexión inicial.–2. El rol del Estado: política criminal de emergencia.–3. El rol del ciudadano: responsabilidades de emergencia.–4. La propagación y transmisión de enfermedades infectocontagiosas: interpretación y aplicación de emergencia de la norma jurídica penal.–5. Reflexión sobre la normativa alemana y española en materia de propagación de enfermedades contagiosas. 5.1 El contexto alemán. 5.1.i Derecho sanitario. 5.1.ii Ley de Protección contra las Infecciones (IfSG): objeto, medidas de prevención y coordinación internacional. 5.1.ii.a Ley de Protección contra las Infecciones (IfSG): régimen contravencional. 5.1.ii.b Ley de Protección contra las Infecciones (IfSG): régimen penal accesorio. 5.1.iii Ley de Implementación del Reglamento Sanitario Internacional (IGV-DG). 5.1.iv Código penal (StGB). 5.2 El contexto español. 5.2.i Derecho sanitario. 5.2.ii Ley General de Sanidad y Ley General de Salud Pública: objeto, medidas de prevención y coordinación internacional. 5.2.ii.a Ley General de Sanidad y Ley General de Salud Pública: régimen administrativo-sancionador. 5.2.iii Ley sobre Medidas Urgentes de Prevención del COVID-19. 5.2.iv ¿Ley de Implementación del Reglamento Sanitario Internacional? 5.2.v Código penal. 5.2.v.a Vías posibles para criminalizar la propagación del COVID-19 como delito de peligro para la salud pública.–6. Algunos problemas comunes de la normativa alemana y española.–7. Reflexión final.

1. REFLEXIÓN INICIAL

El 11 de marzo de este 2021 se cumplió un año de vigencia del estado de pandemia global sin que se haya alcanzado a neutralizar la expansión del patógeno del SARS-Cov2(2) y las nuevas variantes en circulación. El coronavirus y otros similares representan un increíble desafío para la continuidad de la Humanidad y para el sistema de asistencia sanitaria de todos los países a escala mundial, dado que la vacuna como mecanismo de solución para lograr los niveles óptimos de inmunidad social aún sigue estando a prueba y en seria controversia. En este contexto, los Estados siguen asumiendo una serie de medidas que recortan legítimamente, en principio, libertades ciudadanas *en pos de* reducir el riesgo para la salud pública y evitar graves consecuencias para el sistema sanitario y otros aspectos. Así, órdenes graduales entre el aislamiento, la cuarentena(3) y el distanciamiento social; la prohibición de reuniones grupales, de desplazamientos al exterior y de realización de eventos masivos; el mandato de empleo de mascarilla en lugares públicos, el mantenimiento de la higiene personal y el permanecer en casa como regla general, son algunas de las medidas sanitarias más implementadas(4).

El objeto de este artículo es preguntarse si, acaso, desde el Derecho penal se puede hacer algo y si corresponde hacerlo, no solo para reprimir los daños ocasionados, sino también para prevenirlos, teniendo en cuenta que las políticas públicas sanitarias intentan dar

(2) En fecha 11/03/20, el Director General de la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró oficialmente la pandemia a nivel mundial. Disponible en: <https://cutt.ly/dg0DRF5>

(3) La diferencia entre cuarentena y aislamiento se encuentra en el art. 1.º del Reglamento Sanitario Internacional (RSI) de la OMS. Por *cuarentena* se entiende la restricción de las actividades y/o la separación de personas que no están enfermas, pero respecto de las cuales se tienen sospechas, de forma tal que se prevenga la posible propagación de la infección, mientras que por *aislamiento* se entiende la separación de personas enfermas con objeto de prevenir la propagación de una infección. El RSI fue adoptado por la 58.ª Asamblea Mundial de la Salud el 23/05/2005 y entró en vigor el 15/06/2007, como documento acordado *en pos de* la seguridad sanitaria mundial entre 196 Estados, que cuenta con una serie de medidas exigibles en los puertos, aeropuertos y zonas fronterizas entre Estados con la finalidad de neutralizar la propagación de riesgos sanitarios hacia países vecinos, intentando a la vez no alterar el tráfico de personas y las actividades comerciales. Asimismo, cuenta con un protocolo para casos de emergencias de salud pública de alcance internacional y los plazos en que los Estados firmantes han de implementarlo.

(4) El art. 1.º del RSI de la OMS define *medida sanitaria* como el procedimiento aplicado para prevenir la propagación de enfermedades, que no comprende medidas de policía ni de seguridad del Estado.

cobertura a esta cuestión, pero, hasta el día de la fecha, no se ha tenido total éxito ni en Europa ni en el resto de países, a la vez que existen pocas soluciones sencillas a un problema tan complejo. El nivel de análisis de la temática compromete el fenómeno de la propagación de enfermedad contagiosa en tiempos de pandemia (que en algunas latitudes continúa resultando caótico ante la falta de asertividad de los Estados en la gestión de la crisis). Por lo demás, la percepción social de la gravedad de la emergencia sanitaria se intensifica por la globalización de los servicios y la información, lo que permite que el virus viaje tan rápido como las falsas noticias y se incrementen el miedo, la desconfianza y el hastío por la situación (o fatiga pandémica como señala la OMS).

Un peligro tan mundial como la propagación descontrolada del coronavirus precisa, desde la materia que compete, de una política criminal de emergencia tan global como coordinada por parte de los Estados, así como la asunción de responsabilidades de emergencia por parte del ciudadano y una interpretación y aplicación de emergencia de la normativa jurídicopenal, lo que significa, al final, un esfuerzo conjunto por dar solución al conflicto a la mayor brevedad posible.

2. EL ROL DEL ESTADO: POLÍTICA CRIMINAL DE EMERGENCIA

La batería de restricciones y prohibiciones, que los Estados vienen asumiendo para neutralizar la propagación del virus y el colapso del sistema de salud, interfiere directamente con el concepto que las sociedades modernas tienen sobre la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales y humanos⁽⁵⁾, sobre todo en cuanto a la libertad de movimiento y consumo y ejercicio del comercio. Pero esta visión unilateral del ciudadano como agente económico, en su faz de consumidor o usuario y en su faz de trabajador, empresario o profesional, se antoja una ecuación irracional si no se tiene en consideración el contexto dentro del cual se desenvuelve y en relación con los otros roles a los cuales también está llamado a prestar deber, como el rol de ciudadano sanitario en tiempos de pandemia. Sin dra-

(5) Desde los primeros meses de la pandemia, el debate quedó planteado en Alemania, donde se ha cuestionado seriamente la constitucionalidad del alcance de los poderes extraordinarios que el Ejecutivo estaría asumiendo en la gestión de la emergencia. Véase, KNIEPS, F., "Die Corona-Pandemie und das Grundgesetz – Anmerkungen nicht nur zu Rechtsfragen", *G+S*, n.º 3, 2020, pp. 6-10.

matizar las cosas no debe olvidarse que nuestros Estados no habían precisado antes de la era de la globalización, y fuera del período entre-guerras, de este tipo de medidas cuasi extremas(6). Si bien, algunos derechos civiles y sociales han ido conquistándose con mucho esfuerzo, ello no significa que con el transcurrir de las circunstancias los mismos no puedan ser objeto de nuevas limitaciones, adquiriendo nuevos contornos. En casos extraordinarios el principio de necesidad demanda el sacrificio de bienes para evitar un mal mayor o salvar un bien mayor, donde el fundamento de su procedencia ha de contemplar una delicada ponderación de todos los intereses en juego(7). No obstante, frente a la gravedad, dinamismo e incertidumbre de cuánto tiempo y qué recursos más se han de invertir para controlar la pandemia, la normativa de prevención en general también se ha vuelto grave, dinámica e incierta en varios aspectos, donde lo penal no es la excepción. Por tal razón, para evitar sucumbir ante la inseguridad e injusticia jurídicas que se están presentando en determinados aspectos, es que urge debatir el alcance razonable de la política criminal de emergencia en un Estado de Derecho.

Como paso previo a toda consideración, en primer término, habría que determinar qué modelo de política criminal, más allá de la política sanitaria, resultaría mejor para afrontar los problemas que plantea la propagación y contagio del COVID-19. El modelo a escoger dependería de lo que se entienda por política criminal, del alcance que se le otorgue y en qué aspecto se coloque el énfasis del *ius puniendi*. Si se entiende por política criminal el conjunto de estrategias encaminadas a la prevención eficaz del delito *por medio del castigo*, entonces, la intervención del Derecho penal aun en tiempos de pandemia se explicaría por medio del castigo intensificado de determinadas conductas de riesgo, como la propagación de enfermedades contagiosas y las lesiones a la salud individual. Una política criminal de este estilo se

(6) El concepto de colectividad como materia constitucional nunca antes había sido tan importante, porque hasta ahora nunca antes se había hablado de una intervención colectiva de los derechos fundamentales (*kollektiver Grundrechtseingriff*) como método de lucha contra una pandemia y en donde, por primera vez, la cantidad de afectaciones a los derechos individuales parecería ser un criterio para determinar la intensidad de esta injerencia masiva. Al respecto, RUSCHEMEIER, H., “Kollektive Grundrechtseinwirkungen. Eine verfassungsrechtliche Einordnung am Beispiel der Maßnahmen gegen die COVID-19-Pandemie”, (*RW Rechtswissenschaft*, v. 11, n.º 4, 2020, pp. 450-473, pp. 461 y ss.

(7) En la declaración de la pandemia, el Director General de la OMS señaló: «Todos los países deben encontrar un delicado equilibrio entre la protección de la salud, la minimización de los trastornos sociales y económicos, y el respeto de los derechos humanos». Disponible en: <https://cutt.ly/Nc8211H>

presentó al comienzo de la pandemia en Alemania en algunos sectores políticos, desde los cuales se proponía la idea de que penas más duras contra el *homo contaminans* resultarían mucho más efectivas que otras alternativas del Derecho(8). También en muchos otros Estados del entorno europeo la declaración del estado de alarma sanitaria condujo a creer que la mejor solución al problema pasaba por endurecer las medidas de prevención, así como las sanciones a las infracciones administrativas o delitos penales, aplicando con todo rigor la ley. Por el contrario, si se asume un concepto de política criminal como un grupo de estrategias encaminadas a la prevención eficaz del delito *por medio del fomento de una tutela conjunta de valores sociales* (como la salud pública), entonces, la intervención del Derecho penal se explicaría desde el peso que tiene la norma de conducta y su valor subyacente. Es decir, la prevención de la propagación y contagio del COVID-19 pasaría antes por reforzar la conciencia de la comunidad sobre la necesidad colectiva de proteger el contenido axiológico de la prohibición de determinadas conductas de riesgo, que por la aplicación directa –sin intermediación– del castigo penal. No obstante, en ambos modelos de política criminal (de la norma de sanción y de la norma de conducta), se debería poder responder si la intervención del Derecho penal es más funcional que su ausencia y si es más funcional que la política sanitaria, en donde cualquier modelo de política criminal en una situación de emergencia tendría un doble cometido: por un lado, hacer frente al nuevo escenario delictivo que se le presenta, donde el juicio de ponderación entre prevención, prohibición y protección podría mutar muy rápido de sentido y lógica dada la emergencia y, por el otro, neutralizar el inevitable incremento de abusos del poder punitivo al que se vería sometida por la misma razón, esto es, al difícil equilibrio de resolver el problema de forma urgente y eficaz, a la vez que respetando los derechos fundamentales del ciudadano y los principios rectores de un Derecho penal constitucional(9). En todo caso, teniendo en cuenta la experiencia jurídica y elementos de psicología social, no resultaría recomendable en tiempos de emergencia concebir el Derecho penal en su faceta preventivo-general negativa, dado su

(8) El *homo contaminans* sería el ciudadano que no quiere o no puede evitar la infección o la propagación del virus. Críticamente, sobre la posibilidad de recurrir al Derecho penal, HEUSER M., “Die Sanktionsbewehrung der infektionsschutzrechtlichen Generalklausel des § 28 I S. 1 IfSG. Zur mangelnden Bestimmtheit des Blankettkonstrukts i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG”, HRRS, 2021, pp. 63-86, p. 63.

(9) Sobre los modelos empírico y valorativo de la política criminal en relación con la prevención del SIDA por medio del Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Política criminal i SIDA», *Studia Iuridica*, n.º 4, Ejemplar dedicado a: El Dret penal davant les noves formes de delinqüència, 1993, pp. 163-178.

costado contraproducente en según qué casos. Una amenaza excesiva en situaciones de alta sensibilidad social, donde se recortan libertades de forma tan extrema, podría boicotear la capacidad del ciudadano de asumir por sí mismo el control del comportamiento peligroso para la salud pública, neutralizando su capacidad de reflexión sobre el valor del bien jurídico que se pretende proteger y, con ello, a fin de cuentas, se estaría anulando una buena oportunidad de conciencización social y de refuerzo de la identidad normativa en situaciones de emergencia.

Como siguiente paso, a considerar en segundo término, habrían de establecerse cuáles serían los presupuestos normativos que el Estado debería asegurar al ciudadano para poder dirigirle, *ex post delicto*, un juicio de reproche legítimo ante la realización de algún hecho delictivo(10). Entre los presupuestos normativos se encuentran las condiciones materiales mínimas que el Estado debe proveer al ciudadano con vistas a un juicio legítimo de responsabilidad penal. Así, los requisitos materiales de cumplimiento de la norma deberían encontrarse al alcance y al acceso de todos, porque solo desde estos, el ciudadano podría dar cumplimiento a la directiva o mandato normativo. Acreditado este extremo, el juicio de imputación debería observar también la concurrencia del requisito ineludible de la libertad moral del agente (en todas sus manifestaciones: voluntariedad de la acción, conocimiento o error vencible del tipo de injusto y de la norma de prohibición, capacidad de obrar motivado en la norma, entre otras)(11). Del primer extremo, depende en gran parte la legitimación del Estado para dirigir un juicio de reproche merecido a un individuo, porque solo la existencia de un sistema jurídico que garantice a todos los ciudadanos las condiciones de igualdad material en el ejercicio de las libertades en su ámbito de protección sería un sistema jurídico autorizado para exigir responsabilidad por los hechos a un sujeto libre y protegido(12). Esto significaría que, en aquellos casos de posibles situaciones de desigualdad social entre ciudadanos, el vínculo de protección del Estado hacia el mismo se vería debilitado y, por consiguiente, también se vería debilitado el vínculo de obediencia y

(10) Sobre este tema, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal», en FERNÁNDEZ TERUELO, (dir.), GONZÁLEZ TASCÓN y VILLA SIEIRO (coords.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo, 2013, pp. 715-725.

(11) Sobre los presupuestos subjetivos y deónticos de la imputación (donde se ubicaría el deber de obediencia del ciudadano y cuyo núcleo viene dado por los presupuestos que debe cumplir el Estado), VARELA, L., *Dolo y error. Hacia una auténtica imputación subjetiva*, Barcelona, 2016, p. 118, *passim*.

(12) SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2013, p. 715.

los efectos de la responsabilidad del ciudadano hacia el Estado(13). En otras palabras, el ciudadano que se encontrara en condiciones de desprotección material por parte del Estado (aunque lo esté formalmente por el Ordenamiento Jurídico) poseería un deber debilitado de obedecer la norma porque, ante esta situación, el ciudadano tendría menos posibilidades de hacerlo. Por ende, llegado el caso, el Estado podría legítimamente dirigirle solo un juicio de reproche disminuido, atenuado o de exclusión de la responsabilidad penal. En este sentido, la cuestión no sería tanto si las personas materialmente menos protegidas por el Estado son o no culpables (esto podría generar un aumento de la anomia y efectos negativos para la función preventiva del Derecho penal), sino que el problema radicaría en el déficit de legitimidad que un Estado tendría para reprochar comportamientos antijurídicos a personas que son víctimas de una injusticia distributiva generada por el mismo sistema estatal(14). Para algunos autores, el fundamento de la ausencia de una completa legitimidad del Estado para reprochar en estas situaciones, vendría dado por alguno de los dos siguientes argumentos: el de la hipocresía y el de la complicidad(15). El argumento de la hipocresía sostiene que «quien causa una determinada clase de mal carece de legitimidad para reprochárselo a otros que causan ese mismo mal; mientras que el argumento de la complicidad dice que el que contribuye al mal causado por otro, carece de legitimidad para reprochárselo a este último»(16). De este modo, el Estado que creara o incrementara una situación de desigualdad (máxime cuando mantuviera un sistema desigual) estaría permitiendo la generación de espacios de criminalidad porque, en sí, la desigualdad construida resulta criminógena(17). Para estos supuestos, al Estado le faltaría legitimidad para exigir la responsabilidad penal a determinados sujetos desprotegidos que no tuvieron la oportunidad de cumplir la norma en las mismas condiciones que sus pares(18): si se piensa en relación con la pandemia, esto sucedería en todos aquellos supuestos en que la política sanitaria del Estado no pudiera garantizar a todos en igualdad de condiciones la no propagación del virus (dentro de lo que al Estado le corresponde) o en aquellos casos en que las políticas de infraestructura urbana no pudieran garantizar el acceso a los elementos básicos

(13) SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2013, p. 721.

(14) SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2013, p. 722. Asimismo, el Estado tendría un margen muy estrecho de legitimidad para criminalizar el derecho individual de revelarse ante medidas jurídicamente abusivas, aunque fácticamente necesarias.

(15) SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2013, p. 722 (citando a Tadros).

(16) SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2013, p. 722.

(17) Tendencia al delito, SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2013, p. 722.

(18) VARELA, *op. cit.*, 2016, pp. 59-60, nota al pie 115.

de higiene y profilaxis o al sistema de salud(19)/(20) e incluso a la información de las medidas de prevención(21). Evidentemente, esto exige un juicio de ponderación entre los deberes del Estado y los deberes del ciudadano en función del delito que se cometa(22). De allí que un Estado, que no proporcionara los mínimos sanitarios que le correspondiera proporcionar(23), no podría legítimamente apelar como primera instancia de prevención a medidas tan severas de sacrificio extremo de la libertad ciudadana(24), y mucho menos de huida

(19) «Una sociedad puede y debe hacer frente a las personas que mueren, pero cuando las personas mueren porque la infraestructura de salud es insuficiente para asistirlos, esto destruye la confianza general en el sistema político [...] es importante que el Estado posea un margen considerable para cumplir con su deber de proteger, el cual se infringe cuando no se han tomado precauciones de protección, si las regulaciones y medidas tomadas son evidentemente inadecuadas para lograr el objetivo de protección requerido o cuando no alcanzan el objetivo de protección». Así, KING-GREEN, T., “Das Studium des Verfassungsrechts in der Pandemie”, *Juristische Ausbildung*, n.º 10, 2020, pp. 1019-1035, p. 1027.

(20) Para NIETO GARCÍA, Á. J., «El control social y la libre circulación de personas en tiempos de coronavirus», *Diario La Ley*, n.º 9611, 26/03/2020 (b), «el control social de la [...] libre circulación de personas generará eficacia si el ciudadano es consciente que en su ámbito geográfico se dan las condiciones de seguridad sanitaria si es contagiado o puede ser trasladado a los servicios sanitarios que garanticen la asistencia».

(21) NIETO GARCÍA, *op. cit.*, 2020 (b), señala que en el contexto de emergencia en el que nos toca vivir, no solo los avances científicos neutralizadores del contagio, sino todo tipo de medida y tratamiento a adoptar deben ser inmediatamente puestos en conocimiento de la comunidad de forma clara y expresa, empleando psicología social en la transmisión de la información.

(22) SILVIA SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2013, p. 723.

(23) En la alocución del Director General de la OMS del 14/02/20, se indicó lo que se viene destacando desde el 2005 cuando se aprobó el RSI dirigido a la prevención de enfermedades transmisibles: «es de vital importancia destinar recursos y esfuerzos al fortalecimiento del sistema de salud del país y a la mejora de su preparación... la forma más inteligente de asegurar una rápida detección y control de los brotes es invertir en preparación». Disponible en: <https://cutt.ly/Ec89SIJ>

(24) Reseña esta situación en España, PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Control de los riesgos sanitarios de la COVID-19 mediante la regulación de conductas: enseñanzas del caso español», *Foro-FICP*, n.º 3, 2020, pp. 50-76, p. 61: «...Esta importante limitación obliga aún más al Estado español a depender de los remedios conductuales para intentar gobernar la pandemia. El principio es claro: a más recursos sanitarios disponibles, menos necesidad de restringir la libertad de acción de los ciudadanos; y viceversa. Es obvio, por ello, cuál es el camino que han decidido transitar los líderes políticos (estatales y autonómicos) del Estado español: en parte a la fuerza (por falta de dinero y de tiempo para revertir más de una década de recortes en la inversión sanitaria) y en parte voluntariamente (por haber decidido asignar el dinero disponible a otros objetivos), lo cierto es que –aunque con diferencias significativas entre comunidades autónomas– el patrón general está siendo hacer recaer el coste de la crisis sanitaria de manera muy importante sobre la ciudadanía; restringiendo significativa-

hacia el Derecho penal. En tal situación no se trataría tanto de que el virus fuera un enemigo de la salud pública(25), que se debe tutelar entre todos, sino de que como no se cuenta con los recursos sanitarios exigibles para prevenirlo y combatirlo, el virus se presenta más como un enemigo del sistema de salud, cuyo desarrollo es de competencia casi exclusiva del Estado y no del ciudadano(26). Y si esta es la situación, el Estado no podría (no debería) *cargar las tintas* sobre la sociedad de forma tan desmedida sin provocar una escandalosa deslegitimación de su proceder. Como mucho, ponderando que no quedara

mente su libertad en todos los casos (muchísimo, en el caso de ciertos grupos de personas institucionalizadas –reclusos, ancianos, enfermos, discapacitados–) y cargando incluso buena parte de los costes económicos (equipos de protección, reducción de ingresos, etc.), aun con riesgo para su salud (en el caso de personal sanitario y de “servicios esenciales”»).

(25) El virus, después de todo, está demostrando que no es tan grave como se lo presenta. Según los últimos resultados y varias alocuciones del Director General de la OMS (17/02 y 19/02/20) parece que el «COVID-19 no es tan mortal como otros coronavirus, incluidos el SARS y el MERS. Más del 80% de los pacientes presentan síntomas leves y se recuperarán. En aproximadamente un 14% de los casos, el virus provoca síntomas graves, como neumonía y disnea. Y aproximadamente un 5% de los pacientes presentan síntomas muy graves, como insuficiencia respiratoria, choque séptico e insuficiencia multiorgánica. En un 2% de los casos notificados, el virus es mortal y el riesgo se incrementa con la edad». Disponibles en: <https://cutt.ly/uc89JRI>; <https://cutt.ly/Lc89ZHb>. Más contundente es el mensaje de aliento en la alocución del día 02/03/20: «Nunca antes habíamos visto un patógeno respiratorio con capacidad de transmisión comunitaria, pero que también se pueda contener aplicando las medidas adecuadas. Si se tratara de una epidemia de gripe, cabría esperar que a estas alturas ya se hubiera producido una transmisión comunitaria generalizada en todo el mundo, y no habría ninguna forma viable de frenarla o contenerla. Pero contener la COVID-19 es factible y debe seguir siendo la máxima prioridad para todos los países. Si los países adoptan medidas agresivas con prontitud, pueden detener la transmisión y salvar vidas». Disponible en: <https://cutt.ly/Tc89NDt>. Y, en el discurso del 04/03/20 dijo: «Las características propias de este virus nos dan la oportunidad de cortar las cadenas de transmisión y contener su propagación». Disponible en: <https://cutt.ly/Qc899bB>. Por su parte, el 05/03/20 informó: «se trata de una enfermedad grave. No es mortal para la mayoría de las personas, pero puede matar». Disponible en: <https://cutt.ly/Fc8974P>. En definitiva: que el coronavirus ataca más al sistema de salud que a la salud puede leerse en la Sesión Informativa para las Misiones Diplomáticas de los Estados Miembros de la OMS del 02/04/20: «Las carencias de los servicios de salud esenciales pueden provocar muchas más muertes que el propio coronavirus». Disponible en: <https://cutt.ly/3c83rqS>; y en la alocución del 06/04/20: «Una de las enseñanzas que espero que el mundo extraiga de la COVID 19 es la necesidad de invertir en los trabajadores de la salud, no solo para proteger vidas, sino también para proteger medios de vida». Disponible en: <https://cutt.ly/tc83otj>

(26) Esta carencia, imputable a muchos Estados, y no necesariamente a los Gobiernos, se refleja hoy en día en la improvisada construcción de hospitales de campaña y modulares de emergencia, que pretenden fortalecer el endeble sistema de salud.

otra alternativa para paliar la situación de emergencia, se podrían justificar algunas de las medidas de prevención más extremas (como el aislamiento continuo y la paralización de actividades comerciales), pero lo que sería evidentemente improcedente justificar, sería recurrir en primer término al Derecho penal para hacerlas cumplir. Dada la eventual corresponsabilidad del Estado en la producción del delito, esto podría significar para el ciudadano infractor desde una atenuación de la responsabilidad penal hasta la impunidad de su conducta por razones de inexigibilidad, sin que ello desplace del todo la posibilidad de plena sanción en los casos en que el sujeto, a pesar de la situación de injusticia distributiva, pudo haberse comportado obedeciendo el Derecho(27).

En conclusión: el Estado solo podría calificar como sujetos de responsabilidad a todos aquellos a quienes simultáneamente pudiera calificar como sujetos de protección, en esta oportunidad, de la política sanitaria y de las infraestructuras ciudadanas. Es decir, si el Estado no pudiera proveer las condiciones materiales necesarias para proteger a los ciudadanos del avance de la pandemia, entonces, se habría de contemplar junto a la política criminal de prevención del delito, una política criminal de excepción de imputación del delito, con criterios flexibles de atribución o de una imputación blanda a favor del ciudadano, fundada en una corresponsabilidad del Estado en la generación del peligro o en la causación del daño que se quiere evitar.

3. EL ROL DEL CIUDADANO: RESPONSABILIDADES DE EMERGENCIA

Desde el comienzo de la pandemia, las normas sanitarias anticovid y la amenaza constante del virus han afectado los conceptos de planificación y de administración de la libertad del ciudadano y el alcance de la responsabilidad individual; así como también lo han hecho en cuanto a los umbrales del riesgo socialmente permitido, incluso desde el punto de vista valorativo y no solo empírico. La nueva indisponibilidad de algunos riesgos y la observancia obligatoria de nuevas normas de cuidado han venido a cercar el amplio campo de libertad individual y social hasta entonces practicadas. El rol profesional o técnico, la competencia como ciudadano y el papel como individuo, se encuentran hoy por hoy orientados a un objetivo común, cuál es la

(27) SILVIA SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2013, pp. 722-723.

preservación de la especie humana y, por ello, completamente sometidos a continuas modificaciones según el grado de incidencia que el virus tiene en la salud y en el sistema de salud de un país. Dentro de este nuevo escenario, el rol que se intensifica es el del ciudadano sanitario que, como agente activo del mantenimiento adecuado a Derecho de su esfera de competencia, cuenta con deberes específicos en el ámbito de la salud pública. ¿Pero, hasta dónde ha de llegar la tutela de la salud pública a costa de la restricción de las libertades básicas de los individuos? Esta es una pregunta que no puede responderse apresuradamente, sino que requiere algunas reflexiones previas. El principio de no dañar a otros (*neminem laedere*) se encontraría en el contexto de la pandemia algo superado por el principio de salvar a otros (*alterum salvare*)(28), por cuanto, comportamientos que en tiempos sin pandemia resultaban adecuados socialmente, hoy por hoy han dejado de serlo y pueden conducir –cuando concurren los extremos– a responsabilidad penal en caso de practicarlos. La nueva restricción sobre comportamientos anteriormente permitidos y hoy prohibidos (estornudar libremente o acercarse a terceros), o el mandato de salir a la calle con mascarilla de protección médica o el presentar un test negativo de coronavirus para ingresar a alguna tienda, revelan que el deber de informarse sobre las reglas de prevención y el deber de adaptar rápidamente el comportamiento individual a las mismas, son los dos pilares desde los cuales se tiene que orientar el comportamiento del ciudadano(29). Este mayor esfuerzo y compromiso, al que se encuentra sometido el ciudadano del mundo covid, repercute en el sacrificio, pero no renuncia, de algunos de sus derechos fundamentales, y sin cuya colaboración las normas de prevención de la pandemia resultarían un estrepitoso fracaso(30). Como en todo Estado de Derecho, estas nuevas restricciones no solo deberían ser comprensibles (razonables, entendibles, justificables) para los ciudadanos destinatarios, sino que a la vez las mismas deberían ser asumidas

(28) Sobre esta categorización *neminem laedere* y *alterum salvare* como incumbencias-fin o categóricas (y no como deberes negativos de la competencia por organización y deberes positivos de la competencia institucional o por solidaridad del modelo de JAKOBS), véase VARELA, *op. cit.*, 2016, pp. 154, 156.

(29) Ya la sola ausencia de interés en conocer la normativa podría llevar a crear un riesgo penalmente típico.

(30) Véase, RUSCHEMEIER, *op. cit.*, 2020, pp. 472 y ss., para quien las medidas de control de la pandemia se hubieran encontrado condenadas al fracaso si la población no las hubiera seguido en gran medida de forma voluntaria y espontánea, por cuanto ningún Estado de Derecho puede prescindir de la confianza apostando a la amenaza, que es un recurso limitado.

como una forma de autocontrol (autogobierno)(31). La responsabilidad de emergencia del ciudadano consistiría tanto en una gestión solidaria de la propia esfera para evitar lesionar a otros, incluso en caso de no estar infectados (afectados(32)), como en una gestión solidaria de la esfera común, abstracta, de contornos indeterminados, para procurar la salvación del máximo posible de ciudadanos(33). La negativa en adaptar la esfera propia a los nuevos mandatos o la de amoldar la propia imputatividad (condiciones por las cuales se puede ser responsable) podría, en consecuencia, enfrentar al ciudadano al Derecho penal y esto no es solo cuestión de la regla de no lesionar a otros, sino también de la regla de procurar mantener la salud de otros(34). Al tratarse de un bien jurídico colectivo, la tutela de la salud pública convertiría parte de la organización personal en una amalgama de deberes de solidaridad intensificada de un espacio común. En consecuencia, la situación de emergencia sanitaria global exigiría, desde las capacidades y conocimientos individuales, asumir un papel proactivo a nivel social, haciendo todo lo que está al alcance para evitar la infección(35), la propagación de la enfermedad o para evitar contagiar, lesionar o matar a otros. La proactividad individual se basaría, asimismo, en el deber moral de mostrar y actuar con consideración mutua, teniendo en cuenta que cada uno se encuentra hipotéticamente

(31) WINGERT, L., “Wir müssen abwägen—aber wie sollen wir abwägen? Fragen der Moral in einer pandemischen Corona-Krise”, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, n.º 69, v. 1, 2021, pp. 29-66, p. 46: los ciudadanos deben aceptar las restricciones como una medida de autocontrol y deben considerarlas como una renuncia temporal del ejercicio de sus derechos básicos.

(32) Según el art. 1.º del RSI de la OMS, *afectado* significa una persona que está infectada o que es portadora de fuentes de infección, de modo tal que constituye un riesgo para la salud pública.

(33) En la alocución del Director General de la OMS del 05/03/20 se sostuvo: «Todos somos responsables de reducir nuestro propio riesgo de infección y, si estamos infectados, de reducir el riesgo de infectar a otros». Disponible en: <https://cutt.ly/rc83QVO>. En este sentido, WINGERT, *op. cit.*, 2021, p. 47, destaca que *se precisa una acción cívica colectiva y no solo una acción oficial para contener la pandemia*.

(34) Por el *neminem laedere*, el ciudadano tiene que evitar contagiar a otros (incluso manteniéndose saludable a sí mismo), mientras que por el principio del *alterum salvare*, el ciudadano tiene que mantener el estado de salud de los otros no como una obligación de resultado, sino de medios, por ejemplo haciendo mínimos sacrificios de la libertad personal para ampliar el ejercicio de la libertad del tercero: reduciendo las salidas, evitando viajar en tren o avión, haciendo teletrabajo para que otros compañeros puedan asistir presencialmente a la oficina, o como dicen todas las propagandas del mundo: *quédate en casa*.

(35) El art. 1.º del RSI de la OMS define *infección* como la entrada y desarrollo o multiplicación de un agente infeccioso en el cuerpo de una persona que puede constituir un riesgo para la salud pública.

a un lado y al otro de la situación de peligro común, esto es, en el lado de los protegidos y en lado de los protectores(36). Este equilibrio ideal no solo se alcanzaría desde un comportamiento ajustado a la esfera individual (ámbito de competencia personal) evitando afectar esferas ajenas (*neminem laedere*) sino también, y necesariamente, desde un comportamiento ajustado a esferas comunes generando buena salud (*alterum salvare*), por medio de un uso responsable de las libertades permitidas(37).

Esta clase de deber de solidaridad intensificada o cualificada no estaría prevista en un tipo penal especial(38), sino que sería el fundamento por el cual la restricción cualificada del ámbito del riesgo permitido legitimaría la intervención penal en tiempos de pandemia, donde el rol del ciudadano parecería asumir contornos específicos de mayor calado que los característicos en épocas de normalidad. En consecuencia, en tiempos de emergencia, como una pandemia mundial, no solo se presentaría el deber de observar el comportamiento de no infectar al prójimo evitando el contacto con él (*neminem laedere*), sino también el del comportamiento de no infectar al prójimo evitando contagiarse uno mismo o por medio de mantenerse a sí mismo saludable(39), ajeno al virus (*alterum salvare*), donde el campo permitido de la autopuesta en peligro(40) se encontraría casi totalmente clausurado a la disponibilidad individual: ¡no debes asumir el peligro ni siquiera para ti mismo porque te conviertes en peligro común para todos! (hete aquí el deber especial de solidaridad intensificada de evitar la autopuesta en

(36) WINGERT, *op. cit.*, 2021, pp. 49-50, para quien este deber de reciprocidad reside en la equidad: «quienes disfrutan de los frutos de una cooperación, en este caso la protección de la salud general o un tratamiento médico eficaz, también deben contribuir con su parte a la cooperación fructífera».

(37) Para WINGERT, *op. cit.*, 2021, p. 49, un uso es responsable si previsiblemente no reduce significativamente la capacidad del servicio de salud para evitar peligros colectivos mediante el ejercicio de los propios derechos, es decir, un uso que no perjudica, incluso teniendo en cuenta el comportamiento probable de los demás.

(38) Sobre el deber de solidaridad intensificada como *tertium* entre la solidaridad mínima y la organización o, lo que es lo mismo, las omisiones puras de garante y las omisiones de garante referidas al resultado como realidades intermedias entre la omisión pura y la comisión por omisión o, las omisiones de gravedad intermedia a mitad de camino entre las omisiones leves y las omisiones graves en el Código Penal español, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código penal», *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Manuales de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial, n.º 4, Madrid, 1999, pp. 153-172.

(39) Las tradicionales expresiones de deseo, ¡mantente saludable!, *Bleib gesund!* y *stay healthy!* pueden erigirse hoy como el contenido de estos deberes de solidaridad.

(40) Como potenciales víctimas de un riesgo común.

peligro)(41). Dada las características conocidas del riesgo de contagio de enfermedades transmisibles entre humanos altamente contagiosas, como el COVID-19, la autopuesta en peligro en cuestión, se trataría de una autopuesta en peligro cualificada por dos claras razones. En primer lugar, porque se trataría de una asunción de un peligro de doble filo, donde la potencial víctima no solo se autolesionaría con su comportamiento reflexivo o descuidado, sino que al mismo tiempo se convertiría en propagadora del riesgo y, con ello, en potencial autora de la creación o incremento de un riesgo prohibido para la salud individual y para la salud pública. En este primer aspecto, la infracción de deberes por parte de la víctima escalaría desde los de autoprotección hacia los de heteroprotección. Y, en segundo lugar, porque este tipo de riesgo, al aterrizar en una persona, potencia sus efectos multiplicadores indefinidamente, lo que lo tornaría humanamente incontrolable(42). Esta circunstancia anularía el consentimiento libre del contagiado en relación con la asunción del peligro. Dadas las características del virus, el sujeto no podría garantizar razonablemente *ex ante* un cierto dominio y por ello tampoco se podría esperar razonablemente de él que el peligro se mantendrá dentro de su esfera de control (no se podría asegurar mínimamente la no circulación del virus altamente contagioso). A esta última razón habría que añadir que tampoco concurriría a favor de la víctima un permiso particular de disponibilidad sobre un bien común porque la misma no tiene un exclusivo dominio sobre la salud pública(43). Así tampoco, se desplazaría por la misma razón la responsabilidad del autor del conta-

(41) Donde «cada prójimo comporta una sensación de peligro» (*Jeder Mitmensch ist ein Gefühl Gefahr*), según KINGREEN, *op. cit.*, 2020, p. 1019.

(42) A diferencia de la autopuesta o heteropuesta en peligro simple donde la víctima sufre la lesión y allí, en principio, *se acaba el riesgo*.

(43) Tomando como referencia los argumentos del profesor Gimbernat Ordeig sobre la autopuesta en peligro, resulta oportuno realizar la siguiente consideración. Al menos, desde un punto de vista estrictamente teórico, sería posible imputar al causante del contagio (que no se contagió adrede, pero sí conociendo el elevado riesgo que asumía en una fiesta clandestina o *coronaparty* y no tomó medidas de prevención posteriores) las lesiones y las muertes por COVID-19 del personal de salud que, en el ejercicio de su profesión y en el cumplimiento de su deber, sin incurrir en comportamientos imprudentes, pudieron haber contraído el virus que se materializó en un peligro o resultado típicamente relevantes; toda vez que el contagiante actuó antijurídicamente o, en palabras de Gimbernat Ordeig, «porque nadie tiene derecho –ni la ley penal puede aprobar ese comportamiento sin sancionarlo– a crear innecesariamente una situación de emergencia en la que, *en el ejercicio legítimo y no imprudente de su profesión*, otras personas deban arriesgar sus vidas y su salud para intentar aminorar los daños que gratuitamente ha provocado el incendiario» (en referencia a la «responsabilidad del primer causante por las automuertes o autolesiones que puedan sufrir las personas jurídicamente obligadas a intervenir para paliar los efectos del siniestro»). Véase con más detalles, GIMBERNAT ORDEIG, «Imputación objetiva y

gio. La prevención de emergencia residiría así, prácticamente, en el mantenimiento de la salud individual como instrumento de protección de la salud pública(44). En cualquier caso, con esto no se quiere decir que el ciudadano habría de convertirse en un superciudadano, sino que habría de tomar consciencia que la prevención a la cual él está llamado no se agota en el cumplimiento de las medidas asumidas por el Estado o en una simple omisión de interferencias en esferas ajenas, sino que incluye también, el empleo de todo tipo de cuidados activos, esfuerzos propios y conocimientos técnicos adquiridos en la medida de sus posibilidades(45).

4. LA PROPAGACIÓN Y TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES INFECTOCONTAGIOSAS: INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE EMERGENCIA DE LA NORMA JURÍDICOPENAL

Por medio de la intervención penal en materia sanitaria, se puede persuadir contra la propagación y contagio de enfermedades peligrosas en pos de tutelar el derecho humano salud humana(46). El

conducta de la víctima», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. LVIII, 2005, pp. 733-805, pp. 757 y ss., p. 759.

(44) BARDAYO ANTÓN, C., «Imputación de resultados lesivos y muerte por contagio de COVID-19: ¿modificación de la tolerancia del riesgo?», *La Ley Penal*, n.º 144, 2020, pp. 1-30, p. 4 señala: «a diferencia de [...] otros tipos de contagio como el SIDA, no solo es riesgoso el comportamiento del contagiado sino también del no-contagiado que se salta sistemáticamente el confinamiento acudiendo a lugares de riesgo (cognoscibilidad del riesgo)... la alta contagiosidad por contactos cotidianos de COVID-19 lleva a considerar que se puede vulnerar la voluntad de una persona de no querer saber si está contagiada o es inmune. Y tampoco puede operar el *derecho a la intimidad* de un sospechoso de contagio por este virus, [...], en virtud del interés de los demás de conocer ese peligro. Por eso sobre aquel de quien se sospeche [...] que pueda estar contagiado, se puede vulnerar su integridad física al objeto de comprobarlo, y [...] en caso de contagio comprobado aislarle tomando las medidas terapéuticas aun en contra de su voluntad, pues su conducta ya no es una *autopuesta en peligro*, sino que él mismo es el peligro para los demás».

(45) VARELA, *op. cit.*, 2016, p. 157.

(46) El art. 25.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) reconoce el derecho a la salud y el bienestar de las personas como derecho humano interdependiente de otros derechos humanos. La salud humana ha sido definida por el Preámbulo de la Constitución de la OMS como «un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»; y a la vez se ha declarado que «el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social». En todo caso, hay que indicar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dictada por la Asamblea General de la Orga-

COVID-19 comporta hoy en día una seria amenaza para la salud colectiva global, que como bien jurídico supraindividual hace referencia a la salud del conjunto de la población mundial que no conoce fronteras(47). El art. 1.º del RSI de la OMS define *riesgo para la salud pública* como toda probabilidad de que se produzca un evento que puede afectar adversamente a la salud de las poblaciones humanas, considerando en particular de que se propague internacionalmente; definición que deja abierta la posibilidad que la salud se afecte a escala planetaria. Dentro del objeto de tutela no solo se contemplan las manifestaciones individualizadas de la salud (salud personal o de determinado sector vulnerable, como podría ser la población de riesgo), sino también el sistema sanitario o de sanidad pública, que es el mecanismo institucional por medio del cual el Estado realiza una de las prestaciones primarias más esenciales para la ciudadanía(48). El sistema de salud pública presenta una serie de agentes intervinientes como sujetos de derecho y de deber, entre los cuales se encuentran el ciudadano sanitario (paciente-usuario-cliente), que es el sujeto activo de la relación prestacional de la asistencia sanitaria; los profesionales sanitarios, que son los sujetos prestadores de dicha asistencia y, los llamados gestores de los recursos sanitarios y de los derechos de los pacientes y usuarios(49). Así como el cometido del Estado y los deberes de los ciudadanos merecían algunos correctivos en tiempos de emergencia sanitaria, así también habría que ajustar el contenido de los nuevos riesgos de transmisión de la enfermedad del COVID-19 cuando estos pudieran conformar un delito penal. Como el riesgo de propagación y contagio del COVID-19 se incrementa objetivamente de forma exponencial, las normas de prevención se fundamentan en un severo cercenamiento de la libertad civil. Por tal razón, habría que reconocer que el riesgo punible de propagación y contagio no tendría el mismo fundamento político-criminal en tiempos normales de salud,

nización de las Naciones Unidas (ONU), no es vinculante para los Estados sino a través de los Pactos suscritos, previstos para su obligatoriedad.

(47) La teoría de los bienes jurídicos globales, sin fronteras, también podría ser objeto de categorización porque la salud pública representaría, al menos en principio, un bien jurídico universal de valor supremo frente a otros bienes jurídicos universales, como el patrimonio cultural de la Humanidad. Sobre el valor moral de la salud, como condición para el ejercicio de la libertad, a propósito de las restricciones en tiempos de pandemia, WINGERT, *op. cit.*, 2021, pp. 51 y ss., pp. 59 y ss.

(48) En este sentido, se ha manifestado ANTEQUERA VINAGRE, J. M., «Fundamentos de Derecho sanitario», en ANTEQUERA VINAGRE (ed.), *Derecho sanitario y sociedad*, Madrid, 2006, pp. 1-42, p. 1, al considerar a la «salud como un bien social que fortalece el derecho fundamental a la vida y a la integridad física, y que define un modelo de organización jurídico-política como es el *estado de bienestar*».

(49) ANTEQUERA VINAGRE, *op. cit.*, 2006, p. 4.

que en tiempos de pandemia mundial (o brote o epidemia local) y ello sería, en principio, el punto de arranque para legitimar la serie de restricciones a los derechos fundamentales que se vienen imponiendo. Dicho esto, se advierte que la excepción se hizo regla cuando el ámbito del riesgo permitido ha quedado tan estrechamente cercado, que según en qué circunstancias, el hecho de salir a la calle o abrazar al prójimo podría conllevar la creación de un riesgo penalmente típico(50). En este escenario y teniendo en cuenta la envergadura del bien jurídico protegido, el binomio equilibrado en tiempos de emergencia sería «a menor riesgo permitido (libertad ampliamente cercenada) mayores exigencias al momento de imputar»(51), donde el criterio de oportunidad procesal podría cobrar especial protagonismo en la práctica(52). Dos manifestaciones de esta regla pueden enunciarse aquí como posibles. La primera pasaría por el siguiente razonamiento: si en tiempos normales, de máxima libertad, el peligro abstracto resulta punible, en tiempos de emergencia (como una pandemia) la minúscula libertad que se le deja al ciudadano debería, en muchos casos, desplazar la punibilidad hacia arriba, hacia el peligro concreto. La segunda sería que, para las formas imprudentes, el ámbito de infracciones penalmente relevantes se redujera a las más graves (y no a las menos graves o leves), siendo que es regla general que la imputación de la imprudencia opera con el sesgo retrospectivo de un modo más intensificado cuando se trata de delitos contra bienes de alto rango. Normalmente, la producción del resultado en el delito imprudente resulta predecible y evitable en retrospectiva y por ese sesgo es que *ex post delicto* se suelen encontrar innumerables argumentos para fundamentar que se podría haber evitado el resultado por parte de quien no lo evitó (por ejemplo, en el contagio del coronavirus se diría que se podría haber empleado mayor distancia de seguridad entre personas o que se debería haber procedido a una desinfección más cabal, entre otras variantes)(53). Algunas propuestas, para excluir las negligencias leves, sostienen que, en tiempos de coronavirus, las personas que se movilizan no solo colocan en peligro a los restantes

(50) Así, FAHL, C., “Das Strafrecht in den Zeiten von Corona”, *Juristische Ausbildung*, v. 10, 2020, pp. 1058-1065, p. 1064, señala que si fuera socialmente adecuado abrazarse (lo que no lo es en tiempos de pandemia), entonces, habría que recurrir al aspecto subjetivo (dolo eventual) para poder imputar el delito.

(51) Mayor exigencia acompañada de una aplicación rigurosa del principio de caridad hermenéutica.

(52) Así, FAHL, *op. cit.*, 2020, pp. 1064, 1065, quien propone que los casos de coronavirus no se resuelvan en el Derecho sustantivo, sino en el procesal con la aplicación de los §§ 153, 153a StPO.

(53) Así, FAHL, *op. cit.*, 2020, pp. 1060, 1061.

participantes, sino también a ellas mismas, por lo que habría de pensarse en limitar las exigencias de los delitos contra la salud individual al estándar civil de la *diligentia quam in suis* (§ 277 BGB)(54). Esta figura civil hace referencia al cuidado propio, al que emplea habitualmente la persona en el manejo de los propios asuntos(55). En todo caso, el fundamento del cambio de lógica del Derecho penal residiría en no alterar sus principios rectores, sino en reajustar su sistema de imputación en situaciones extraordinarias. Como un recorte significativo a la libertad *ex ante* del ciudadano conllevaría una reducción natural del abanico de opciones de observancia a la norma (todos los comportamientos se tornarían prácticamente antinormativos), se caería en un grosero exceso punitivo si tal libertad siguiera recortándose *ex post* al momento de imputar. Por ello, un Derecho penal de emergencia no significa un Derecho penal autoritario, avasallador de la libertad en pos de la seguridad de forma desmedida, sino un Derecho penal de garantías, respetuoso de las libertades civiles en razonable sintonía con la tutela de emergencia de un determinado bien jurídico y, para lo cual, precisaría de una corrección en su lógica de imputación(56). La mayor rigurosidad al momento de imputar quedaría vinculada, entre otras cosas, a la interpretación del riesgo penalmente típico en los delitos de propagación de enfermedades contagiosas (y de lesiones u homicidio). Para la atribución del riesgo típico habría de exigirse que se trate de infracciones graves o reiteradas de las normas de prevención, y no de meros descuidos o hipótesis de riesgos abstrac-

(54) Así, FAHL, *op. cit.*, 2020, pp. 1060, 1061. El § 277 BGB (de la diligencia en los propios asuntos) señala que la persona que sea responsable del cuidado que habitualmente guarda en sus propios asuntos no estará exenta de la responsabilidad por negligencia grave.

(55) Habría de pensarse si este estándar civil subjetivo es viable en los casos de bienes jurídicos colectivos (salud pública), donde dejar librado el manejo del riesgo de contagio al estándar de cuidado que cada persona tiene en relación con sus propios asuntos no parecería ser una idea del todo sensata para estos supuestos. En todo caso, permitir que cada uno cuide la salud de todos como cuida la propia, solo sería recomendable para desplazar los supuestos de imprudencia leve, pero no la grave.

(56) Y ya en la lógica de iniciar la persecución penal por un hecho delictivo. Al respecto, NIETO MARTÍN, A., «El Derecho penal ante el coronavirus: entre el estado de emergencia y la gobernanza global», *Almacén de Derecho*, 15/04/2020. Disponible en: <https://cutt.ly/QvOY5T5>. Señala este autor: cuando finalice la situación de emergencia del colapso de los hospitales se pasará al colapso de la Administración de Justicia, donde se intentarán hacer valer reclamos contra las personas de máxima autoridad que han gestionado la política pandémica. Para estos casos, sostiene, habría de arbitrarse una solución excepcional (distinta al estado de emergencia tradicional que persigue un *enemigo* público) para evitar un reclamo desmedido de responsabilidad penal a quienes han tenido que adoptar las decisiones más delicadas y complicadas en el estado de emergencia.

tos. También para la imputación subjetiva habría de exigirse algo más que conocimientos ligeros o creencias erróneas difíciles de vencer. Habría de exigirse –como mínimo– la concurrencia de un conocimiento eventual del alcance del riesgo generado, fundado en el conocimiento de los elementos necesarios para dar cumplimiento a la norma de prevención. Por ejemplo, estornudar con la mascarilla médica debidamente puesta, sin llevar el pliego del codo a la cara al momento de hacerlo, no debería, en principio, considerarse un riesgo penalmente relevante, teniendo en cuenta que la barrera de contención del riesgo de contagio derivado del estornudo ya se encuentra en el cumplimiento del deber de portar la mascarilla indicada y no haría falta, salvo excepciones, un sobreaseguramiento del riesgo empleando el codo (podría serlo, si se tratara de una mascarilla de tela); así tampoco, el acercamiento natural entre personas en una tienda concurrida no comportaría, en principio, un riesgo de suficiente entidad para erigirse como penalmente relevante o bien obviar la consulta al médico ante un aislado ataque de migrañas, en principio, tampoco lo sería y, así, muchos otros supuestos de la vida cotidiana. En relación con algunos elementos del comportamiento también es posible citar los siguientes ejemplos. El uso de mascarillas médicas de tipo FFP2, N95 o KN95 y OP-II es obligatorio en algunos Estados para las actividades rutinarias del ciudadano en la vida común(57). Para observar debidamente la norma de prevención, el ciudadano debería ser conocedor de cuáles son las mascarillas médicas y cuáles son las que se encuentran habilitadas para su uso permitido, aunque en el mercado abunden una serie de mascarillas de tela y otros materiales que simulan idoneidad(58). Dejando de lado supuestos muy excepcionales, la falsa creencia de que la mascarilla que se porta es quirúrgica (y no común) sería, en el contexto de la pandemia, algo poco probable de exculpar hoy en día por cuanto la exigencia del deber de verificar la calidad y condición de la mascarilla es actualmente la norma básica para el desarrollo de la vida social permitida y su conocimiento es de fácil acceso (en la farmacia se puede preguntar y en cualquier tienda se encuentran debidamente señalizadas). En este sentido, se ha vuelto saber común, socialmente estandarizado, el conocimiento de los tipos de mascarillas médicas de uso obligatorio. Como caso fronterizo, en cuanto a la vencibilidad de un posible error, se encontraría el uso de

(57) No son exigibles, pero se las puede emplear, las demás mascarillas de protección extrema como las FFP3, N99, N100, OP-IIR, R95, R99, R100, P95, P99 y P100.

(58) Aquí hay que diferenciar también el sentido de la prohibición. No está prohibido el uso de mascarillas de telas comunes, sino que está prohibido emplearlas para salir a la calle, entrar a una tienda, subir a un autobús y, en sí, realizar la vida social.

mascarillas FFP1 y OP-II, que poseen menor protección que las restantes y que no son las habilitadas para la vida civil. Como caso excepcional, de invencibilidad, se podría presentar el uso de mascarilla común por parte de una persona solitaria, de avanzada edad, que se halla desubicada en tiempo y espacio (aunque es imputable plenamente) y que adquiere mascarillas falsas o de tela similares a las médicas. Otro supuesto sería el de la persona que es engañada a portar una mascarilla supuestamente médica cuando no lo es, y fuera creíble el engaño e invencible por parte de quien lo padece; entre otros posibles ejemplos. Universo distinto de problemas se presenta con las actividades que se encuentran prohibidas o restringidas, siendo la más problemática la de viajar. Por ejemplo, en algunos países está prohibido viajar por motivos de ocio y turísticos, siendo el único permitido las «razones esenciales», de modo que los servicios de transporte y alojamiento no se encuentran suspendidos ni clausurados en su totalidad. Evidentemente, entre estos extremos de lo permitido y de lo prohibido hay un amplio abanico de situaciones intermedias difíciles de resolver, máxime cuando los mismos extremos comportan a su vez conceptos amplios y ambiguos. ¿Cuáles son las razones esenciales? Porque el ocio positivo sería una razón esencial para mantenerse mentalmente saludable... Estas situaciones intermedias, aunque parecen encontrarse a merced de la libre disponibilidad del ciudadano, no obstante, se encuentran regidas por un macro criterio, que es la recomendación de no hacer uso de ellas, por ejemplo, permaneciendo en el hogar y evitando trasladarse de un lugar a otro. Es decir, la recomendación sería que el ciudadano no hiciera uso de esa libre disponibilidad del riesgo intermedio y no buscara posibles lagunas a la normativa para realizar aquello que se recomienda no hacer. Esta especie de recomendación a la abstención de usar ese estrecho margen de libertad no prohibida se asemeja a la recomendación de no gastar los ahorros en tiempos de crisis, lo que supondría desde toda lógica una limitación desproporcionada a la libertad civil en un Estado de Derecho. Pero, habrá que esperar los pronunciamientos judiciales para ver cómo los tribunales resuelven estas cuestiones.

5. REFLEXIÓN SOBRE LA NORMATIVA ALEMANA Y ESPAÑOLA EN MATERIA DE PROPAGACIÓN DE ENFERMEDADES CONTAGIOSAS

A continuación, se referenciará muy concretamente la normativa alemana y española para extraer algunas conclusiones útiles, adelan-

tando como ya se sabe, que en España no se prevé un delito específico de propagación de enfermedades peligrosas como sí en Alemania. Es por esta razón, que se analizará en primer lugar el Derecho alemán.

5.1 El contexto alemán

En Alemania la lucha contra la pandemia del coronavirus viene realizándose a través de determinadas medidas asumidas por el Estado central en coordinación directa con los dieciséis Estados Federados. La situación jurídica hasta el presente puede clasificarse en dos etapas tomando como puntos de referencia los años de la pandemia. El primer año fue el 2020 y el segundo año es el 2021, actualmente en curso⁽⁵⁹⁾. En relación con la primera etapa (11/03 a 31/12 de 2020), el Parlamento alemán declaró la situación epidémica del coronavirus por medio de la Ley para la Protección de la Población en Situación de Epidemia de Alcance Nacional (del 27 de marzo)⁽⁶⁰⁾ e incluyó nuevas medidas con otras dos leyes más, que llevan el mismo título, la Segunda Ley para la Protección de la Población (del 19 de mayo)⁽⁶¹⁾ y la Tercera Ley para la Protección de la Población (del 18 de noviembre)⁽⁶²⁾. Por medio de esta última se refuerzan todavía más las medidas para combatir el virus y se incorporan mejoras a la legislación sanitaria. Todas estas leyes tienen una vigencia temporal hasta que finalice la crisis epidemiológica por coronavirus, puesto que su objeto es simplemente adaptar la legislación formal existente a las demandas de la situación de emergencia y aprovechar para introducir mejoras permanentes en materia sanitaria. En lo que aquí puede interesar, las principales modificaciones que introdujeron estas leyes lo son en el ámbito del Derecho de policía sanitaria comprendido en la llamada, en su versión abreviada, Ley de Protección contra las Infecciones (IfSG), que data del año 2000⁽⁶³⁾ y en la Ley de Implementación

(59) Al momento de terminar este artículo, en Alemania y España se está presentando la cuarta ola de contagios del coronavirus (que comenzó aproximadamente a finales de marzo de 2021).

(60) *Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite* [BGBL. 2020 I S. 587].

(61) *Zweiten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite* [BGBL. 2020 I S. 1018].

(62) *Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite* [BGBL. 2020 I S. 2397].

(63) Su nombre completo es Ley para la Prevención y Combate de Enfermedades Infecciosas en Humanos (*Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen Infektionsschutzgesetz*), de 20 de julio de 2000 [BGBL. I S. 1045].

del Reglamento Sanitario Internacional del 21 de marzo de 2013(64). En relación con la segunda etapa (01/01 hasta comienzos de abril de 2021), al día de la fecha no se han presentado novedades jurídicas que puedan tener relevancia en este trabajo.

5.1.1 DERECHO SANITARIO

El Derecho sanitario alemán(65), como rama transversal, aglutina una serie de normas jurídicas atinentes al sistema de salud humana (individual y comunitaria) y de sanidad pública del Estado, que van desde la tutela constitucional de la salud hasta la planificación y gestión, esto es, la reglamentación e implementación de la política institucional del orden sanitario. El Derecho sanitario se enfoca esencialmente en el Derecho administrativo y el penal, pero no descuida otras normas sanitarias como las contenidas en el Derecho civil y el laboral. A continuación, se harán algunas consideraciones sobre los principios constitucionales e instrumentos legales más significativos en el contexto de la pandemia lo que permitirá apreciar el modelo escalonado de prevención de enfermedades contagiosas. Como bien jurídico colectivo o como derecho subjetivo individual, ni la salud colectiva ni la salud individual se encuentran expresamente mencionadas en la Ley Fundamental alemana (GG de la corta sigla en alemán(66)), pero surgen inevitablemente del sentido de los derechos fundamentales recogidos en sus arts. 1.º y 2.º que, como tales, forman parte de un Estado federal, democrático y social de Derecho (art. 20.º, apartado 1.º)(67). Estos derechos fundamentales son la base ineludible para el ejercicio de los restantes derechos fundamentales. Así, el apartado 1.º del art. 1.º reconoce la intangibilidad de la dignidad humana y el apartado 2.º reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda la comunidad humana(68); y, además, el apartado 2.º del art. 2.º recoge el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. El Derecho de salud alemán se

(64) *IGV-Durchführungsgesetz* (IGV-DG).

(65) O Derecho de la Salud (*Gesundheitsrecht*), que es la rama del Derecho que se ocupa de la salud humana. Véase, IGL, G., “1. Kapitel. Begriff und System des Gesundheitsrechts”, en Igl y Welti (eds.), *Gesundheitsrecht. Eine systematische Einführung*, 3.º ed., München, 2017, pp. 1-9, p. 1.

(66) *Grundgesetz (für die Bundesrepublik Deutschland)*.

(67) KOSTORZ, P., *Basiswissen Gesundheitsrecht*, Berlin, 2020, pp. 5, 13 y ss.

(68) Al efecto, para Alemania, el derecho humano a la salud se encuentra contemplado en el art. 12.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y el art. 35.º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000).

encuentra íntimamente vinculado al Derecho internacional y al Derecho comunitario europeo. Por compromisos asumidos internacionalmente, Alemania ha promulgado la IGV-DG de la OMS en el año 2013, desde la cual se regulan las medidas de prevención de enfermedades contagiosas en relación con el transporte y tráfico entre países. La misma contempla una serie de infracciones administrativas, además de algunos delitos penales castigados con penas de hasta cinco años de prisión. También, en su condición de Estado miembro de la Comunidad Europea, Alemania se halla protegida por un marco común de seguridad sanitaria, en virtud de la Decisión 1082/2013/UE, por medio de la cual se regulan los mecanismos jurídicos y técnicos para hacer frente a las amenazas transfronterizas graves para la salud humana(69). Desde este frente mixto, la salud humana como derecho personalísimo y como derecho colectivo, se encuentra ampliamente protegida y regulada por el Derecho sanitario alemán. En materia sanitaria, el sistema federal establece que las medidas contra enfermedades humanas contagiosas y peligrosas para la sociedad pertenecen a la legislación concurrente de la federación. Esto significa que, desde el punto de vista legislativo, el sistema de salud y sanidad corresponde primordialmente a la legislación federal central (como la IfSG) y, para determinados casos, pertenece a la competencia de los Estados federados(70). Con esta base, los requisitos de la responsabilidad penal, así como la naturaleza y alcance de la sanción penal, deben ser previstos en la ley federal central (la ley formal), de forma tal que las posteriores regulaciones, ordenanzas y actos administrativos de los Estados federados solo pueden completar y precisar estos requisitos con mayores detalles (por ejemplo, técnicos)(71). La Ley de Protección contra las Infecciones, que a continuación se analiza, es el principal instrumento legal del Derecho sanitario alemán.

(69) Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea del 22/10/13 *Sobre las Amenazas Transfronterizas Graves para la Salud*. A la fecha se encuentra en trámite una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud (11/11/2020), por el que se derogaría la Decisión 1082/2013/UE.

(70) Según el apartado 1.º, punto 19 del art. 74.º de la GG. La normativa del Estado federado ha de mencionar la base legal (según la exigencia del art. 80.º de la GG) y podrá concretar los detalles y alcance de la ley formal central, como lo es la IfSG, según lo dispone el § 54 de esta última ley.

(71) WEISSENBERGER, B., "Die Corona-Pandemie und das Strafrecht, insbesondere in Verbindung mit dem (neuen) IfSG", HRRS, 2020, pp. 166-181, pp. 170-171. Además, este autor añade que estas ordenanzas o actos administrativos también deben encontrarse formulados con suficiente precisión en el sentido del art. 103.º (punto 2) de la GG (regla de taxatividad del principio de legalidad).

5.1.II LEY DE PROTECCIÓN CONTRA LAS INFECCIONES (IfSG):
OBJETO, MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y COORDINACIÓN
INTERNACIONAL

Esta ley contempla un régimen de medidas de prevención de enfermedades transmisibles y también contempla un sistema de contravenciones y algunas disposiciones penales (*Nebenstrafrecht*). La IfSG es la base legal exigida por la Ley Fundamental alemana para el despliegue de la política sanitaria por medio de los decretos de los Estados Federados(72), que pueden afectar los derechos fundamentales de las personas. Su propósito legal es prevenir enfermedades transmisibles para los seres humanos, detectar infecciones en una etapa temprana y prevenir la propagación (§ 1.1). Para cumplir con el propósito de la ley, el mismo cuerpo legal asume como tarea pública, que las políticas sanitarias de las autoridades federales, estatales y locales, los médicos, los veterinarios, los hospitales, las instituciones científicas y otras partes involucradas, deben diseñarse de acuerdo con el estado actual de la ciencia y la tecnología médica y epidemiológica. Asimismo, debe fomentarse la responsabilidad personal de los propietarios y administradores de las instalaciones comunitarias, las empresas de alimentos, las instalaciones de salud y las personas en la prevención de enfermedades transmisibles (§ 1.2). En el mismo sentido se indica, que la prevención comienza por la educación de la sociedad sobre los peligros de las enfermedades transmisibles y cómo prevenirlas (§ 3), siendo el ente coordinador de la política sanitaria el Instituto Robert Koch, el que para cumplir con el propósito de la ley debe trabajar con las autoridades federales y estatales correspondientes y con los centros científicos de referencia (§§ 4.1 y 4.2), así como desde la cooperación con organismos supranacionales, como la OMS (§ 4.3). Por otro lado, el § 13 establece otras formas de vigilancia epidemiológica y la autorización para emitir ordenanzas y reglamentaciones por parte del Gobierno central, los Estados Federados, el Ministerio Federal de Salud y el Instituto Robert Koch, así como la obligación de seudonimizar los datos de pacientes y estudios según los casos, y regula el trabajo de farmacovigilancia que realiza el

(72) El art. 80.º de la GG prevé la obligación de mencionar la base legal en los decretos de los Estados Federados. El apartado 1.º establece que el Gobierno Federal, un ministro federal o los gobiernos de los Estados podrán ser habilitados mediante ley para otorgar decretos. En esta ley se deberán determinar el contenido, el objeto y el alcance de la autorización otorgada. En tales decretos se mencionará su base legal. Cuando la ley prevea que una habilitación puede ser delegada, la delegación debe efectuarse por decreto.

Instituto Paul Ehrlich en materia de vacunas(73). De igual manera, en los supuestos de restricción de circulación y aislamiento de personas infectadas, observación obligatoria y monitoreo de la infección y prohibición de trabajar (§§ 28 a 31), se faculta a los gobiernos estatales a dictar ordenanzas para combatir las enfermedades transmisibles (§ 32)(74). Asimismo, diferentes preceptos sobre medidas preventivas de la ley autorizan a las autoridades competentes a restringir los derechos fundamentales de las personas, como la libertad de circulación y reunión(75), así como la integridad física y el secreto postal(76) y la inviolabilidad del domicilio(77), además de otros(78).

Entre las principales modificaciones, que ha sufrido la IfSG, se encuentran la declaración del Parlamento alemán del estado de epidemia a nivel nacional, así como la implementación de algunas medidas de prevención de la enfermedad y el otorgamiento de facultades a las autoridades competentes para paliar la epidemia (§ 5); asimismo, la

(73) El Instituto Robert Koch (control y prevención de enfermedades) y el Instituto Paul Ehrlich (control de vacunas y medicamentos biomédicos) son entes en el seno del Ministerio Federal de Salud alemán, que trabajan coordinadamente según los mandatos de la IfSG.

(74) En el marco de las facultades otorgadas a los Estados Federados, estos pueden determinar cuáles serán las autoridades competentes para realizar los propósitos de la ley (§ 54).

(75) En particular, el § 28, sobre medidas de protección para evitar la propagación de enfermedades transmisibles, contempla la restricción de los derechos fundamentales de la libertad de la persona, la libertad de reunión y la libertad de circulación en relación con la medida de segregación de la persona presuntamente infectada o enferma durante un tiempo necesario en una determinada institución. También, contempla la posibilidad de obligar a la persona presuntamente infectada a no salir del lugar donde se encuentra (o a ingresar) o a hacerlo solo bajo ciertas condiciones. Así también, la autoridad competente puede restringir o prohibir eventos u otras reuniones de personas y cerrar establecimientos comunitarios.

(76) El § 21 restringe el derecho fundamental de la integridad física de las personas en el caso de una vacuna ordenada por ley correspondiente. Además, el § 30, apartado 3.º, sobre la medida de aislamiento (*Absonderung*), contempla la restricción de los derechos fundamentales de la integridad física de la persona y el secreto postal en los supuestos de una persona infectada segregada en un hospital, quien debe tolerar las medidas que sirvan para mantener el funcionamiento adecuado de la instalación o para asegurar el propósito del alojamiento o si fueran necesarias para la descontaminación.

(77) El apartado 4.º del § 16 sobre medidas generales para prevenir enfermedades transmisibles, autoriza a la autoridad competente a ingresar a propiedades, habitaciones e instalaciones, así como medios de transporte e inspeccionar documentos [...], así como examinar objetos o tomar muestras para su examen.

(78) El § 17 sobre medidas especiales para prevenir enfermedades transmisibles, en su apartado 7.º determina la restricción de los derechos fundamentales de la libertad de la persona, la libertad de circulación, la libertad de reunión y la inviolabilidad del domicilio.

política sanitaria preventiva alemana, más robusta de lo que uno se imagina, va más allá de la situación actual; va hacia el futuro inmediato con efectos en lo mediato. Según el § 4.1a de la IfSG, el Ministerio Federal de Salud deberá presentar un informe al Parlamento (*Bundestag*), a más tardar el 31 de marzo de 2021, sobre los hallazgos de la epidemia causada por el nuevo coronavirus. El informe tiene como finalidad abordar propuestas para el fortalecimiento legal, de infraestructura y de personal del Instituto Robert Koch de cara a mejorar el sistema sanitario alemán para futuras epidemias(79). Por otro lado, el § 6.1.1, que contiene la obligación de informar acerca de la sospecha o existencia de determinadas enfermedades, incorporó en su letra (t) la enfermedad del coronavirus (COVID-19) y el § 7, que contiene la obligación de informar sobre la evidencia notable de determinados patógenos, incorporó en su punto (44a) el Síndrome Respiratorio Agudo Severo del Coronavirus (SARS-CoV y SARS-CoV-2). Por su parte, en relación con el control y vigilancia del sistema de vacunas, al § 13.5 se incorporó el punto 10 relativo a la vacuna contra el COVID-19 y, al § 20 sobre vacunas y otras medidas de profilaxis específica, se introdujo el punto 2a, el cual menciona los objetivos de la Comisión Permanente de Vacunación en materia de COVID-19 (prevención del coronavirus, protección de personas de riesgo elevado de infección debido a una discapacidad, por su trabajo o residencia, entre otros objetivos). Así también se incorporó el § 28a 1, que prevé un conjunto de medidas de protección especiales para prevenir la propagación del COVID-19, que pueden implementarse durante la situación epidémica de alcance nacional, entre las cuales se encuentran: (1) mantenimiento de la distancia en el espacio público; (2) obligación de portar la mascarilla en boca y nariz; (3) restricciones de salida y de contactos en espacios públicos y privados; (4) obligación de crear una cultura de higiene en las empresas e instalaciones abiertas al público; (5) prohibición o restricción de realización de eventos de ocio, culturales y deportivos; (6) prohibición total o parcial de distribución o consumo de alcohol en espacios determinados; (7) prohibición o imposición de condiciones para la realización de eventos religiosos o ideológicos; (8) prohibición o restricción de viajes y ofertas de alojamiento (en particular con fines turísticos); (9) prohibición o restricción del funcionamiento de instalaciones gastronómicas; (10) cierre total o parcial de negocios y comercios, mayoristas y minoristas; (11) prohibi-

(79) El § 5 (9) señala la obligación del Ministerio de Salud de enviar un informe interdisciplinar sobre los efectos de la normativa en el contexto de la situación epidémica de alcance nacional al Gobierno Federal y este debe hacerlo en relación con el Parlamento alemán antes del 31/12/21 y 31/03/22, respectivamente.

ción o restricción de ingresar y visitar instalaciones de atención médica o social(80); (12) organización del tratamiento de datos de contacto de clientes o participantes en un evento con la finalidad de rastrear y poder interrumpir cadenas de contagio del COVID-19; entre otras. También, el § 28a 3 señala que la implementación de las medidas de protección para prevenir la propagación del COVID-19 deben estar orientadas a la protección de la vida y la salud y al funcionamiento del sistema sanitario, teniendo en cuenta en la toma de decisiones los cambios en el proceso de infección debido a las nuevas variantes más contagiosas del virus, que ejercen mayor presión en el sistema de salud. Además, teniendo en cuenta que Alemania forma parte de la Unión Europea y se encuentra sometido al Derecho Comunitario, la *IfSG* faculta en su § 55 la alineación de las ordenanzas de los Estados Federados con los Estados Miembros, en la medida en que ello se relacione con la implementación de Directivas o Decisiones del Consejo o la Comisión de la Unión Europea que afecten a la salud pública. Asimismo, en cumplimiento del compromiso vinculante asumido con la OMS, el § 12, apartado 1.º, le ordena a la autoridad competente a notificar a los Estados Federados todo clase de enfermedad transmisible, declarada de emergencia sanitaria de alcance internacional(81) (como el coronavirus); mientras que, en virtud de la Decisión 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, sobre amenazas transfronterizas graves para la salud derivadas de peligros de origen biológico o desconocido, el § 12, apartado 2.º le ordena a la autoridad competente a notificar a los Estados Federados toda la información necesaria al respecto.

5.1.ii.a Ley de Protección contra las Infecciones (IfSG): régimen contravencional

El sistema de contravenciones de la *IfSG* se rige por la Ley de Infracciones Administrativas (*OWiG*) y se complementa con la normativa de los diferentes Estados Federados, que son los que establecen los montos de las multas según las medidas de prevención localizadas. Es decir, cada Estado Federado según su situación virósica posee sus normas de conducta y sus sanciones pecuniarias ante la infracción de las mismas. Se mencionarán, a modo de ejemplo, algunas infracciones previstas en el § 73 de esta ley.

(80) En todo caso, se especifica (§ 28a, 2.3), que las medidas de protección no deben conducir al aislamiento completo de las personas y que deben garantizarse unos contactos sociales mínimos.

(81) En los términos del art. 1.º, párrafo 1 del RSI de la OMS del 23/05/05.

(a) El § 73 (1a) 2 considera infracción administrativa a quien de forma intencionada o imprudente contra la obligación de denunciar alguna de las enfermedades contempladas en el § 6(82), no hiciera el informe, lo hiciera mal, lo hiciera incompleto o no lo hiciera de manera oportuna sobre la sospecha de enfermedad, y la muerte en relación con la enfermedad de una persona.

(b) El § 73 (1a) 6 considera infracción administrativa a quien de forma intencionada o imprudente contravenga una orden ejecutoria de la autoridad competente(83), como la prevista en el § 17 (1), que faculta a la autoridad competente a tomar las medidas necesarias, como la descontaminación sobre objetos afectados por patógenos de obligada notificación, que se teme que se propaguen; así como la prevista en el § 25 (3) puntos 1 y 2, que establece que si una persona está enferma, se sospecha de que lo está o que está infectada o que es excretor(84), el Departamento de Salud podrá realizar las investigaciones que estime pertinentes para averiguar el tipo, la causa y la fuente de propagación de la enfermedad. Las personas en cuestión deben someterse a los exámenes y extracciones que la autoridad considere, debiendo tolerar todo tipo de intervención al efecto y debiendo proveer el material de prueba que se le solicite.

(c) El § 73 (1a) 6 sanciona como infracción administrativa el comportamiento doloso o culposo en contravención de una orden ejecutoria prevista para evitar la propagación de una enfermedad, por parte de personas que padezcan una enfermedad, se sospeche que la padecen o que están infectadas o que son excretores. Estas contravenciones pueden ser la prohibición de salir, de asistir a determinados lugares o de reunirse (§ 28.1), así como la orden de aislamiento obligatorio en un hospital u otro lugar (§ 30.1, 2.^a parte(85)) o, la prohibición de ejercer total o parcialmente la actividad profesional (§ 31).

(82) O de los patógenos contemplados en el § 7 IfSG.

(83) Una orden ejecutoria es cuando se ha convertido en definitiva o cuando ha sido declarada ejecutable de inmediato. Cuando una orden aún no es ejecutable su infracción no constituye infracción administrativa en los términos de la ley, NEUHÖFER, D. y KINDHÄUSER, U., “IfSG § 73 Bußgeldvorschriften”, en Eckart y Winkelmüller, *Infektionsschutzrecht*, München, 2020 (a), numeral 11.

(84) Para comprender el significado de excretor (*Ausscheider*) en los términos de la ley, hay que recurrir al § 2, punto 6 de la misma, que lo define como toda persona que excreta (elimina) patógenos y, por tal razón, puede ser una fuente de infección para el público en general sin estar enferma o sin sospecharse que lo está.

(85) El mismo § 30.1, 2.^a parte prevé que, para el caso de los excretores, la orden de aislamiento obligatorio solo procederá si estas personas no siguen, no seguirían o no pueden observar otras medidas de protección y, por tal motivo, colocaren en peligro su medio ambiente.

Para las infracciones previstas, el § 73 (2) contempla multas desde 2.500 hasta 25.000 euros(86).

5.1.ii.b Ley de Protección contra las Infecciones (IfSG): régimen penal accesorio

La política sanitaria preventiva alemana revela la genuina fragmentariedad del Derecho penal, cuando apela a disposiciones penales como último recurso de prevención (y represión). Las disposiciones penales de la Ley de Protección contra las Infecciones se encuentran recogidas en los últimos dos párrafos: los §§ 74 y 75; no encontrándose el § 74 libre de críticas de inconstitucionalidad dada su remisión al § 73 que, a su vez, se remite a otras normas reglamentarias en blanco, lo que lesionaría el principio de certeza de la Ley Fundamental(87). Teniendo en cuenta el objeto de la ley, el bien jurídico tutelado por la misma no se limita a la salud de las personas, sino que también incluye al sistema sanitario, como bien institucional, que es el medio indispensable para asegurar la prevención de enfermedades y evitar su propagación(88). De hecho, desde los primeros mensajes a la población y hasta los actuales (respecto de las nuevas cepas del virus más peligrosas), la trascendencia de la pandemia se relaciona antes con la indominabilidad del peligro contra el sistema de salud, que con el peligro para la salud de las personas. En este sentido, se sigue manifestando que, dado que aún no existe una vacuna ni tratamiento eficaces completos, sino vacunas y tratamientos de eficacia relativa, deben seguir tomándose todas las medidas necesarias para retrasar la propagación del virus y evitar el colapso del sistema sanitario. El objetivo es, a través de la ralentización de la aparición de infecciones, reducir la presión general sobre el sistema sanitario, evitando que se

(86) En supuestos extremos como violaciones a aislamientos obligatorios de personas infectadas se procedió directamente a denuncias penales. Algunos ejemplos en LORENZ, H. y OĞLAKCIOĞLU, M., “Keine Panik im Nebenstrafrecht. Zur Strafbarkeit wegen Verstößen gegen Sicherheitsmaßnahmen nach dem IfSG”, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, n.º 2, 2020, pp. 108-115, pp. 112 y ss.

(87) HEUSER, *op. cit.*, 2021, p. 85 señala que el legislador penal está constitucionalmente impedido de colocar a los destinatarios de las normas penales en un dilema en el que desconozcan qué es legal y en el que se encuentren sometidos a responsabilidad penal al ejecutar conductas de la vida cotidiana.

(88) Algunos pronunciamientos judiciales han señalado la razón tuitiva del sistema sanitario. Así, la decisión del Tribunal Administrativo de Kassel del 02/06/2020 (VGH Kassel, Beschluss vom 02.06.2020, 8B 1399/20.N, Rn. 21.): «La intervención se lleva a cabo con un fin legítimo, a saber, proteger la salud de la población y, en particular, evitar que el sistema de salud se sobrecargue» (*Der Eingriff erfolgt zu einem legitimen Zweck, nämlich dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung und insbesondere einer Verhinderung der Überlastung des Gesundheitssystems*).

produzcan picos de carga para garantizar la prestación eficiente de la asistencia. Al Estado no solo le interesa proteger la salud individual de las personas y con ello la salud de todos, sino también los medios que le sirven de instrumento de protección, a la vez de resguardarse del abuso y mal uso del sistema sanitario a cuya óptima gestión él está obligado. A continuación, se mencionarán algunos ejemplos de delitos previstos en los §§ 74 y 75 de la respectiva ley.

(a) El § 74 castiga con pena de prisión de hasta cinco años o multa a quien cometa alguno de los ilícitos administrativos del § 73, como los anteriormente mencionados del punto (1a) 2 y 6, y de esta manera *propagare* (89) dolosamente alguna de las enfermedades contempladas en el § 6 o uno de los patógenos mencionados en el § 7 IfSG(90)/(91). Materialmente, la disposición penal opera como barrera de prevención indirecta de la transmisión o propagación de

(89) Propagación significa la transmisión de una enfermedad o un patógeno a otras personas, en circunstancias en las que se puede esperar la infección incontrolada de un número indefinido de personas; la forma en cómo se propaga no es decisiva, en cuanto a que existen múltiples modos y medios. Véase DEUTSCHER, A., “Die Corona-Krise und das materielle Strafrecht”, *StRR – Straf Rechts Report*, n.º 4, 2020, p. 15. En sí, la propagación se trata de actos de extensión de la enfermedad, directa o indirectamente (por medio de la persona, de un tercero, de un objeto), bastando con que el riesgo de propagación aumente la extensión de la enfermedad exponencialmente, aunque no se produzca en proporciones epidémicas. Para algún sector, el delito de propagación del § 74 IfSG como un delito de resultado (no de peligro) parece requerir la infección de al menos una persona o la transmisión del patógeno, por ejemplo, por medio de gotitas en el picaporte de una puerta. Así, NEUHÖFER, D. y KINDHÄUSER, U., “IfSG § 74 Strafvorschriften”, en Eckart y Winkelmüller, *Infektionsschutzrecht*, München, 2020 (b), numerales 26 y 27. Por su parte, HEUSER, *op. cit.*, 2021, p. 71, parece comprender que, según la voluntad histórica del legislador, la propagación debe entenderse como la transmisión objetiva de la enfermedad a otra persona con la intención de infectar a un número indefinido de personas y, de hecho, señala que el § 74 IfSG pretende reforzar de forma eficaz lo que se debe y no se debe hacer para prevenir las enfermedades transmisibles.

(90) Tanto la infracción a la normativa administrativa como el acto de propagación penal deben ser cometidos con dolo (bastando el dolo eventual), donde la imprudencia no es punible. Así, NEUHÖFER y KINDHÄUSER, *op. cit.*, 2020 (b), numerales 29-31; también, LORENZ y OĞLAKCIOĞLU, *op. cit.*, 2020, p. 110.

(91) Al tratarse, la salud pública, de un bien jurídico colectivo, el mismo resulta individualmente indisponible. Así, NEUHÖFER y KINDHÄUSER, *op. cit.*, 2020 (b), numerales 32-33, indican que ni el consentimiento, ni la autopuesta en peligro de la víctima desplazan la responsabilidad penal del delito de propagación de la IfSG. Respecto del delito de propagación del código austríaco, BIRKLBAUER, A., “Die Verhältnismäßigkeit der Covid-19-Maßnahmen aus strafrechtlicher Sicht”, en Kröll, Platzer, Ruckebauer Y Schaupp (eds.), *Die Corona-Pandemie Ethische, gesellschaftliche und theologische Reflexionen einer Krise*, Baden-Baden, 2020, pp. 137-152, p. 139, señala que solo el bien jurídico individual de la salud puede ser comprometido por su titular, mediante el cual el autor del daño gana en impunidad.

enfermedades transmisibles por medio de la amenaza de un castigo de pena de prisión a la infracción de la reglamentación respectiva(92); en su mayor parte en relación con determinado sector de destinatarios(93).

Algunas de las varias infracciones administrativas como presupuestos de la propagación pueden ser las que se mencionaron anteriormente, siendo dos de ellas: (a) el incumplimiento por parte de las personas obligadas del deber de denunciar alguna de las enfermedades contempladas en la ley, no realizando el informe, realizándolo mal, haciéndolo incompleto o no realizándolo de manera oportuna sobre la sospecha de la enfermedad en relación con una persona [§ 74 en vinculación con el § 73 (1a) 2, en referencia al § 6]; y, (b) la contravención de una orden ejecutoria de la autoridad competente, por parte de personas que padezcan una enfermedad, se sospeche que la padecen o que están infectadas o que son excretores. Estas contravenciones pueden ser la prohibición de salir, de asistir a determinados lugares o de reunirse, así como la orden de aislamiento obligatorio en un hospital u otro lugar o, la prohibición de ejercer total o parcialmente la actividad profesional [§ 74 en relación con el § 73 (1a) 6 en relación con los §§ 17, 25, 28 y 31].

(b) El § 75 recoge otras infracciones penales(94). En lo que aquí puede interesar, el § 75 (1) 3 castiga con pena de prisión de hasta 2 años o multa a quien dolosamente exporte, almacene, entregue o trabaje con patógenos sin permiso de la autoridad competente en los términos del § 44; y el § 75 (1) 4 castiga con la misma pena a quien entregue los patógenos a una persona que no tuviera licencia para tratarlos, en los términos del § 52. Por su parte, el § 75 (3) prevé penas agravadas, de tres meses a cinco años de prisión, para cuando por medio de esos hechos se *propagare* una enfermedad de las previstas en el § 6 o un patógeno del § 7(95), a menos que el acto esté amenazado con una pena más severa en otras regulaciones(96).

(92) HEUSER, *op. cit.*, 2021, p. 71.

(93) LORENZ y OĞLAKCIOĞLU, *op. cit.*, 2020, p. 110, señalan que las normas de conducta de la ley se dirigen a un grupo específico de destinatarios (y no a todos), esto es, a personas que, debido a ciertas características, representan un mayor riesgo de propagación de enfermedades.

(94) El § 76 prevé la confiscación de los objetos del delito en relación con algunas de las conductas del § 75, párrafos 1 o 3, esto es, por ejemplo, en los casos de manipulación de patógenos sin licencia.

(95) La propagación del § 75 también es un delito de resultado como en el § 74 IfSG, según NEUHÖFER, D. y KINDHÄUSER, U., “IfSG § 75 Weitere Strafvorschriften”, en ECKART y WINKELMÜLLER, *Infektionsschutzrecht*, München, 2020 (c), numerales 10 y ss.

(96) El delito se retira del nivel del concurso debido a la subsidiaridad formal respecto de otro delito más grave. Si el autor comete al mismo tiempo una lesión cor-

(c) El § 75 (4) castiga la exportación o almacenamiento imprudentes, así como la entrega de patógenos a personas no autorizadas con penas de hasta 1 año de prisión o multa.

5.1.III LEY DE IMPLEMENTACIÓN DEL REGLAMENTO SANITARIO INTERNACIONAL (IGV-DG)

En esta Ley se regulan las medidas de prevención de enfermedades contagiosas en relación con el transporte y tráfico entre países. Además de una serie de infracciones administrativas, en lo que aquí puede interesar, el § 22 castiga como delito, con prisión de hasta cinco años o multa, a quien cometa dolosamente alguno de los actos mencionados en el § 21 (1) número 6 y con ello *propagare* una enfermedad amenazante o peligrosa; esto es, el piloto al mando, que no entregare la Declaración General de Aeronaves (o no hiciera una entrega correcta, completa o a tiempo) a la autoridad responsable del control policial del tráfico transfronterizo inmediatamente después del primer aterrizaje [en relación con el § 10 (2) frase 1](97).

5.1.IV CÓDIGO PENAL (StGB)

Ciertamente, una completa legislación sanitaria como alternativa a la penalización resulta mucho más eficaz (a la vez que respetuosa de la fragmentariedad) para proteger la salud pública y el sistema de salud, que el Derecho penal. La segregación obligatoria que se puede mandar a ejecutar forzosamente (orden ejecutoria de la ISfG) antes y/o conjuntamente con el pago de multa por la infracción a la orden de aislamiento (infracción administrativa de la ISfG) son ya dos escalones previos al Derecho penal accesorio (delito de la ISfG) y tres en relación con el Derecho penal nuclear (delitos de lesiones a la salud y homicidio del StGB). En Alemania la situación se estaría canalizando de esta manera, al existir una regulación sanitaria robustamente completa, que contempla la normativa de prevención de enfermedades contagiosas y peligrosas para los seres humanos, a la vez que un régimen contravencional y disposiciones penales accesorias. El régimen de infracciones administrativas estaría operando en este momento crí-

poral peligrosa de acuerdo con el § 224 StGB, que se castiga con prisión de 6 meses a 10 años, entonces, el § 75 (3) se desplaza. Véase, NEUHÖFER y KINDHÄUSER, *op. cit.*, 2020 (c), numeral 11.

(97) Como infracción administrativa, el hecho mencionado puede ser cometido también por imprudencia según el § 21 (1) 6. Las penas previstas, en general para las contravenciones de esta ley [§ 21 (2)], oscilan entre los 30.000 y 100.000 euros de multa. Para el caso comentado rige la multa de hasta 30.000 euros.

tico como una auténtica barrera de contención de la intervención penal y en donde, en principio, la aplicación del Derecho penal no se estaría empleando para las infracciones a la normativa de la pandemia sino que se lo estaría reservando para los casos más graves, esto es, para los casos de contagios e infecciones concretas, dolosas o imprudentes, que pudieran terminar produciendo los delitos de lesiones (o daños a la salud) o de homicidio (con o sin concurso del delito de propagación(98)). La transmisión o contagio de la enfermedad del coronavirus cae dentro de las posibles conductas típicas de los delitos contra la integridad física (§§ 223-231 StGB) y la vida de las personas (§§ 211 y 222 StGB), esto es, una infección de una persona a otra persona del SARS-CoV-2 puede conllevar responsabilidad penal por daño corporal y, en caso extremo, por homicidio (un simple estornudo sin protección en frente de otras personas por parte de una persona que sabe que porta el virus(99) o la transmisión dolosa del virus en una fiesta ilegal, *fiesta del fin del mundo* o *fiesta de encierro*). Sin embargo, mucho depende de las circunstancias particulares del caso porque, al respecto, no son menos importante los siguientes aspectos:

(a) el comportamiento de la víctima, que, como infracción a los deberes de autocuidado, autopuesta en peligro o consentimiento del § 228 StGB ya no tendrían el mismo alcance que en la doctrina tradicional(100), en los términos del *alterum salvare* señalado al inicio. En este sentido, así como el bien jurídico como salud pública se encuentra al servicio de la salud individual, también esta se halla a merced de la primera (lo que comporta una considerable restricción de la voluntad del sujeto pasivo de autocolocarse en peligro o de consentir la lesión o daño a su salud; manifestación de una renuncia –algo impuesta– de un aspecto de su esfera de organización personal a favor

(98) La doctrina ha señalado que, si un acto produce el delito del § 74 IfSG, a la vez que un delito de lesión o de muerte del StGB, concurre una unidad de acto (*Tateinheit*) según el § 52 del StGB y, al tener las normas diferentes ámbitos de protección, ningún acto queda en segundo plano frente al otro. Así, NEUHÖFER y KIND-HÄUSER, *op. cit.*, 2020 (b), numeral 41.

(99) FISCHER, T., “Virus strafbar!”, *Spiegel*, 09/03/2020. Disponible en: <https://cutt.ly/wc84APg>; CERNY, L. y MAKEPEACE, J., “Coronavirus, Strafrecht und objektive Zurechnung”, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, n.º 3, 2020, pp. 148-151; DEUTSCHER, *op. cit.*, 2020, pp. 6 y ss.

(100) Para BARDAVÍO ANTÓN, *op. cit.*, 2020, p. 13, en los tiempos de COVID-19, «la responsabilidad penal de los ciudadanos en la organización se ha *ampliado* notablemente por *mor* de la variación del entorno propiciado por el COVID-19. Los ciudadanos han de manejar su libertad ahora con mayor cuidado, es decir, se ha restringido en parte el *derecho* de autopuesta en peligro y de autolesión a favor de los demás ciudadanos en no sufrir riesgos, y esto precisamente deviene de una menor tolerancia al riesgo».

de terceros). En consecuencia, en este trabajo se entiende que, si bien para los casos tradicionales el bien jurídico como salud individual resulta disponible por parte de su titular, para algunos supuestos de enfermedades transmisibles y altamente contagiosas entre personas la disponibilidad de la salud individual debería cercenarse en algún punto, en tanto no se presenten alternativas de control eficaz (tratamientos o vacunas). Para estos supuestos también habría de sostenerse que el bien jurídico como salud individual resulta indisponible dada la naturaleza transmisible de la enfermedad, en donde la persona infectada se convertiría en un foco de infección y en parte componente de la cadena de contagio, que ya no es de su exclusivo dominio, comprometiendo gravemente la salud pública en general.

(b) los serios problemas que presenta la determinación de la causalidad y del dolo concreto del autor(101); así como los casos de error del autor del contagio (§§ 16 y 17 StGB) y el de los conocimientos especiales del sujeto activo en relación con la constitución vulnerable de la víctima(102) (población de riesgo: mayores de 60 años y personas con dolencias previas);

(c) los supuestos de imprudencia, previstos como contagios involuntarios o inintencionados, donde se hace complejo delimitar el deber de cuidado infringido y que puede dar espacio a una imputación por lesión corporal imprudente (§229 StGB)(103);

(d) el tipo penal de propagación de enfermedades peligrosas, infecciosas o contagiosas para los seres humanos, como delito de peligro contra la salud pública, permite el concurso con el delito de resultado de lesiones a la salud individual, aunque no admitiría el desplazamiento de la responsabilidad penal del autor del contagio por el consentimiento o autopuesta en peligro de la víctima respecto del delito de propagación (y según se entienda el autopeligro en tiempos de pandemia tampoco lo permitiría respecto del delito de lesiones).

(101) WEISSENBERGER, *op. cit.*, 2020, p. 180. También, menciona los problemas de causalidad e imputación, FISCHER, *cit. ut supra*, 2020.

(102) Para WOLTER, J., «Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena», en WOLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Benlloch Petit (trad.), Barcelona, 2004, pp. 31-89, p. 49, nota al pie 44, los casos de conocimientos especiales del autor sobre riesgos especiales eliminan el carácter socialmente adecuado de la conducta y la convierte en típica (caso del conocimiento especial del autor acerca de la enfermedad cardíaca de la víctima, de la que puede derivarse un riesgo para la vida). Cita en VARELA, *op. cit.*, 2016, p. 512, nota al pie 1557.

(103) FAHL, *op. cit.*, 2020, p. 1060.

En este sentido, el panorama que presenta el mundo covid en relación con el Derecho penal es de puro desafío, no solo para las políticas de Estado, sino también para los juristas en la interpretación y aplicación del Derecho. De este modo, es muy probable, que si se comienzan a imputar contagios de coronavirus como lesiones a la salud (incluso homicidios en caso de muerte), se comiencen a desempolvar las teorías que la doctrina y jurisprudencia desarrollaron durante la epidemia del HIV en la década de los ochenta y noventa del siglo pasado(104). Teorías relativas al curso causal, al deber de informar de la persona infectada, la autopuesta en peligro consentida del sujeto pasivo, los supuestos de creencia errónea sobre la entidad del riesgo (minimización, indiferencia o desprecio), entre otros, conforman el rico inventario de problemáticas que se presentaron en los delitos contra la salud pública y los delitos contra bienes jurídicos individuales, como la integridad física y la vida. La jurisprudencia del Tribunal Federal alemán ha señalado en materia de infecciones típicas, que las infecciones cotidianas y comunes forman parte del riesgo permitido (adecuación social de la conducta), tales como los resfriados, que por encontrarse en el aire y no comportar un riesgo significativo para la salud de la población no tienen suficiente relevancia jurídicopenal. Además, para protegerse de estos virus que circulan en el aire y se transmiten fácilmente por medio de gotitas, la única alternativa sería cerrar completamente la vida social, es decir, que para proteger a la población de un contagio masivo habría que renunciar a la libertad(105). Y es, curiosamente, lo que está sucediendo con el

(104) Similar, WEISSENBARGER, *op. cit.*, 2020, p. 180; FISCHER, cit. *ut supra*, 2020. La literatura que se ha generado en torno al tratamiento penal del SIDA es extensa. Solo por mencionar alguna obra de referencia en Alemania, consúltese, *AIDS und Strafrecht*, editado por Szwarc (Berlín, 1996), con contribuciones de SCHÜNNEMANN, HERZBERG, HÖPFEL, MEURER, BUCHALA, KOCH, NESTLER, GEPPERT y BOTTKE. En España, se puede consultar el libro *Problemas jurídico penales del SIDA*, editado por Mir Puig (Barcelona, 1993), con contribuciones de LUZÓN PEÑA, SCHÜNNEMANN, SILVA SÁNCHEZ, HERZBERG y BURGSTALLER. Sobre la crisis del ébola en España en el 2014, que afortunadamente no derivó en epidemia, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., «Responsabilidad penal y contagio de ébola. Reflexiones desde la doctrina de la imputación», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 16, 2014, pp. 1-32.

(105) Sin embargo, en el supuesto de infecciones de enfermedades como el HIV no puede decirse lo mismo. El contacto sexual sin protección de una persona infectada representa un alto riesgo para la salud y la vida de la pareja del acto. La jurisprudencia mencionada es la del conocido fallo del SIDA o *HIV-Fall* del BGHSt 36, I, 1988. En todo caso, como lo sostiene DEUTSCHER, *op. cit.*, 2020, pp. 7-8, el grado de peligro del COVID-19 se encuentra entre el virus del HIV y los simples resfriados, de forma tal que para que la conducta de la persona infectada quede dentro del umbral de lo permitido, la misma debe blindarse adecuadamente para reducir sig-

coronavirus: por ahora, la sociedad solo puede protegerse si se paraliza en gran medida la vida social. Pero, está claro, que con el tiempo se advertirá que las consecuencias lesivas de las enfermedades virales para la salud individual no pueden justificar restricciones tan amplias a la libertad individual por mucho más tiempo, al menos en un modelo de Estado que, entre otros cometidos, está orientado a salvaguardar la libertad y posibilitar la coexistencia social pacífica; máxime cuando según el conocimiento actual, el cuadro clínico del coronavirus no difiere esencialmente de otros virus circulantes(106)/(107). Por lo tanto, es razonable suponer que en un futuro no muy lejano se podrían pasar a tolerar los riesgos individuales para la salud y la vida derivados del COVID-19, como lo es en relación con muchas otras enfermedades víricas pululantes(108).

5.2 El contexto español

La situación jurídica en España también puede explicarse desde dos etapas, tomando como punto de referencia a las declaraciones de estado de alarma en todo el territorio nacional para controlar los efectos de la pandemia(109). En la primera etapa, se declaró el estado de alarma por Real Decreto 463/2020, del 14 de marzo, que duró hasta el 21 de junio de 2020(110) y en la segunda etapa, dada la no finalización de la situación de emergencia sanitaria, se volvió a declarar el estado de alarma por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que durará hasta el 9 de mayo de 2021(111). Las medidas extremas asumi-

nificativamente el riesgo de contagio, comportándose de acuerdo con las normas previstas. Si, a pesar de ello, la infección se produce, la persona infectada no responde penalmente por cuanto se trataría de un riesgo general de la vida.

(106) De esta idea, CERNY y MAKEPEACE, *op. cit.*, 2020, pp. 149-150.

(107) En la alocución del 21/08/20, el Director General de la OMS señaló que si bien es cierto, que muchos países apelaron a los confinamientos para neutralizar la transmisión del virus y aliviar así la presión sobre el sistema de salud, no obstante, esta medida tan extrema no es una solución a largo plazo para ningún país; «todos debemos aprender a controlar y manejar este virus con los medios de los que disponemos ahora y hacer los ajustes necesarios en nuestra vida diaria para protegernos a nosotros mismos y a los demás». Disponible en: <https://cutt.ly/Ve883gn>.

(108) De esta idea, CERNY y MAKEPEACE, *op. cit.*, 2020, pp. 149-150.

(109) Estado de alarma autorizado por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, publicada en el BOE n.º 134 del 5 de junio de 1981.

(110) Publicado en el BOE n.º 67 del 14 de marzo de 2020. El estado de alarma, que finalizó el 21/06/20, tuvo seis prórrogas, siendo la última la prevista por Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, publicado en el BOE n.º 159 del 6 de junio de 2020.

(111) Publicado en el BOE n.º 282 del 25 de octubre de 2020.

das por el Gobierno con la declaración del estado de alarma se justifican en la intención del mismo de «proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública» o «los sistemas sanitarios y sociosanitarios», según lo indica la respectiva parte expositiva de los decretos mencionados. La pandemia del coronavirus enfrenta a los ciudadanos a severas sanciones recogidas en el régimen sancionador tal como se verá a continuación, así como a las sanciones recogidas en el régimen penal tradicional(112).

5.2.1 DERECHO SANITARIO

Al igual que el Derecho sanitario alemán, el español también aglutina de forma descentralizada pero no por ello desordenada la materia de la salud, desde los principios constitucionales que le dan fundamento hasta las diferentes leyes y reglamentos administrativos, penales, sociales y de otro orden que la regulan en los diferentes niveles: nacional, autonómico y local(113). La colección de códigos de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, relativa a la Sanidad, comprende los siguientes cinco códigos(114). (1) El Código del Sistema Sanitario, actualizado al 31 de marzo de 2021, que contiene toda la regulación de las instituciones, centros, servicios y prestaciones sanitarias. (2) El Código Sanitario español, actualizado al 30 de marzo de 2021, que contiene todas las normas legales y reglamentarias a nivel nacional en cuanto a la administración sanitaria, el personal sanitario y los pacientes. (3) El Código de Vigilancia Epidemiológica, actualizado al 30 de marzo de 2021, que recoge la regulación sobre la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, el catálogo de enfermedades infecciosas de obligada denuncia, la normativa sobre las autoridades sanitarias y sanidad exterior. (4) El Código de Profesionales Sanitarios, actualizado al 19 de febrero de 2021, que contiene las normas sobre las profesiones sanitarias y los derechos y deberes de los profesionales en relación con los pacientes y las instituciones de salud. Por último, (5) el Código de Control Sanitario, actualizado al 10 de junio de 2020, que es una obra compilatoria de la normativa sobre vigilancia, investigación y control de la salud. En verdad, estos

(112) Véase el art. 20.º del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

(113) El reparto de competencias viene determinado en la Constitución; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, de 28 de mayo (última modificación 30 de marzo de 2021), publicada en el BOE n.º 128 del 29 de mayo de 2003.

(114) Ordenación a cargo de María José Aguado Abad, exceptuando el Código de Vigilancia Epidemiológica.

códigos comparten en algunos extremos la materia regulada y contienen las mismas normativas, pero organizadas de forma diversa. En esta oportunidad solo se hará referencia a la normativa que se relaciona directamente con la materia penal.

Desde el punto de vista constitucional, y a diferencia de la Ley Fundamental alemana, el art. 43.º de la Constitución española sí que reconoce expresamente el derecho a la salud, y no solo como criterio orientador del legislador, que concreta su contenido y regulación, sino como un auténtico derecho fundamental del individuo y de la colectividad. En el Título I, de los derechos y deberes fundamentales, el Capítulo Tercero contiene los principios rectores de la política social y económica, donde se encuentra el art. 43.º, que reconoce el derecho a la protección de la salud (punto 1); así como también determina que compete a los poderes públicos la obligación de organizar y tutelar la salud pública por medio de medidas preventivas y de prestaciones y servicios necesarios (punto 2). Acompañan al mandato constitucional, en lo que aquí puede interesar, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública(115) (última modificación 11 de marzo de 2020); la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad(116) (última modificación 6 de diciembre de 2018), la cual proclama el derecho a la salud como un genuino derecho subjetivo, jurídicamente exigible y de carácter universal; el Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica o RENAVE(117) (última modificación 10 de junio de 2020); la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública(118) (última modificación 28 de marzo de 2014), por la cual se refuerza expresamente la protección del derecho a la salud; la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana(119), y, eventualmente, la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil(120). En lo que toca al estado de pandemia por coronavirus hay que mencionar la orden del Ministerio de Sanidad, Orden SND/404/2020, de 11 de mayo, de medidas de vigilancia epidemiológica de la infección por SARS-Cov-2 durante la fase de transición hacia una nueva normalidad(121) y, el Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas

(115) Publicada en el BOE n.º 102 del 29 de abril de 1986.

(116) Publicada en el BOE n.º 102 del 29 de abril de 1986.

(117) Publicado en el BOE n.º 21 del 24 de enero de 1996.

(118) Publicada en el BOE n.º 240 del 5 de octubre de 2011.

(119) Publicada en el BOE n.º 77 del 31 de marzo de 2015.

(120) Publicada en el BOE n.º 164 del 10 de julio de 2015.

(121) Publicada en el BOE n.º 133 del 12 de mayo de 2020. Según el art. 1.º, «esta orden regula las obligaciones y procedimientos de obtención y comunicación de

urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19(122), documento sustituido tácitamente por la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19(123). Para finalizar, a nivel internacional y al igual que Alemania, España ha sellado su compromiso sobre la salud como derecho universal y humano en diversos documentos y forma parte de los Estados miembros de la OMS(124); y en su condición de Estado miembro de la Comunidad Europea, España se halla protegida también por un marco común de seguridad sanitaria, en virtud de la Decisión 1082/2013/UE, por medio de la cual se regulan los mecanismos jurídicos y técnicos para hacer frente a las amenazas transfronterizas graves para la salud humana. Desde este frente mixto, la salud humana individual y colectiva, se encuentra tutelada y regulada por el Derecho sanitario español.

5.2.II LEY GENERAL DE SANIDAD Y LEY GENERAL DE SALUD PÚBLICA: OBJETO, MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y COORDINACIÓN INTERNACIONAL

Antes de reseñar las leyes mencionadas en este título, como normativa de contexto hay que referenciar la Ley Orgánica 3/1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y el Real Decreto 2210/1995 por el que se crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica. En relación con la primera ley, esta tiene por objeto proteger y evitar el deterioro de la salud pública por medio de la adopción de medidas preventivo generales y especiales de enfermedades transmisibles, medidas fundadas en razones sanitarias de necesidad y urgencia (arts. 1.º a 3.º). Y, en relación con el real decreto, este crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, como entidad al servicio del Sistema Nacional de Salud, que realiza la recogida y el análisis de la información epidemiológica de la población para contribuir a determinar medidas de control individual y colectivo en todos los casos en que exista un riesgo para la salud de incidencia nacional o internacio-

información para la vigilancia epidemiológica en relación a la infección del COVID-19, con el objetivo de asegurar que esta información sea relevante, oportuna, operativa y homogénea a nivel de todas las comunidades autónomas...».

(122) Publicado en el BOE n.º 163 del 10 de junio de 2020.

(123) Publicada en el BOE n.º 76 del 30 de marzo de 2021.

(124) España ha ratificado el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos económicos, sociales y culturales, aprobado en 2008 y cuya entrada en vigor data de 2013, entre otros comités de los cuales forma parte.

nal (art. 1.º)(125). Asimismo, en relación con la declaración obligatoria de enfermedades por parte de los médicos en ejercicio del sector público y privado (art. 9.º), el decreto recoge en el Anexo 1 la lista de estas enfermedades, encontrándose en el punto 48 el SARS (en español: Síndrome Respiratorio Agudo Grave) y, en el Anexo II sobre las modalidades de la declaración de enfermedades, estableciéndose en el punto B), que el SARS pertenece al tipo de enfermedades de declaración urgente con envío de datos epidemiológicos básicos (según art. 22.º del Real Decreto-Ley 21/2020, sustituido tácitamente por la Ley 2/2021).

La Ley 14/1986, General de Sanidad y la Ley 33/2011, General de Salud Pública son las dos principales leyes que regulan integralmente la materia sanitaria en España. En ellas, se contemplan las normas reglamentarias del derecho a la protección de la salud desde la coordinación del Sistema Nacional de Salud y las Comunidades Autónomas. Asimismo, recogen un apartado de infracciones administrativas y, a diferencia de la normativa alemana, no contemplan delitos penales. La Ley 14/1986 establece en su art. 1.º que el objeto de la ley es la regulación de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud recogido en el art. 43.º de la Constitución española; estableciendo como principios generales del sistema de salud, la promoción de la salud y la prevención de enfermedades (art. 3.º 1) y la promoción del interés individual y social por la salud mediante una adecuada educación sanitaria de la población (art. 6.º 1. 2). Asimismo, la ley prevé como obligaciones de los ciudadanos en relación con las instituciones del sistema sanitario, el cumplir con las prescripciones sanitarias generales comunes a toda la población, así como cuidar y hacerse responsable del uso adecuado de las prestaciones del sistema sanitario (art. 11.º). Como medidas de prevención, el art. 26.º otorga la facultad a las autoridades sanitarias para adoptar medidas preventivas en caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de algún riesgo inminente y extraordinario para la

(125) La Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica (con sus centros o comisiones de las Comunidades Autónomas) está gestionada desde el Centro Nacional de Epidemiología (CNE) del Instituto de Salud Carlos III, que depende de la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación (DGSPCI) del Ministerio de Sanidad, así como por el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (CCAES); el cual, entre otros cometidos, ejerce de Centro Nacional de Enlace con la OMS en virtud de las funciones asignadas por el RSI/2005, con contacto permanente las 24 horas los 7 días de la semana. Además, hay que contemplar que la Ley 33/2011, General de Salud Pública (art. 13.3.º) creó la Red de Vigilancia en Salud Pública que incluye un sistema de alerta precoz y respuesta rápida en continuo e ininterrumpido funcionamiento las 24 horas del día.

salud, por el tiempo que dure la situación. En relación con los acuerdos sanitarios internacionales, el art. 39.º prevé la colaboración del Estado español con países y organismos internacionales en el control epidemiológico, la lucha contra enfermedades transmisibles y todas las acciones necesarias para el campo de la salud.

Por su parte, la Ley 33/2011 señala en su Preámbulo que esta ley viene a «dar respuesta completa y actual al requerimiento contenido en el artículo 43 de la Constitución española y, en consecuencia, tratar de alcanzar y mantener el máximo nivel de salud posible de la población», previniendo la enfermedad y promoviendo la salud de las personas, tanto en la esfera individual como colectiva (art. 1.º). Entre los principios generales de la salud pública, el art. 3.º recoge el principio de pertinencia (punto c), el principio de precaución (punto d) y el principio de seguridad (punto h). Estos tres principios cobran especial protagonismo con la crisis del coronavirus. En primer término, el principio de pertinencia orienta la plausibilidad de la actuación de la autoridad, por cuanto se debe atender a la magnitud del problema de salud que se pretende corregir, justificando la necesidad de acuerdo con los criterios de proporcionalidad, eficiencia y sostenibilidad. En segundo lugar, el principio de precaución establece que la existencia de indicios fundados de una posible afectación grave a la salud colectiva determinará la cesación, prohibición o restricción de la actividad sobre la que concurren tales indicios (aun cuando existiere incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo). Y, en último lugar, el principio de seguridad establece que las actuaciones en el campo de la salud pública se ejecutarán previa constatación de la seguridad en términos de salud, lo que podría resultar necesario en la campaña de vacunación contra el COVID-19. Otro punto interesante de esta ley es que el art. 8.º prevé el deber de colaboración de los ciudadanos, quienes «facilitarán el desarrollo de las actuaciones de salud pública y se abstendrán de realizar conductas que dificulten, impidan o falseen su ejecución», y en su art. 9.º contempla el deber de comunicación del siguiente modo: «1. Las personas que conozcan hechos, datos o circunstancias que pudieran constituir un riesgo o peligro grave para la salud de la población los pondrán en conocimiento de las autoridades sanitarias, que velarán por la protección debida a los datos de carácter personal. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de las obligaciones de comunicación e información que las leyes imponen a los profesionales sanitarios»; deberes que ayudarán a una mejor aplicación de las normas jurídicopenales que puedan llegar a tener alguna incidencia en la salud pública.

5.2.ii.a *Ley General de Sanidad y Ley General de Salud Pública: régimen administrativo-sancionador*

En el contexto de la pandemia, algunas de las infracciones administrativas contempladas en las leyes de sanidad podrían cobrar especial interés. La Ley 14/1986, General de Sanidad, tipifica como infracciones sanitarias un buen conjunto de conductas.

Como infracciones leves, que se castigan con multas que se extienden hasta los 3.005,06 euros (art. 36.º 1 a) se prevén: (a) las simples irregularidades en la observancia de la normativa sanitaria, siempre que no tuviere trascendencia directa para la salud pública (art. 35.º a 1); y (b) la infracción cometida por simple negligencia, siempre que el riesgo sanitario producido fuere de escasa entidad (art. 35.º a 2). Como infracciones graves, que se castigan con multas desde 3.005,07 a 15.025,30 euros (art. 36.º 1 b) se prevén: (a) el incumplimiento de los requerimientos de la autoridad sanitaria (art. 35.º b 4); y (b) la resistencia a suministrar datos, facilitar información o prestar colaboración a las autoridades sanitarias (art. 35.º b 5). Finalmente, como infracciones muy graves, que se castigan con multas desde 15.025,31 a 601.012,10 euros (art. 36.º 1 c), se prevén: (a) la infracción de forma consciente y deliberada, que produzca un daño grave (art. 35.º c 2); y (b) la resistencia, coacción, amenaza, represalia, desacato o cualquier otra forma de presión ejercida sobre las autoridades sanitarias (art. 35.º c 6).

Por su parte, la Ley 33/2011, General de Salud Pública, prevé un régimen sancionador de infracciones administrativas junto a las que se establecen a nivel local o autonómico (art. 56.º 1).

Entre las infracciones leves, la ley contempla la siguiente (cuyas multas pueden llegar hasta 3.000 euros según el art. 58.º 1 c): (a) el incumplimiento de la normativa sanitaria vigente, siempre que la repercusión producida haya tenido escasa incidencia en la salud de la población (art. 57.º 2 c 1.º), como podría ser el supuesto de salir a hacer deporte en horario nocturno, durante el toque de queda, en un parque a las afueras de la ciudad, de escasa concurrencia. Entre las infracciones graves, la ley contempla la siguiente (cuyas multas pueden oscilar entre los 3.001 y 60.000 euros según el art. 58.º 1 b): (a) el incumplimiento de comunicación de información cuando revista carácter de gravedad (art. 57.º 2 b 5.º), que podría producirse cuando el individuo que sospecha de ser portador del virus oculta la información a la autoridad competente. Y, finalmente, entre las infracciones muy graves, la ley contempla las siguientes (cuyas multas pueden oscilar entre los 60.001 y 600.000 euros según el art. 58.º 1 a): (a) la realización de conductas u omisiones que generen un riesgo o produz-

can un daño muy grave para la salud de la población (art. 57.º 2 a 1.º), que en el contexto del coronavirus podría configurar el comportamiento de propagación de la enfermedad; (b) el incumplimiento de un requerimiento de la autoridad competente, si comporta daños graves para la salud (art. 57.º 2 a 2.º), el cual podría encuadrar el no acatamiento de la orden de guardar aislamiento por parte de la persona infectada.

5.2.III LEY SOBRE MEDIDAS URGENTES DE PREVENCIÓN DEL COVID-19

La Ley 2/2021, de Medidas Urgentes de Prevención, Contención y Coordinación para hacer frente a la Crisis Sanitaria ocasionada por el COVID-19, tiene por objeto establecer las medidas urgentes de prevención, contención y coordinación necesarias para paliar la crisis sanitaria generada por el COVID-19, así como también tiene por objeto la prevención de rebrotes con vistas a la transición hacia una nueva normalidad en algunos sectores del territorio nacional y, eventualmente, a la expiración de la vigencia del estado de alarma declarado en marzo de 2020 por el Gobierno Nacional (art. 1.º). La ley inicia con la previsión de un deber general de cautela y protección a cargo de los ciudadanos (y titulares de determinadas actividades reguladas), quienes deberán adoptar las medidas necesarias para evitar la creación de riesgos de propagación de la enfermedad del COVID-19 y también para evitar la propia exposición a estos riesgos (art. 4.º). Para ello, la ley recoge una serie de medidas de prevención e higiene (arts. 6.º a 21.º), entre las que se incluyen: el uso obligatorio de mascarillas por las personas a partir de los 6 años de edad en las condiciones que prevé la ley; la adopción de medidas de ventilación, limpieza y desinfección en los centros de trabajo, centros educativos, servicios sociales, establecimientos comerciales, hospedajes, hoteles y alojamientos turísticos, establecimientos de hostelería y restauración, centros culturales y deportivos; medidas de prevención en materia de transporte público y medidas relativas a medicamentos, productos sanitarios y productos necesarios para la protección de la salud; así como también prevé medidas para garantizar las capacidades del sistema sanitario (arts. 28.º a 30.º). Por su parte, también se contempla de forma expresa la obligación de declaración obligatoria urgente del COVID-19 a efectos de lo previsto en relación con la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica (art. 22.º). Esta obligación de información consiste en facilitar a la autoridad competente los datos necesarios para el seguimiento y vigilancia epidemiológica del COVID-19, en el formato adecuado y de forma diligente; obligación que resulta aplica-

ble al conjunto de las administraciones públicas, así como a cualquier centro o agencia dependientes y a cualquier otra entidad pública o privada cuya actividad tenga implicaciones en la prevención, diagnóstico, seguimiento o manejo de los casos de COVID-19 (art. 23.º). Finalmente, la ley prevé un régimen sancionador determinado, donde el incumplimiento de las medidas de prevención y de las obligaciones establecidas en la ley, cuando constituyan infracciones administrativas contra la salud pública, será sancionado en los términos previstos en la Ley 33/2011, General de Salud Pública (art. 31.1.º). De este modo, el incumplimiento de la obligación de uso de mascarillas se considera infracción leve y se sanciona con multa de hasta 100 euros (art. 31.2.º); además se prevén otras infracciones sanitarias que, cuando constituyan infracciones administrativas en el ámbito del transporte, serán sancionadas con arreglo a lo dispuesto en las leyes sectoriales correspondientes (art. 31.3.º). Finalmente, el incumplimiento del empleador de las obligaciones a la normativa en materia de salud pública, que afecten a los trabajadores, constituye infracción grave, que será sancionable en los términos, por los órganos y con el procedimiento establecidos para las infracciones graves en materia de prevención de riesgos laborales (art. 31.5.º).

5.2.IV ¿LEY DE IMPLEMENTACIÓN DEL REGLAMENTO SANITARIO INTERNACIONAL?

Si bien España ha ratificado el RSI de la OMS (en vigencia desde 2007), no obstante, el Estado no cuenta con una ley reglamentaria al respecto, a diferencia de Alemania, que sí cuenta con una desde 2013. Sin embargo, ello no significa que España se encuentre en deuda con este compromiso asumido. De hecho, en el Código de Vigilancia Epidemiológica se recogen una serie de normativas sanitarias que hacen directa referencia al cumplimiento de diferentes aspectos del RSI (seguridad fronteriza, comunicación de enfermedades, colaboración internacional, etc.). En este ámbito en el año 2006 se instituyó a la Dirección General de Salud Pública como la máxima autoridad sanitaria responsable en condición de Centro Nacional de Enlace con la OMS(126), con la cual comparte información relativa a sucesos peligrosos para la salud pública, siendo el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (CCAES) el encargado de las funciones operativas desde entonces.

(126) Por orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, Orden SCO 3870/2006, de 15 de diciembre, publicada en el BOE n.º 304 del 21 de diciembre de 2006.

5.2.v CÓDIGO PENAL

El abanico criminal que se abre ante el COVID-19 se limita a los delitos contra la integridad física (arts. 147.º y 152.º CP) y la vida de las personas (arts. 138.º y 142.º CP), presentando problemas la posible aplicación del consentimiento del ofendido (art. 155.º CP). A diferencia del régimen alemán, el español no contempla el delito de propagación de enfermedades peligrosas y contagiosas –ni en el Código penal ni en leyes especiales– como tipo de peligro (ni de resultado) contra el bien jurídico colectivo salud pública(127), que pudiera ser empleado actualmente para frenar la pandemia (en lo que al Derecho penal le toca), aunque sí existió algo similar como delito y como falta penal contra la salud pública en ocasiones anteriores. La primera ocasión fue la del Código penal de 1822 que tipificó el delito de propagación de enfermedades contagiosas y quebrantamiento de cuarentena en el art. 378.º; con el Código penal de 1848 (y otros sucesivos) se introdujo la falta penal de infracción a las reglas de salubridad pública en tiempos de epidemia; por su parte, el Código penal de 1928 tipificó el delito de propagación maliciosa de enfermedades peligrosas y transmisibles a las personas en el art. 549.º y el de infracción dolosa de las medidas preventivas de aislamiento y vigilancia de transmisión de enfermedades contagiosas en el art. 547.º; mientras la reforma del Código penal de 1958 (vigente hasta el Código penal de 1995) recogió una vez más el delito de propagación maliciosa en el art. 348.º bis(128). En cualquier caso, si actualmente resulta necesario

(127) Al respecto, ESCANILLA, M., «Sobre la intervención del Derecho penal en la transmisión de enfermedades contagiosas», *Diario La Ley*, n.º 9622, Tribuna, 07/04/2020, señala que en el Código penal español no existe actualmente «un precepto específico que sancione el contagio o propagación de una enfermedad desde la perspectiva de la tutela de un bien jurídico supraindividual como es la salud pública y, estando por tanto excluida la tipificación y penalización del riesgo de pandemia, no es posible analizar las posibles responsabilidades penales por la comisión del mismo».

(128) Un panorama sobre este delito en SAINZ CANTERO, J. A., *El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas*, Madrid, 1967; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., «Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿curso de leyes?», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVII, n.º 2, 1994, pp. 111-140, pp. 132 y ss.; ARROYO ZAPATERO, L., «La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión de SIDA», *Derecho y Salud*, v. 4, n.º 1, 1996, pp. 1-7; DOVAL PAIS, A., «Epidemias y Derecho penal», *Foro-FICP*, n.º 1, 2019, pp. 106-138, pp. 114 y ss.; recientemente, a raíz de la crisis del coronavirus, también, ESCANILLA, *op. cit.*, 2020; MAPELLI CAFFARENA, B., «El delito de contagio de enfermedades infecciosas», en LORENTE SÁNCHEZ-ARJONA y MARTÍNEZ-GUJÓN MACHUCA (dirs.), *Pandemia y Derecho: una visión multidisciplinar*, Murcia, 2020, pp. 109-124, y VERCHER NOGUERA, A., «Derecho penal, coronavirus y medio

contemplar un régimen en este sentido es todavía una valoración de política criminal que no se ha puesto en las agendas políticas, pero que debería hacerse urgentemente(129).

5.2.v.a *Vías posibles para criminalizar la propagación del COVID-19 como delito de peligro para la salud pública*

A pesar de que no existe el delito de propagación de enfermedades contagiosas en la normativa penal en vigor, sí existen algunas propuestas doctrinarias de afrontar la propagación del coronavirus por medio de otros tipos penales hoy existentes, que incluyen como bien jurídico inmediato o mediato a la salud pública(130).

Dos son en particular los tipos penales propuestos como delitos de contención de la propagación del SARS Cov-2. El primero de ellos es un delito contra la seguridad colectiva, el llamado delito de manipulación o transporte de organismos peligrosos para la vida, integridad física, salud y medio ambiente del art. 349.º CP, que contempla a la salud (pública o individual) como bien jurídico directamente tutelado (y que en el régimen alemán tendría su equivalente en el § 75 IfSG). La característica más determinante de este delito es que la conducta típica (manipular, tener o transportar) debe realizarse infringiendo las normas de seguridad establecidas y de este modo se coloque en con-

ambiente», *Diario La Ley*, n.º 9634, Sección Doctrina, 18/05/2020, pp. 1-13, pp. 5-6 en comentario a una Sentencia del Tribunal Supremo.

(129) Se ha manifestado a favor de una regulación penal específica para el coronavirus y las pandemias en España, VERCHER NOGUERA, *op. cit.*, 2020, p. 5. La propuesta de este autor incluye las siguientes ideas (pp. 8-9): (a) la regulación de los delitos sobre el coronavirus y pandemias debería ir incluido en el Título XVII contra la seguridad colectiva; (b) deberían contemplarse los delitos como modalidades de peligro (sin especificar si de peligro concreto o abstracto) y tanto la versión dolosa como la imprudente; (c) se tendría que considerar el componente ambiental de la propagación del virus; (d) habría de incorporarse, además, alguna agravación penológica en los supuestos delictivos existentes de resistencia y desobediencia a la autoridad, que se relacionen con la situación generada por el coronavirus. También NIETO MARTÍN, cit. *ut supra*, 2020, es partidario de introducir infracciones administrativas y penales de protección de la salud pública en tiempos de pandemia (antes que recurrir a los delitos y contravenciones de desobediencia a la autoridad, que tutelan el principio de autoridad), por ejemplo, como la introducción de una modalidad actualizada de la propagación maliciosa de enfermedades (derogada) en su versión imprudente y constitutiva de infracción administrativa.

(130) Acerca de las enfermedades contagiosas y peligros de epidemia se manifestó DOVAL PAIS, *op. cit.*, 2019, p. 137, señalando que el debate sobre el delito de propagación de enfermedades transmisibles continúa aletargado en el ámbito penal. Este autor, si bien no se refiere al problema de la pandemia del coronavirus, porque escribe el artículo antes del 2020, no obstante, ofrece varios argumentos perfectamente trasladables a la situación actual.

creto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, lo que significa que cualquier manipulación o transporte de organismos peligrosos para los objetos de referencia que contraviniese las normas sin colocar en peligro concreto a los mismos no resultaría de trascendencia penal. En este aspecto, el legislador ha demarcado claramente el umbral de relevancia penal, que es la creación del peligro concreto para los bienes jurídicos tutelados de modo expreso(131). El segundo delito al que podría recurrirse es el de emisiones peligrosas del art. 325.º CP como delito contra el medio ambiente y los recursos naturales, aunque su vinculación con la salud pública vendría determinada de forma indirecta y a modo de tipo de peligro abstracto-concreto. El apartado *in fine* del art. 325.º CP castiga con la misma pena en su mitad superior las emisiones en la atmósfera, suelo, etc., que afectaran a la salud humana, creando un grave riesgo para la salud de las personas. En todo caso, al igual que el delito de manipulación de organismos peligrosos, el delito de emisiones ilícitas ha de realizarse en infracción de las disposiciones protectoras del medio ambiente(132).

Fuera del ámbito de la salud pública, el legislador español sí que tutela de forma directa la salud individual por medio del delito de lesiones tanto en su forma dolosa como de imprudencia grave (arts. 152.º y 147.º CP), lesiones que pueden producirse por medio de una transmisión o transfusión virósica o contagio directo entre el infectado y la víctima. El primer supuesto podría presentarse cuando una persona inoculara a otra el virus por medio de una transfusión o inyección (como sucedió en España con el conocido caso del brote de hepatitis en Valencia en los años noventa del siglo pasado y cuyo anestesista se encuentra hoy en día cumpliendo condena de prisión). El segundo supuesto, quizá el más fácil de producirse, sería el contagio de una persona enferma a otra sana, y cuya imputación penal sería solo posible en la medida en que una vez creado (o incrementado) el riesgo de contagio del virus, el mismo fuera ejecutado con dolo (desde el conocimiento cierto o eventual de la conducta peligrosa) o por imprudencia grave (desde la creencia errónea vencible que se asume un riesgo permitido, eludiendo gravemente el seguimiento a las nor-

(131) VERCHER NOGUERA, *op. cit.*, 2020, p. 6, advierte que este tipo penal carece de desarrollo doctrinal y jurisprudencial que permita ofrecer una amplia explicación al respecto.

(132) En relación con el coronavirus, VERCHER NOGUERA, *op. cit.*, 2020, p. 8, señala que el tipo penal debería completarse con su referente normativo-administrativo dictado con ocasión del estado de alarma para evitar la difusión del virus (como la Orden SND/271/2020, de 19 de marzo, del Ministerio de Sanidad).

mas de prevención e higiene). Para el caso de la imprudencia debería, además, acreditarse que el riesgo de contagio se concretó en el resultado de infección. Un ejemplo de contagio doloso se presentaría cuando una persona sabiendo que es portadora del virus no observara las medidas de prevención de contagio, lo que incluye desde un grave descuido(133) a un descuido intencional(134). Solo el descuido leve de una persona que se sabe positiva en COVID-19 podría configurar un supuesto de lesiones imprudentes graves(135), al igual que el caso de la persona que, por infringir gravemente las normas de prevención (quitarse la mascarilla en varias ocasiones dentro de un espacio cerrado), debió proceder con prudencia posterior, pero no lo hizo. Por ejemplo, la persona no verificó *ex post* si se habría infectado de COVID-19 y continuó con total normalidad su rutina llegando a contagiar a un tercero (en el supuesto de advertir síntomas y no proceder a verificarlos, se estaría ante un posible dolo eventual). El deber de cuidado de cerciorarse acerca de si se es portador del virus, ya sea para el dolo o la imprudencia, se presentaría siempre en aquellos supuestos en que la persona contara con algunos síntomas del virus, o hubiera tenido contacto estrecho con algún individuo infectado o hubiera permanecido sin protección en algún lugar de alta incidencia

(133) Esto es así porque en el caso de conocer que se porta el virus, la persona debe extremar las medidas de cuidado y de prevención. El conocimiento necesario para el dolo tiene como objeto el riesgo típico de contagio, el cual es probable de conducir a una lesión de la salud ajena cuando no se toman las medidas idóneas para evitar el contagio. Si tales medidas fueron eludidas con conocimiento cierto (se podría decir con conciencia plena), se estaría ante un caso de dolo directo de primer grado, mientras que si tales medidas fueron inobservadas de un modo gravemente imprudente, esto es, infringiendo medidas básicas de cuidado que eran obligatorias de observar en la situación de riesgo, entonces, concurriría un supuesto de dolo eventual, porque el sujeto que porta el virus sabe que cualquier comportamiento descuidado derivará muy probablemente en un contagio, de forma tal, que en su quehacer se encuentra el neutralizar todo tipo de riesgo al respecto. Por esta razón es que la imprudencia grave en la elusión de la medida básica de cuidado, acompañada al conocimiento cierto de que se sufre la enfermedad contagiosa, resulta ser la base del conocimiento eventual de la causación de la lesión.

(134) A finales de abril de 2021, en la prensa española se dio a conocer un caso de una persona que sospechando seriamente que portaba COVID-19 se realizó una PCR y sin esperar a los resultados habría ido a trabajar y al gimnasio, haciendo alarde de que contagiaría a sus compañeros, lo que parece ser que sucedió. El resultado arrojó que habría contagiado de forma directa e indirecta a un total de 22 personas.

(135) De otra opinión, POLLOS CALVO, C., «Delitos e infracciones por no cumplir las medidas preventivas del contagio por Covid-19», *Diario La Ley*, n.º 9705, Tribuna, 14/09/2020, para quien se presentará un delito de lesiones imprudentes cuando la persona conocedora de que porta el coronavirus no adopta medidas para evitar contagiar a otras personas.

del virus(136), entre otras alternativas. En todo caso, aquí se entiende que para el supuesto de presentar síntomas se podría pensar primero en el dolo eventual. Para los demás supuestos, como el contacto estrecho con un infectado, debería dejarse la imprudencia grave. Teniendo en cuenta el peso que intersubjetivamente se atribuye a cada uno de estos riesgos, el indicio de peligrosidad difiere. Mientras que los síntomas generan una representación de un riesgo más concreto, dado el padecimiento directo en la salud individual(137), el contacto estrecho con un infectado se relaciona mucho más con la representación de un riesgo abstracto, lejano aún de la salud personal. El deber de verificar si se porta el virus es por ello más autoevidente en el riesgo de contar con síntomas, que en el riesgo de haber permanecido con alguien enfermo.

También, en el ámbito del delito de lesiones a la salud individual, podrían ofrecerse dos vías más de criminalización de la propagación del COVID-19 como peligro para la salud pública. Al menos desde un punto de vista estrictamente teórico, existirían dos formas posibles de canalizar el castigo de la propagación dolosa de una enfermedad contagiosa por medio del delito de lesiones dolosas y, con ello, se podría ofrecer cobertura penal al bien jurídico como salud pública por medio del bien jurídico como salud individual(138).

La primera vía sería castigar la propagación dolosa del virus como riesgo común para la salud pública dentro del desvalor de acción del contagio doloso del delito de lesiones; esto es así, porque todas las enfermedades contagiosas, transmisibles de persona a persona, son las que mayor riesgo de propagación previsible presentan y por ello son esencialmente enfermedades de riesgo colectivo. El juez al momento de determinar la pena podría considerar, si concurren las circunstancias que fundamentan el desvalor en mención, como un aspecto de la gravedad del hecho (art. 66.º 6. CP), el riesgo de propagación del virus

(136) Ofrece una variada reseña casuística de conductas de contagio del ciudadano con sus respectivas posibles formas de resolución, NIETO GARCÍA, Á. J., «El contagio de Covid-19 desde el Código penal», *Diario La Ley*, n.º 9724, 2020 (a).

(137) Las personas asintomáticas no podrían verse perjudicadas por esta circunstancia natural, de modo que para ellas solo sería posible la vía de la imprudencia grave si se presentaran las otras variantes del riesgo (como el contacto estrecho).

(138) La protección de un bien jurídico colectivo por medio de un bien jurídico individual no es ninguna novedad. Ya en los delitos societarios se da que el bien jurídico directamente protegido es el patrimonio societario por medio del cual se protege, aunque sea remotamente, también el bien jurídico orden socioeconómico. Por esta razón a estos delitos se los cataloga como delitos económicos en sentido amplio. De igual modo, podría sostenerse para la lesión de la salud individual por medio de una enfermedad contagiosa transmisible de persona a persona, que se catalogaría como un delito contra la salud pública en sentido amplio.

como elemento implícito en el contagio a una persona determinada. Siendo que el riesgo de propagación del virus podría afectar (en abstracto) al bien jurídico supraindividual salud pública, este quedaría tutelado de forma indirecta a través del castigo del contagio concreto. Un ejemplo posible sería el contagio de una persona que deriva en un nuevo riesgo de contagio a otra persona u otras personas, por cuanto el sujeto contagiado puede contagiar a otro sujeto y así sucesivamente. No obstante, hay que considerar al menos dos variantes en esta cadena de contagio para poder imputar la creación del riesgo común al primer contagiante (incluso al segundo a partir de su propio riesgo en adelante, y así también sucesivamente respecto de cada uno de los que intervienen en la cadena de contagio). La primera variante sería que el riesgo de propagación de la enfermedad fuera previsible *ex ante* por el contagiante y la segunda variante sería que el mismo no hubiese asumido medidas de neutralización, dentro de lo que le compete, para evitar el desenvolvimiento de la dinámica del virus. La previsibilidad *ex ante* del riesgo de propagación por parte del contagiante no incluiría el comportamiento autorresponsable del contagiado, es decir, cuando el nuevo contagio depende exclusivamente de la conducta de este último y no de aquel primero(139). En esta cadena solo podría presentarse la posibilidad de imputación del riesgo de propagación al primer contagiante cuando este advirtiera que la no neutralización del riesgo por él mismo desembocaría en un peligro no cubierto (como la fórmula de *Herzberg*(140)), abierto e incontrolable que comportaría con rayana seguridad un riesgo de propagación del virus. Ejemplo de esto último sería el caso de que el contagiante conociera que el tercero no se ha enterado de estar contagiado y tampoco le diera aviso o advertencia de ello, o le diera aviso tardíamente de forma ineficaz cuando el nuevo sujeto contagiado ya ha incrementado el riesgo de propagación de la enfermedad. El sentido del suficiente grado de lesividad del riesgo para la salud pública se explica desde la lógica de los daños cumulativos, mientras que el fundamento de la imputación de la creación del peligro común de propagación de la enfermedad contagiosa (y no de los sucesivos contagios más allá del primero) reside en

(139) Para DOVAL PAIS, *op. cit.*, 2019, p. 124, «no siempre que se activa una fuente de riesgo de transmisión de una enfermedad el peligro de una nueva transmisión permanece activo amenazando a otros individuos tras la lesión de la víctima. En efecto, cuando la propagación de la enfermedad a otro individuo depende de un nuevo acto del sujeto agente, sin posibilidad de transmisión de otro modo de la enfermedad a terceras personas, la conducta no generará la amenaza de un peligro colectivo».

(140) HERZBERG, R. D., "Die Abgrenzung vom Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit: ein Problem des objektiven Tatbestandes", *Juristische Schulung*, 1986, pp. 249-262.

el argumento de la injerencia desde la cual se puede explicar cómo el riesgo *ex ante* previsible de indominabilidad una vez puesto en marcha, le pertenece al sujeto injerente en todos sus extremos conocidos, siendo un extremo conocido el peligro común para la salud pública(141). El inconveniente que podría presentar esta vía de penalización residiría en la posible vulneración del principio de legalidad, por cuanto el riesgo de propagación del virus no se encuentra tipificado en el Código penal actual y por tal razón no sería posible que, de forma encubierta, se desvalorara cualificadamente el delito de lesiones para dar cobertura a la criminalización de un aspecto del riesgo de contagio que el legislador no contempló en el desvalor de la conducta del delito de lesiones. Si *nullum crimen sine lege*, entonces, no sería posible penalizar el peligro de propagación de enfermedades por medio de las lesiones a la salud individual, agravando la pena. A pesar de este razonamiento en contra podría argumentarse a favor una vez más, que el factor objetivo de medición de la pena de los delitos dolosos contenido en el art. 66.º 6. CP, que hace referencia a la gravedad del hecho, sería el que cubriría la legalidad del castigo, toda vez que el hecho que se desvalora es el riesgo de contagio, que, si bien afecta a la salud de una persona, posee la capacidad intrínseca de propagación del virus a personas indeterminadas. En efecto, el riesgo de contagio que conduce a un riesgo de propagación resulta ser un riesgo mucho más grave que el mero riesgo de contagio de enfermedades no peligrosas o de enfermedades transmisibles, pero no entre personas, porque en estos últimos casos el riesgo de propagación es leve o muy remoto. Es toda esta magnitud lesiva del mismo riesgo lo que se desvaloraría en el monto de la pena, sin desbordar la legalidad del castigo(142).

La segunda posible vía también presenta algún problema, pero se entiende, en principio, que resultaría perfectamente válida. Desde la lógica jurídica y bajo todas las garantías, parecería viable atribuir

(141) En relación con los contagios de enfermedades, DOVAL PAIS, *op. cit.*, 2019, p. 121, sostiene que el riesgo de contagio no solo supone el peligro de transmisión de la enfermedad a una persona determinada, sino de forma simultánea supone el riesgo de transmisibilidad a terceros y esto es un peligro común; a pesar de que esta característica no permitiría desvalorar la situación de peligro común que desata la transmisión de la enfermedad con riesgo de propagación en los delitos de lesión y homicidio del Código penal español.

(142) En cualquier caso, habría que analizar en profundidad, si acaso por medio de la consideración del riesgo implícito no se podría estar cometiendo una analogía *in malam partem* extendiendo el sentido del tipo (conducta de contagio a conducta de propagación) a través de un castigo más grave, el cual contemplaría no solo el desvalor del contagio sino el desvalor de la propagación implícita en el contagio.

objetivamente el riesgo previsible *ex ante* de propagación de una enfermedad contagiosa y subjetivamente imputar el dolo (también eventual)(143) del injusto de peligro común, al peligro individual concreto de contagio. En el actual Código penal español, el título de imputación posible para el castigo del riesgo común sería, que junto a la imputación de la lesión (dolosa o imprudente) de la salud individual de una persona, producida por el contagio del virus, se acomodara en concurso la imputación de una tentativa de lesiones (dolosas) de la salud individual de personas indeterminadas. En el injusto de la tentativa residiría el peligro común de la propagación y eventual lesiones indeterminadas (infinitas), configurándose como un injusto global, que abarca el peligro abstracto para la salud pública y para la salud individual.

En definitiva, y al igual que en el régimen jurídicopenal alemán, en España también se presentaría, con independencia del delito que se trate, una serie de problemas relacionados con la determinación y prueba del nexo de causalidad, de la naturaleza y envergadura del riesgo, el juicio de atribución de comportamientos de contagio del virus con resultado de lesión o muerte y el juicio de imputación del dolo y la imprudencia.

6. ALGUNOS PROBLEMAS COMUNES DE LA NORMATIVA ALEMANA Y ESPAÑOLA

Primera: el objeto de tutela jurídicopenal

Los bienes jurídicos personales como la vida, la integridad física y la salud se encuentran tutelados contra cualquier virus o amenaza; no importa qué infección los afecte. También, la salud pública se encuentra protegida contra enfermedades peligrosas y contagiosas, solo que el alcance de protección penal en los sistemas jurídicos analizados presenta algunas diferencias. Mientras que en el régimen alemán la protección jurídicopenal de la salud pública por medio de la propagación de enfermedades peligrosas es directo, en España habría que recurrir, cuando fuera posible, a ciertas vías indirectas de criminalización, como las mencionadas en líneas anteriores, para poder ofrecerle tutela.

(143) Por ahora, no se advierte la posibilidad de incluir la imprudencia grave como título de imputación.

Segunda: riesgo permitido versus riesgo penalmente típico de propagación y/o contagio

El riesgo de propagación de enfermedades peligrosas y/o riesgo de contagio en el contexto de la actual pandemia de COVID-19, se encuentra hiperregulado por parte de la normativa sanitaria actual, a diferencia de la reglamentación relativa a la prevención de otro tipo de enfermedades. Con ello, el campo de libertad en el uso del riesgo permitido es bastante reducido en el supuesto del coronavirus, pero algo más amplio, en relación con la gripe y otros riesgos asumidos como riesgos generales de la vida. Si bien esta especie de hiperregulación presenta un problema con la concepción contemporánea del ejercicio de la libertad individual (que ha quedado bastante reducida), por otro lado, curiosamente, redundan en su beneficio, al permitir que los ciudadanos conozcan a ciencia cierta cuáles son las fronteras de lo adecuado socialmente. Así, también, las eventuales consecuencias jurídicas de la infracción a estas normas generan un juego de tensión entre la libertad individual y la seguridad de todos(144), lo que se agudiza en los supuestos de personas enfermas o sospechosas de encontrarse infectadas(145), al igual que un juego de tensión entre la solidaridad intensificada y la distancia social.

Tercera: conocimiento de las normas de cuidado debido para evitar el riesgo de propagación y/o de contagio

A nivel de tipicidad subjetiva el desconocimiento del ciudadano de las normas de cuidado debido y el alcance del riesgo permitido sería, en principio, irrelevante para la aplicación de la normativa sobre el coronavirus en tiempos de pandemia. Esto es así, porque en la sociedad contemporánea la información sensible se encuentra ya al alcance de todas las personas y la mayoría de ciudadanos, si no acceden por otros medios a su conocimiento, lo hacen cotidianamente por medio de las redes y plataformas sociales donde no solo adquieren la información, sino que también la comentan, la comparten y hasta la editan.

(144) Esto es, «el riesgo permitido en el área conflictiva entre libertad y seguridad» (“Das *erlaubte* Risiko im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit”), según CERNY y MAKEPEACE, *op. cit.*, 2020, p. 149.

(145) El art. 1.º del RSI de la OMS define *persona enferma* como la que sufre o está afectada por una dolencia física que puede suponer un riesgo para la salud pública, y *sospechosa* hace referencia a toda persona, que un Estado Parte considere que haya estado o podría haber estado expuesta a un riesgo para la salud pública y sea una posible fuente de propagación adicional de enfermedad.

En sí, el hecho de que las autoridades competentes emitan nuevas órdenes de rápida sucesión en el tiempo y vayan derogando las anteriores, podría tornar problemática la posibilidad de mantenerse actualizado en cuanto a las normas de cuidado debido y en cuanto a la cantidad de información que podría tornarse inmanejable desde el punto de vista del ciudadano promedio. No obstante, y para aquellos supuestos en los que el ciudadano ha perdido la visión general de las medidas actuales de la autoridad competente, siguen en pie las disposiciones relativas al error de tipo y error de prohibición (§§ 16 y 17 StGB y 14 CP) en materia penal. Sin duda, estos preceptos sobre el error adquirirán gran relevancia en la práctica por cuanto no pueden descartarse los casos de ciudadanos que si no son víctimas de informaciones falsas, no se informan a diario o que no se han informado durante un buen tiempo y que por tal motivo no han advertido los cambios en la normativa pertinente, así como tampoco los casos en donde el ciudadano pueda suponer erróneamente que se le aplica una determinada regulación legal cuando se le aplica otra distinta que, incluso, puede ser más restrictiva que la primera(146).

Cuarta: tipos de dolo e imprudencia en el delito de propagación y de lesiones

La forma dolosa de propagación o de contagio, según sea, contempla un amplio abanico subjetivo, que puede ir desde el dolo directo de primer grado, pasando por el dolo directo de consecuencias necesarias hasta alcanzar el dolo eventual, lo que significaría que el sujeto conoce en grado de certeza o incerteza el riesgo que genera o incrementa a partir de su estado de salud en relación con la enfermedad contagiosa. Los indicadores que podrían conformar los diversos grados de dolo del autor serían: los propios síntomas, la indicación del médico acerca de encontrarse infectado o la prueba positiva de COVID-19(147), entre otros posibles indicios; mientras que los indicadores de la imprudencia podrían ser el contacto estrecho con alguna persona infectada, el haber estado en algún país o lugar de riesgo elevado, entre otros

(146) WEISSENBERGER, *op. cit.*, 2020, p. 171.

(147) Las medidas de cuidado habrían también de extremarse en aquellos supuestos de los superpropagadores (que lo supieran), que son las personas infectadas que pueden transmitir el virus a muchas más personas que lo que habitualmente puede hacer un propagador estándar. Algunos estudios revelan que los niños y los jóvenes tienen más probabilidades de ser superpropagadores, que los adultos, lo que plantea un problema en relación con la imputabilidad y las posiciones de garante de los progenitores y tutores.

factores. En el manejo del riesgo y los deberes a observar, se presentan a su vez dos posibles escenarios: las personas infectadas y las personas no infectadas (pero infectables, dejando de lado –en esta oportunidad– a las personas vacunadas y a los falsos positivos y negativos). A su vez, dentro de estos dos escenarios, se deberían contemplar las diferentes alternativas según el grado de conocimiento de la enfermedad y los deberes de conocer. El caso más evidente, que podría derivar en un comportamiento doloso, sería el de la persona contagiada de COVID-19, que sabe que lo está y que infringe los deberes de cuidado, siendo el principal la observancia de abstención de relacionarse directamente con otras personas. Para dar cumplimiento a este deber, la persona enferma debería orientarse por las medidas de prevención que la autoridad competente le haya indicado, como el deber de cumplir la cuarentena en el hospital o institución de salud al que haya sido derivada, o en la residencia domiciliaria para los casos menos graves. En el siguiente orden de gravedad, que también podría derivar en un comportamiento doloso, pero ahora eventual, sería el de la persona que advierte la posibilidad concreta de que podría encontrarse infectada del virus y no se auto-recluye espontáneamente como medida de prevención hasta cerciorarse de su real estado de salud. En estos supuestos, el deber de cuidado inicial consistiría en dar aviso inmediato a la autoridad sanitaria más accesible, así como el deber de evitar todo tipo de acercamiento con otras personas (extremando las medidas de precaución relativas al estornudo y secreciones). Fuera de estos casos evidentes, que resultarían más sencillos de resolver, se presentarían casos mucho más complejos como el de los llamados infectados o positivos asintomáticos, eliminadores, portadores sanos o transmisores silenciosos, siendo muchos de ellos superpropagadores, lo que dificulta aún más la situación. Estas personas que pueden tener el virus, pero no haber desarrollado la enfermedad en su sistema, carecen del conocimiento del riesgo de propagación respecto de una enfermedad en ellas *subjetivamente* inexistente. En estos supuestos, se dice que el virus está o pasó por el cuerpo de la persona, pero no hay ni hubo signos clínicos evidentes de su presencia (esto es, síntomas) así, como mucho menos, daños o lesiones a su salud, panorama que dificulta el reproche subjetivo al autor. También resulta difícil de solución el caso de las personas que sufren síntomas muy leves (o levísimos), prácticamente imperceptibles, o que son fácilmente confundibles con un simple resfriado, por cuanto la representación del riesgo de portar el virus podría resultar en estos casos obligatoria, teniendo en cuenta que dada la excesiva información de advertencia de dar aviso a la autoridad sanitaria ante el mínimo síntoma, sería

poco probable que la persona no hubiera sospechado la presencia de la enfermedad. Además, y considerando la intensificación del principio del *alterum salvare* en situaciones de emergencia y dada la elevada cognoscibilidad de la entidad del COVID-19 (dañosidad y fácil transmisibilidad), la situación sanitaria actual parecería exigir un acentuamiento de los deberes de atención y vigilancia, advertencia y precaución, donde la cognoscibilidad o conocimiento potencial (aquello capaz de ser adquirido), podría operar como el fundamento de todos estos deberes(148). En última instancia, para saber si el autor de la propagación o contagio habría realizado el comportamiento de forma dolosa o imprudente se debería apelar al contexto típico de la enfermedad. Así, no sería lo mismo propagar o contagiar cualquier otra enfermedad que el coronavirus, teniendo en cuenta, según lo manifestado anteriormente, que para este último existen una serie de medidas de prevención de carácter obligatorio dictadas por la autoridad competente. Con lo dicho no puede negarse que el umbral mínimo del riesgo penalmente relevante en el coronavirus se encontraría actualmente bastante bien delimitado en comparación con otras enfermedades, asumiendo el riesgo de propagación y/o contagio una taxatividad indirecta que redundaría en beneficio de la libertad del ciudadano. Paradójicamente, aunque parezca riguroso, el *covidelito* poseería mayor certeza de lo que está prohibido, y de lo que no, que otras enfermedades virósicas.

7. REFLEXIÓN FINAL

Las desgracias suceden más de lo que las personas quieren aceptar, por lo que muchas sociedades se han mal acostumbrado al hecho de que cuando algo no funciona bien, se busca rápidamente la forma de hallar un responsable para culparle de ello, incluso por la calamidad(149). Esa necesidad imperiosa de asignar culpas y responsabilidades solo tiene como aliado perfecto la falsa creencia de que el Derecho penal lo podría resolver todo, aun cuando la lógica de la vida cotidiana señale lo contrario. La experiencia lo ha demostrado una y otra vez, que los mecanismos normativos no funcionan y no son

(148) Sobre el conocimiento potencial como insuficiente para la imputación ordinaria del dolo, pero suficiente para la imprudencia y para los supuestos de imputación extraordinaria del dolo (infracción a deberes cualificados de conocer), véase VARELA, *op. cit.*, 2016, pp. 309 y ss. (con notas al pie), pp. 654 y ss., *passim*.

(149) FISCHER, cit. *ut supra*, 2020; NIETO MARTÍN, cit. *ut supra*, 2020.

eficientes sin mecanismos cognitivos, de allí que resulta imperioso que los ciudadanos asuman el infortunio como propio y se esfuercen por el bien común acatando las normas de emergencia espontáneamente. Asimismo, el Estado no debería enfocarse en generar dependencia del Derecho penal, sino recurrir antes a minimizar el impacto por medios menos lesivos, desde el cumplimiento coactivo de las órdenes de la autoridad, pasando por la sanción a infracciones hasta la aplicación de reglas procesales de oportunidad y de imputación estrictas en el ámbito penal. Con mayor énfasis, el Derecho penal debería reducir su protagonismo en aquellos Estados que, por cierta (ir)responsabilidad en la causa, no pudieran paliar la pandemia por medios sanitarios. Solo un Estado cumplidor de sus cometidos y defensor de los derechos fundamentales podría proceder legítimamente por medio del Derecho penal para neutralizar la propagación y efectos lesivos de los contagios masivos por COVID-19. De allí, que a la pregunta titular de este artículo ¿necesidad de Derecho penal para atajar una pandemia? habría que responder: solo si..., entonces sí.

Algunos aspectos controvertidos de la pena de prisión permanente revisable

ÁNGELA CASALS FERNÁNDEZ

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal y Derecho Penitenciario
Universidad CEU San Pablo

RESUMEN

A través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se introdujo en nuestro país la pena de prisión permanente revisable, pena que ya ha sido efectivamente impuesta por nuestros tribunales en quince ocasiones. Esta pena tan controvertida permite detenernos en algunos aspectos que el legislador deja sin resolver. Destacamos la alevosía y su dificultad para no quebrar el principio ne bis in ídem. Pero también la ambigüedad de algunos términos; la compatibilidad de ciertos artículos del Código Penal por falta de especificidad; la indeterminación de un límite máximo de pena como obstáculo en la modificación de la misma; la figura del cómplice y la desproporción, la tentativa y el límite máximo de la prisión provisional.

Palabras clave: *prisión permanente revisable, alevosía, indeterminación, complicidad, tentativa.*

ABSTRACT

The Organic Law 1/2015, March 30th, was introduced in our country the penalty of revisable permanent prison. That penalty has already been effectively imposed by our courts on fifteen occasions. This controversial sentence allows us to talk about some aspects that the legislator leaves unresolved This problem is created by the pre-meditation's evaluation; the uncertainty of some terms, the compatibility of Penal Code articles due to absence of specificity; the uncertainty of maximum limit of punishment as obstacle about its modification; the involvement, the attempt and the provisional prison.

Key words: *permanent Reviewable Imprisonment, treachery, indeterminacy, involvement, attempt.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. La alevosía: controversia con el principio *ne bis in ídem*.–III. La compatibilidad entre el artículo 139.1.4.^a y el 140.1.2.^a del Código Penal.–IV. Los problemas que plantea la indeterminación del límite máximo de la pena de prisión permanente revisable.–V. La figura del cómplice y la desproporción de los límites de su pena.–VI. La tentativa y su determinación en los delitos más graves del ordenamiento.–VII. La indeterminación de la prisión provisional.–VIII. Conclusiones.–IX. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se produjo, en la parte general de Derecho Penal y, a su vez, en los delitos más graves del ordenamiento, una modificación del listado de penas privativas de libertad, introduciendo la novedosa institución de la pena de prisión permanente revisable. Aunque lleva más de cinco años en nuestro ordenamiento jurídico penal, la polémica y el debate en torno a la misma no ha perdido en absoluto actualidad.

Esta se encuentra regulada para los delitos más graves del ordenamiento, es decir, para ofrecer una respuesta penal extraordinaria a aquellos supuestos que se caracterizan por una gravedad extrema o excepcional. En primer lugar, el asesinato cualificado del artículo 140 del Código Penal, incluido todo homicidio cuya víctima sea menor de 16 años, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, o discapacidad física o mental. En segundo lugar, la muerte de Rey, Reina, Príncipe o Princesa de Asturias, recogido en el artículo 485.1 del Código Penal. En tercer lugar, el delito de terrorismo que cause la muerte de una persona, enunciado en el artículo 573 bis del Código Penal. En cuarto lugar, la muerte del jefe de un Estado extranjero o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado que se encuentre en España, según el artículo 605 del Código Penal. Y, por último, la muerte, agresiones sexuales o lesiones graves de una persona en delitos de genocidio (artículo 607 del Código Penal) y delitos de lesa humanidad (artículo 607 bis del Código Penal).

Resulta interesante hacer constar que, aunque existen precedentes de esta pena en nuestro Derecho, ni se habían incluido en el catálogo de penas de ninguno de los códigos penales aprobados en el siglo XX,

ni había sido objeto de debate durante la última etapa del siglo XX, siendo nuestro país democrático. Tampoco parecía una reforma necesaria en un país como el nuestro, al ostentar una de las tasas de criminalidad más bajas de Europa(1).

Desde la entrada en vigor de la pena de prisión permanente revisable hasta la actualidad tenemos un total de quince sentencias(2). De la totalidad de ellas, en once ocasiones se ha utilizado el artículo 140.1.1.^a del Código Penal. Es decir, las víctimas de estos asesinatos han sido víctimas menores de dieciséis años, o se ha tratado de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. Concretamente, en nueve de estas, la víctima tenía menos de dieciséis años y, las otras dos, eran personas afectadas por enfermedad o discapacidad. En cinco ocasiones se ha utilizado el artículo 140.1.2.^a del Código Penal, acometiendo un asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual. Y, en una ocasión, se ha aplicado, además, el artículo 140.2 del Código Penal, es decir, que el reo de asesinato ha sido condenado por la muerte de dos o más personas.

A día de hoy, no tenemos a ningún condenado a la pena de prisión permanente revisable por cometer un asesinato y ser perteneciente a un grupo u organización criminal (artículo 140.1.3.^a del Código Penal); ni ningún condenado por un delito contra la Corona consistente en la muerte del Rey o la Reina o Princesa de Asturias (artículo 485 del Código Penal); ni por un delito contra el Derecho de Gentes, es decir, por delitos de genocidio (artículo 607 del Código Penal) o

(1) Según la Oficina Europea de Estadística (Eurostat) España en 2014 era uno de los países más seguros de Europa. Entre los 41 países estudiados, España se encuentra entre los últimos diez puestos (34) en casos de homicidios intencionales, en una posición intermedia (21) en cuanto a agresiones y prácticamente a la cola (31) de los países con una mayor tasa de robos y atracos. Dentro de las estadísticas de crimen, Eurostat incluye datos de violencia sexual y de violaciones, en las que España se sitúa el puesto 21 y 27 respectivamente. Disponible en: www.epdata.es

(2) Las quince sentencias en las que se condena con la pena de prisión permanente revisable son: 1) Sentencia del Tribunal Supremo 701/2020, de 16 de diciembre; 2) Sentencia del Tribunal Supremo 678/2020, de 11 de diciembre; 3) Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 379/2019, de 30 de septiembre; 4) Sentencia del Tribunal Supremo 180/2020, de 19 de mayo; 5) Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 7/2019, de 4 de marzo; 6) Sentencia del Tribunal Supremo 82/2019, de 16 de enero; 7) Sentencia del Tribunal Supremo 418/2020, de 21 de julio; 8) Sentencia del Tribunal Supremo 129/2020, de 5 de mayo; 9) Sentencia del Tribunal Supremo 367/2019, de 18 de julio; 10) Sentencia del Tribunal Supremo 102/2018, de 1 de marzo; 11) Sentencia del Tribunal Supremo 520/2018, de 31 de enero; 12) Sentencia del Tribunal Supremo 716/2018, de 16 de enero; 13) Sentencia del Tribunal Supremo 700/2018, de 9 de enero; 14) Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 171/2018, de 16 de octubre; 15) Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 42/2017, de 14 de julio.

por delitos de lesa humanidad (artículo 607 bis 2.1 del Código Penal). Es decir que, por ahora, la tendencia jurisprudencial es aplicar la condena de prisión permanente revisable únicamente para los delitos hiperagravados del artículo 140 del Código Penal (con excepción de los cometidos por organización o grupo criminal, que aún no se ha aplicado).

Debemos destacar que la doctrina científica en España se ha posicionado mayoritariamente en contra de esta pena(3). En este sentido, más de cien catedráticos de Derecho Penal de todas las universidades en España, firmaron un manifiesto en su contra en marzo de 2018(4).

En este momento todo es posible: desde el fin de su vigencia por declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional o por modificación legislativa, hasta su ampliación, endurecimiento y/o corrección de los problemas técnicos apreciados por el Tribunal Supremo de cara a su aplicación en algunos casos(5).

Es por ello que después de más de cinco años con la pena de prisión permanente revisable en nuestro ordenamiento, debemos recalcar los aspectos más controvertidos de la misma. Hasta la fecha tenemos quince sentencias y un recurso ante el Tribunal Constitucional en el olvido(6).

(3) Debemos tener en cuenta que algunas voces autorizadas muestran su conformidad con la misma como respuesta a determinados delitos de especial gravedad. Ver, entre otros, a Jaén Vallejo, M.: «La prisión permanente revisable comienza a aplicarse», en *Elderecho.com*, 17 de julio de 2017. Disponible en: <https://elderecho.com/laprision-permanente-revisable-comienza-a-aplicarse>

(4) Las firmas se encuentran bajo el lema «Manifiesto contra la prisión permanente revisable» y se encuentran en: https://www.peticiones24.com/signatures/manifiesto_contra_la_prision_permanente_revisable/

(5) Cfr. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «Prisión permanente revisable y el TEDH: algunas reflexiones críticas e implicaciones para el modelo español», en *ADPCP*, Vol. LXXIII, 2020, p. 273.

(6) Recurso de inconstitucionalidad n.º 3866-2015, promovido por más de cincuenta diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista; Catalán de Convergencia i de Unió; de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural; Unión Progreso y Democracia; Vasco (EAJ-PNV); y Mixto contra los siguientes apartados del artículo único de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: Apartado veinticuatro, en la redacción que da al artículo 33.2 a); apartado veinticinco, en la redacción que da al artículo 35; apartado veintiséis, en la redacción que da al artículo 36; apartado treinta y cinco, en la redacción que da al artículo 76.1 e); apartado treinta y ocho, en la redacción que da al artículo 78 bis; apartado cincuenta y uno, en la redacción que da al artículo 92; apartado setenta y ocho, en la redacción que da al artículo 140; apartado doscientos treinta y cuatro, en la redacción que da al artículo 485.1; apartado doscientos cincuenta y cinco, en la redacción que da al artículo 605.1; apartado doscientos cincuenta y seis, en la redacción que da al artículo 607.1.1.º y 2.º; y apartado doscientos cincuenta y siete, en la redacción que da al artículo 607 bis 2.1.º.

II. LA ALEVOSÍA: CONTROVERSIA CON EL PRINCIPIO *NE BIS IN ÍDEM*

La alevosía es una circunstancia modificativa agravante genérica recogida en el artículo 22.1 del Código Penal. Se define en este artículo de la siguiente manera: «*Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*». Pero también es una circunstancia que cualifica el asesinato, recogida en el artículo 139.1.1.^a del Código Penal.

La jurisprudencia, en la Sentencia del Tribunal Supremo 716/2018, de 16 de enero, considera que esta circunstancia concurre «*en aquellos casos en los que, por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido*». Y, añadiendo la Sentencia del Tribunal Supremo 604/2019, de 5 de diciembre, añadiríamos que radica «*en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes*». Por otro lado, la jurisprudencia ha precisado que la presencia de signos de defensa no elimina, por sí misma, la existencia de alevosía, siendo compatible con «*intentos defensivos ínsitos al propio instinto de conservación*» (Sentencia del Tribunal Supremo 51/2018). La alevosía «*no desaparece por la posible existencia de hematomas o rasgos defensivos, pues una cosa es la defensa activa que se realice o pueda realizarse y otra cosa es la que podríamos llamar defensa pasiva o simple autoprotección equiparable a lo que comúnmente suele llamarse instinto de autoprotección*» (Sentencia del Tribunal Supremo 472/2002, de 14 de marzo y 417/2008, de 30 de junio).

La jurisprudencia, de manera reiterada(7), ha indicado que la alevosía consta de cuatro elementos. En primer lugar, solo se aplica a los delitos contra las personas. En segundo lugar, está relacionada con el *modus operandi* utilizado por el autor, a través de medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar la eliminación de las posibilidades de defensa. En tercer lugar, el dolo abarca los medios, modos, formas, y la tendencia a asegurar la ejecu-

(7) Ejemplo de ello la Sentencia del Tribunal Supremo 1035/2012; 253/2016 y 716/2018.

ción y su orientación a impedir la defensa. Y, en cuarto lugar, supone la comprobación de se produjo una situación de total indefensión(8).

También debemos hacer la distinción entre cuatro clases de alevosía(9). En primer lugar, la alevosía proditoria que se considera una emboscada o situación en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en el momento y lugar que ésta no espera. En segundo lugar, la alevosía súbita, inopinada o sorpresiva, donde el sujeto activo no descubre sus intenciones y aprovecha la confianza de la víctima para actuar de forma imprevista o repentina. El carácter sorpresivo es lo que suprime la posibilidad de defensa. En tercer lugar, la alevosía de desvalimiento que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como es el caso de los menores, ancianos, enfermos o personas cualquier tipo de personas especialmente vulnerable. En último lugar, la alevosía doméstica o convivencial basada en la relación de confianza, provocando una total despreocupación de la víctima respecto a cualquier ataque proveniente de una acción del acusado(10).

Con todo lo expuesto hasta ahora, debemos recordar que la alevosía es una circunstancia que sirve para cualificar los delitos recogidos en el Título Primero «Del homicidio y sus formas», pero no tiene aplicación directa para cualificarlo como asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1.^a del Código Penal.

Para ello, vamos a analizar la Sentencia del Tribunal Supremo 520/2018, de 31 de octubre, donde nos explica los problemas que deslinden de la alevosía en relación con el artículo 140.1.1.^a del Código Penal. En primer lugar, afirma que no todos los casos en los que se da muerte a un menor de edad o persona especialmente vulnerable, concurre alevosía, ya que esto supondría vaciar de contenido el delito de homicidio agravado del artículo 138.2.a) del Código Penal. En segundo lugar, razona que en los supuestos en los que la edad de la víctima o la enfermedad o discapacidad física o mental determinen por sí solas la alevosía, concurrirá el tipo básico de asesinato del artículo 139.1.1.^a del Código Penal. La sentencia advierte de la infracción *non bis in ídem* si se apreciase el tipo hiperagravado del artículo 140.1.1.^a del Código Penal, debido a que las condiciones de la

(8) Vid. PINTO PALACIOS, F., «Alevosía, *non bis in ídem* y prisión permanente revisable. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Diario La Ley*, n.º 9799, de 25 de febrero de 2021, p. 5.

(9) Vid. MIR PUIG, C.: «La pena de prisión permanente revisable en el Derecho Penal español en la reforma del Código Penal de 2015», GÓMEZ- JARA DÍEZ, C. (Coord.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo I, Aranzadi, Madrid, 2018, p. 579.

(10) Vid. Sentencia del Tribunal Supremo 215/2019, de 24 de abril.

víctima basan la alevosía. Por último, indica cuál sería el ámbito de aplicación del artículo 140.1.1.^a del Código Penal, siendo en aquellos supuestos en los que la alevosía, basada en otros elementos, se superponga a las circunstancias relativas a la minoría de edad o al hecho de tratarse de una persona especialmente vulnerable. Por ejemplo, el caso de un ataque sorpresivo por la espalda (alevosía súbita, artículo 139.1.1.^a del Código Penal) de un menor de 15 años (artículo 140.1.1.^a del Código Penal)(11).

Ejemplo de este deslinde de la alevosía y no vulneración del principio *ne bis in idem* sería la Sentencia del Tribunal Supremo 700/2018, de 9 de enero donde se confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante que condenó al acusado por tres delitos de asesinato en grado de tentativa, uno de ellos en su modalidad hiperagravada dado que la víctima era menor de dieciséis años (artículo 140.1.1.^a del Código Penal). En este caso, la alevosía que determinó la presencia de tres delitos de asesinato en grado de tentativa se derivaba de la forma de ejecución para acabar con la vida de las víctimas, destacando la indefensión de éstas ya que confiaban en la normalidad y tranquilidad de su hogar, y por eso, solo la víctima menor se calificó como delito hiperagravado de asesinato.

Un caso distinto es el de Sergio Díaz(12), condenado el 21 de marzo de 2018 por un delito de asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1.^a del Código Penal, al asestarle más de treinta puñaladas y diversos golpes con varios objetos a una persona de 66 años con discapacidad, siendo el acusado conocedor de esta situación. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife decidió condenarlo a pena de prisión permanente revisable. Tras esto se presentó recurso de apelación al Tribunal Superior de Justicia y se desestimó. A continuación, se interpuso recurso de casación alegando que se había incurrido en un error *iuris nocet*(13), al considerar que no se había aplicado correctamente el sistema escalonado de hipercualificación previsto(14). Expuso que se había considerado una circunstancia de alevosía en su modalidad de desvalimiento para aplicarle el artículo 140.1.1.^a del

(11) Cfr. PINTO PALACIOS, F., *Op. Cit.*; p. 7.

(12) Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 100/2018, de 21 de marzo. El conocido caso del asesino de Icod, siendo el primer condenado con pena de prisión permanente revisable en Canarias.

(13) Entendiendo este tipo de error como el error de derecho que perjudica. Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a edición, Reppertor, Barcelona, 2015, p. 278.

(14) Vid. VILLEGAS GARCÍA, M. A.; ENCINAR DEL POZO; M. A., «Jurisprudencia sobre la nueva regulación del delito de asesinato», en *Diario La Ley*, n.º 9726, de 29 de octubre de 2020, p. 5.

Código Penal. El Tribunal Supremo estima el recurso formulado por la defensa y revoca la pena de prisión permanente revisable (Sentencia del Tribunal Supremo 716/2018, de 16 de enero). La Sala considera que *«la situación de desvalimiento, o si se prefiere la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su enfermedad o discapacidad, tal como resulta del contenido de la resolución recurrida, integraba de modo inescindible junto al ataque sorpresivo, la situación de indefensión que posibilitó la estimación de la circunstancia de alevosía»*. Por lo tanto, la indefensión de la víctima no se puede apreciar para cualificar el asesinato y para aplicar la hiperagravación por especial vulnerabilidad del artículo 140.1.1.^a del Código Penal. Por este motivo, se revoca la prisión permanente revisable y se sustituye por una pena de prisión de 24 años, atendiendo al artículo 139.2 del Código Penal, ya que se consideraron la alevosía (art. 139.1.1.^a del Código Penal) y el ensañamiento (artículo 139.1.3.^a del Código Penal).

Mucho más difícil de apreciar el deslinde entre la alevosía y el tipo hiperagravado del artículo 140.1.1.^a del Código Penal, se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo 367/2019, de 18 de julio. El acusado fue condenado por un delito de asesinato hiperagravado por razón de edad de la víctima, al tener ésta diecisiete meses. La Sala de lo Penal rechazó las alegaciones de la defensa sobre la vulneración del principio *non bis in ídem* considerando que *«la indefensión proviene del desvalimiento que caracteriza a los ataques a un bebé de meses, por la especial situación de la vulnerabilidad de la víctima. Mientras que el fundamento de la prisión permanente revisable radica en la especial protección de los menores de 16 años (o resto de personas vulnerables) más que sancionar el mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a posibles reacciones defensivas, que es el fundamento de la alevosía. De este modo la situación de desvalimiento, integraría la situación de indefensión que posibilitó la estimación de la circunstancia de alevosía y en todo caso, como parece apuntar la sentencia recurrida, cabría escindir las diversas modalidades de la alevosía, para entender que en todo caso la sorpresiva siempre podría cualificar el asesinato y la menor edad lo hipercualificaría»*. Parece que la Sala haya forzado la justificación de la alevosía realizando una doble vertiente de calificación, primero utilizando ésta para el artículo 139 y posteriormente usándola como menor de edad en el artículo 140 del Código Penal. Debemos recordar que el Código Penal solo escribe alevosía y es la amplia jurisprudencia, a lo largo de los años, la que ha ido perfilando las distintas modalidades de esta agravante.

Otro de los casos más conocidos mediáticamente, el crimen de Pioz, la Audiencia Provincial de Guadalajara condenó a Patrick Nogueira por un delito de asesinato con alevosía (artículo 139.1.1.^a del Código Penal), a la pena de prisión de 25 años; dos delitos de asesinato con ensañamiento (artículo 139.1.3.^a del Código Penal) por víctima especialmente vulnerable en atención a su edad en relación con el artículo 140.1.1.^a del Código Penal, a dos penas de prisión permanente revisable; y un delito de asesinato con alevosía (artículo 139.1.1.^a del Código Penal) en relación con el artículo 140.2 del Código Penal, a la pena de prisión permanente revisable. La defensa interpuso un recurso de apelación que fue estimado por la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha. Ésta ratificó que las muertes de los dos adultos debían ser calificadas como asesinatos con alevosía dado que fueron cometidos por el autor con arma blanca, de manera sorpresiva y súbita, y sin posibilidad de defensa eficaz por parte de las víctimas. En el caso de la mujer, el asesinato alevoso derivaba de la localización en la que se produjo su muerte, una estancia de reducidas dimensiones en la que la víctima se encontraba de espaldas a la puerta. Respecto del varón, también se produjo de forma alevosa porque el condenado acometió a la víctima, de forma sorpresiva y sin posibilidad de defensa, cuando se encontraba en el pasillo de acceso a la vivienda. En cuanto a los menores entendió que debía anularse la condena de prisión permanente revisable, ya que consideró la muerte de los dos menores con la agravante de alevosía, reconociendo de esta manera su situación de vulnerabilidad, impidiendo apreciar el artículo 140.1.1.^a del Código Penal(15).

Finalmente, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo estimó los recursos de casación formulados por las acusaciones particulares al considerar que procedía imponer al acusado dos penas de prisión permanente revisable por los asesinatos de los dos menores de edad. La Sala entendió que no existía problemas de inherencia en la medida que nada impide un tratamiento agravado del asesinato de un menor cuya edad le inhabilita para cualquier defensa dada su mayor antijuridicidad(16). Y, por tal motivo, la sentencia concluye que *«el art. 140.1.1 del Código Penal no agrava lo que ya ha sido objeto de agravación en el art. 139.1, esto es, la muerte de un menor, ejecutada con alevosía por desvalimiento. El legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha*

(15) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha 16/2019, de 13 de junio.

(16) Cfr. PINTO PALACIOS, F., *Op. Cit.*; p. 10.

de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección. Conforme a la interpretación que ahora postulamos, la muerte alevosa de un niño siempre será más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad que es asesinado mientras duerme o se encuentra bajo los efectos de sustancias que le obnubilan. Y siempre será más grave porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso, sin que lo impida la regla prohibitiva de inherencia que proclama el artículo. 67 del Código Penal».

La última sentencia a destacar también es un suceso conocido mediáticamente, el caso del niño Gabriel Cruz. La Audiencia Provincial de Almería condenó a Ana Julia Quezada por un delito de asesinato hiperagravado sobre víctima menor de 16 años a la pena de prisión permanente revisable. A su vez, el Tribunal Supremo(17) ratifica la condena de la acusada teniendo en cuenta dos consideraciones. En primer lugar, ratifica la apreciación de la circunstancia de alevosía pues en los hechos probados consta que la acusada ejecutó un ataque súbito y repentino al menor que fue previo a la maniobra de asfixia que, finalmente, le causó el fallecimiento. Y, en segundo lugar, considera que la prisión permanente revisable tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de asesinato. Reiterando que hay dos bases diferentes para dos agravaciones diferentes y, por lo tanto, no hay *bis in ídem* sino un legítimo *bis in altera*(18).

III. LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL ARTÍCULO 139.1.4.^a Y EL 140.1.2.^a DEL CÓDIGO PENAL

Otra de las modificaciones que se produjeron con la Ley Orgánica 1/2015 fue la introducción de una modalidad más para la calificación de asesinato, la circunstancia cuarta del art. 139.1 del Código Penal. Esta modalidad dice que se califica como asesinato matar a otro para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra. Es decir, en este precepto se regulan dos modalidades delictivas.

Por un lado, nos encontraríamos con la modalidad de matar a otro para facilitar la comisión de otro delito. Esta variante sería un supuesto

(17) Sentencia del Tribunal Supremo 701/2020, de 16 de diciembre.

(18) Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Temas de Derecho Penal (Penología. Parte especial. Proyectos de reforma)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1992, p. 24.

de concurso medial de delitos que el Código Penal ha querido castigar de forma independiente. Y, por otro lado, nos encontraríamos con la modalidad de matar a otro para evitar que el delito se descubra.

Ha provocado ciertas críticas dentro de la doctrina toda vez que esta circunstancia plantea dudas respecto a su compatibilidad con la circunstancia 2.^a del art. 140.1 del Código Penal, que determina la aplicación de la pena de prisión permanente revisable cuando el hecho sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual(19). Además, continúan las críticas porque este precepto no hace distinción entre agresión y abuso sexual, delitos que se encuentran plenamente diferenciados y castigados de forma independiente en el Título VIII del Código Penal. Es decir, equipara unos tocamientos con fines sexuales con una violación. Otra crítica es que este artículo protege exclusivamente el bien jurídico de la libertad sexual, no abarcando, por tanto, la indemnidad sexual(20).

El problema del artículo 139.1.4.^a del Código Penal no especifica qué otro delito se intenta que no se descubra. Por ello, si nos encontraríamos en un supuesto en el que un sujeto mata a otro para evitar que un delito contra la libertad sexual se descubra, en principio, podríamos aplicarle este precepto. Sin embargo, este supuesto también sería subsumible dentro de la segunda circunstancia del artículo 140.1 del Código Penal. Pero, no podríamos penar doblemente este hecho por ambos artículos ya que incurriríamos en una vulneración del principio *ne bis in ídem*(21).

Un ejemplo de controversia lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 6/2019, de 22 de abril, el caso de Enrique Romay Reina. El supuesto se calificó como un asesinato con alevosía y ensañamiento. En dicha sentencia, se planteó la duda sobre si aplicar el artículo 139.1.4.^a o el 140.1.2.^o del Código Penal, debido a que el acusado mató tras agredirla sexualmente para evitar que lo denunciara.

En este caso, la Audiencia Provincial argumentó que al haberse apreciado ya la concurrencia de las circunstancias 1.^a (alevosía) y 3.^a (ensañamiento) del artículo 139 CP, la muerte dolosa de la víctima queda ya cualificada con cualquiera de esas dos circunstancias como

(19) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 22.^a edición, Tirant lo Blanch, 2019, p. 34.

(20) Vid. CÁMARA ARROYO, S. y FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La prisión permanente revisable. El ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 112.

(21) Vid. ESCUDERO MUÑOZ, M.: «La cualificación del asesinato por la circunstancia del artículo 139.1.4.^a del Código Penal. Finalidad de evitar el descubrimiento del delito», en *Foro FICP*, n.º 2018-2, septiembre 2018, pp. 256-257.

asesinato. Por tanto, el hecho de haber dado muerte el acusado a la víctima a continuación del delito contra la libertad sexual y como medio para evitar el descubrimiento de la comisión de tal delito contra la libertad sexual, debe determinar la apreciación del subtipo agravado del artículo 140.1.2.º del Código Penal, por la aplicación del artículo 8.4.ª del Código Penal(22). Es decir, la jurisprudencia opta por aplicar el principio de alternatividad, castigando por el precepto penal que tenga una pena mayor.

Otro ejemplo de esta controversia se dio en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 197/2019, de 17 de diciembre, el caso de José Enrique «El Chicle». Al sujeto se le condenó como autor responsable de dos delitos: uno de detención ilegal y agresión sexual en concurso medial, con la circunstancia atenuante analógica de confesión; y un delito de asesinato con alevosía cometido para ocultar otro delito y subsiguiente a un delito contra la libertad sexual con la atenuante analógica de confesión.

El objeto de análisis que nos interesa de esta sentencia es la calificación de los hechos referentes al asesinato con alevosía subsiguiente a un delito contra la libertad sexual. Puesto que, el Tribunal dejó claro por qué se decantó por aplicar el art. 140.1.2.ª del Código Penal y no el 139.1.4.ª del Código Penal, añadiendo un matiz especial: la apreciación del principio de especialidad.

La Audiencia consideró que cuando el acusado acabó con la vida de la víctima, lo hizo concurriendo en alevosía, ya que esta no tenía ninguna posibilidad de defensa, al encontrarse en un lugar desconocido para ella, donde nadie podía prestarle ayuda al encontrarse abandonado y separado de otras viviendas; al tener mucha más fuerza física el acusado, y al haberla sujetado este con al menos una brida. Además, consideró que el acusado mató a la víctima para ocultar su agresión sexual. Esta inferencia del jurado tiene como base la acreditación previa del motivo sexual de la privación de libertad y del traslado a la nave y de la perpetración del delito sexual. La conclusión del jurado resulta plenamente ajustada a máximas de experiencia y a la lógica de los comportamientos esperables tras la realización de actos criminales particularmente reprochables como los considerados probados. Siendo por otra parte coherente este ánimo de ocultar el delito sexual con los actos posteriores del autor de ocultar el propio cuerpo de la víctima en un pozo allí situado.

Una vez establecido todo esto, la Audiencia procede a explicar por qué se decanta por aplicar finalmente el artículo 140.1.2.ª del Código

(22) Artículo 8.4.ª del Código Penal: «*En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor*».

Penal en vez del artículo 139.1.4.^a del Código Penal, argumentando que la comisión del asesinato de forma alevosa hace innecesaria la apreciación de la circunstancia cuarta del artículo 139.1 del Código Penal. Toda vez que ya se han calificado los hechos como asesinato. Así pues, se puede aplicar la forma hiperagravada del artículo 140.1.2.^a del Código Penal, sin incurrir en la vulneración del principio *ne bis in idem*.

De querer apreciar el subtipo del artículo 139.1.4.^a CP, en ningún caso se hubiera considerado la circunstancia como vulneradora del principio *ne bis in idem* aplicando el criterio de especialidad, en el entendimiento de que la decisión legislativa significa la atribución de un especial desvalor, a la comisión de la clase específica de delitos prevista en el tipo de asesinato hiperagravado, superior al reproche que la norma atribuye a las conductas del subtipo de asesinato por la relación funcional de la causación de la muerte con cualquier clase de delito. Es decir, el principio de especialidad hace referencia a que el precepto especial se aplica con preferencia al general. Esto es así porque existen leyes concéntricas, de modo que dentro del círculo mayor se requieren menos elementos que dentro del círculo menor(23).

IV. LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA INDETERMINACIÓN DEL LÍMITE MÁXIMO DE LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

En primer lugar, la fase de determinación de la pena debería comenzar por la elección entre penas alternativas. El hecho de que en todos los delitos para los que se prevé la prisión permanente revisable esta pena sea de imposición obligatoria disminuye el ámbito de discrecionalidad del juez(24). Esta institución es, hasta el momento, la máxima pena privativa de libertad de nuestro ordenamiento jurídico y se debe a su indeterminación temporal. El hecho de que el límite máximo no esté determinado, a parte de ser de dudosa constitucionalidad, genera numerosos problemas a la hora de su aplicación práctica.

(23) Vid. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 47.

(24) Cfr. DAUNÍS RODRÍGUEZ, A., «La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 10, 2013, p. 70. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-10-4010/Documento.pdf>

En el caso hipotético de que se pudiese imponer la pena superior en grado de la pena de prisión permanente revisable, se nos queda una laguna penológica, ya que será tan extensa como la indeterminación de la propia pena. Imaginemos el caso de que un sujeto es condenado por un delito de terrorismo recogido en el artículo 573 bis 1.1.^a del Código Penal, y constase en su persona con una reincidencia cualificada (artículo 66.1.5.^a del Código Penal). No consta en ninguna parte del articulado penal cómo se procedería a calcular dicha pena. Es un cálculo no previsto y, por lo tanto, un motivo relevante para considerar su posible derogación o modificación. Una evidencia de que, en la actualidad, transgrede los principios de legalidad y seguridad jurídica, de humanidad, de igualdad y de proporcionalidad de las penas.

Otro de los problemas que nos podemos plantear, es que se diese el supuesto de la comisión de un delito con una forma de participación de cómplice y, a su vez, teniendo en su persona una reincidencia cualificada. Según el artículo 63 del Código Penal, por ser cómplice se le impondría la pena inferior en un grado, ya que el artículo 70.4 del Código Penal nos informa que la pena inferior en grado a la de prisión permanente es la pena de prisión de veinte a treinta años. Hasta aquí podemos ver que no hay problema, pero cuando nos disponemos a aplicar, a continuación, el artículo 66.1.5.^a del Código Penal, es decir, calcular la pena superior en grado, ¿cómo procedemos a su cálculo?

El artículo 70.3.1.^o del Código Penal dice que, si la pena superior en grado excede de los límites máximos fijados a cada pena y la pena fuera de prisión, entonces su duración máxima será de treinta años. Por lo tanto, si aplicando la inferior en grado de la prisión permanente revisable nos encontramos con este tope de treinta años, no podríamos volver a subir la pena a prisión permanente revisable, porque estaríamos diciendo que la pena superior en grado de veinte a treinta años de prisión sería la prisión permanente revisable, y eso no está previsto legalmente. Por lo tanto, observamos un nuevo vacío del legislador que no nos deja maniobra para poder calcular correctamente la acción delictiva. Será tan indeterminado el cálculo como la pena a imponer.

Otro de los puntos controvertidos se sitúa en el artículo 66.3 del Código Penal donde recoge que para aquellos supuestos en los que concurra solo una o dos circunstancias agravantes se aplicará la pena en su mitad superior, de la que fije la ley para el delito. Tomando como ejemplo la primera sentencia en España con pena de prisión permanente revisable, es decir, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 42/2017, de 14 de julio de 2017, el condenado, David Oubel, fue considerado autor de dos delitos de asesinato cualificado con alevosía (artículo 139.1.1.^o del Código Penal) y agravados

por el hecho de que las víctimas eran menores de dieciséis años (artículo 140.1.1.º del Código Penal), concurriendo la agravante de parentesco (artículo 23 del Código Penal). Según la descripción de delitos y la agravante, y teniendo en cuenta el mencionado artículo 66.3 del Código Penal, se le debería haber impuesto la pena en su mitad superior, al concurrir una única circunstancia agravante. Pero al no tener un límite máximo definido nos es imposible realizarlo. Por lo que, observando la sentencia comprobamos que no se decanta por explicar ni aplicar ningún tipo de pena superior y condena a David Oubel a la pena de prisión permanente revisable.

Otro ejemplo de este mismo proceder jurisprudencial es la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 484/2018, de 16 de diciembre, considerando a Marcos Mirás como autor responsable de un delito de asesinato cualificado con alevosía (artículo 139.1.1.º del Código Penal) y agravado por el hecho de que la víctima era menor de dieciséis años (artículo 140.1.1.º del Código Penal), concurriendo la agravante de parentesco (artículo 23 del Código Penal) y la agravante de género⁽²⁵⁾ (artículo 22.4.ª del Código Penal), en concurso medial con un delito de lesiones psíquicas a su ex mujer. Siendo condenado a pena de prisión permanente revisable. En este caso, concurren dos circunstancias agravantes. Según el artículo 66.3 deberíamos aplicar la pena en su mitad superior, pero al tratarse de un delito castigado con pena de prisión permanente revisable, el órgano judicial no da explicación ninguna al respecto y condena con la pena indeterminada.

(25) Según la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 484/2018, de 16 de diciembre expuso que: «en el caso de autos, el Jurado estimó probado por unanimidad que el acusado ejecutó la muerte de su hijo por razones de dominación y desprecio sobre la mujer, en concreto sobre la que había sido su esposa. La prueba de la concurrencia de la agravante se basa en: la declaración de la testigo/víctima sobre la vida que llevó durante su matrimonio y con posterioridad tras su separación del acusado, el temor que le infundía su exmarido porque pensaba que la iba a matar a ella (sin embargo, nunca pensó que acabaría con la vida del hijo de ambos) en las declaraciones de dos testigos (siendo uno de ellos el hermano de la mujer, el cual recibió en 2016 un mensaje amenazante del acusado vía Facebook) que confirmaron de manera coincidente el temor que la mujer le tenía al acusado, motivo por el que no iba sola a ningún lugar; y en los informes psiquiátricos del acusado (tuvo puntuaciones significativas en la escala “narcisista” y en la de “agresivo-sádico”) y de la madre de la víctima (indica que esta presenta elementos como indefensión aprendida, asunción de una actitud evitativa, justificación de los comportamientos de su pareja, sentimientos de culpabilidad y de infravaloración) que muestran una relación de pareja asimétrica. De tales pruebas, el Tribunal considera que se desprende una específica motivación del acusado, que no aceptó la ruptura de la relación y que reaccionó causando la muerte de su hijo para dañar de la forma más cruel que estaba a su alcance a su ex mujer y precisamente en un día tan significativo (día de la madre)».

Un último ejemplo para ver nuevamente la falta de graduación de la pena, lo observamos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 83/2019, de 25 de abril, donde se condena a José Rafael García(26) como autor de un delito de asesinato del artículo 139.1.1.º del Código Penal concurriendo la circunstancia agravante de ser la víctima especialmente vulnerable por su enfermedad y discapacidad (artículo 140.1.1.º del Código Penal), concurriendo la agravante de parentesco (artículo 23 del Código Penal) y por razón de género (artículo 22.4.ª del Código Penal). En este tercer caso, nuevamente se decide castigar estos hechos con una pena de prisión permanente revisable.

A través de estas sentencias podemos comprobar que la pauta que sigue la jurisprudencia únicamente castiga por pena de prisión permanente revisable, sin aludir a la agravación a la hora de dictaminar el fallo de la resolución judicial(27). Por ello, podemos afirmar que significa que la gravedad de las acciones y, a su vez, el reflejo en la gravedad de la pena no admite graduación. Siendo esto contrario a los principios de proporcionalidad de la pena y la proporcionalidad de la culpabilidad del reo.

V. LA FIGURA DEL CÓMPLICE Y LA DESPROPORCIÓN DE LOS LÍMITES DE SU PENA

Un delito puede ser perpetrado por una única persona, pero también es posible encontrarnos con delitos ejecutados por una pluralidad de personas, en las que cada una de ellas asume un grado de participación distinto. Dentro de la participación se reconocen tres modalidades: la inducción, la cooperación necesaria (aunque tendría una pena igual al autor) y la complicidad. Además, debemos tener en cuenta que la participación es accesoria respecto a la autoría, es decir, siempre se

(26) Según el relato de hechos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 83/2019, de 25 de abril: «El 5 de febrero de 2017, el acusado, molesto con su mujer por entrar en la habitación donde este se encontraba, la insultó (“hija de puta, zorra, te voy a matar”). Media hora después, coge un cuchillo y va al salón donde su mujer se encontraba, la tira al suelo y le asesta dos puñaladas mortales. La víctima padecía de la enfermedad de Menier, que le impedía moverse y prácticamente valerse por sí misma. Ambos, acusado y víctima, tenían una relación de convivencia de 11 años».

(27) Vid. MUÑOZ CUESTA, J., «La prisión permanente revisable: una pena objeto de polémica social», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 938, 2018, p. 4.

exige un hecho ilícito doloso en el que participar. Y la responsabilidad del partícipe abarcará solo hasta donde llegue su dolo(28).

Nos centraremos en la figura de la complicidad respecto a la pena de prisión permanente revisable porque también surge una cierta controversia. Como es sabido, son dos las bases de la complicidad. En primer lugar, decimos que el cómplice actúa de acuerdo con el autor, por lo que es necesario que exista un conocimiento entre el autor material de los hechos y el cómplice. En el caso de los delitos de omisión a veces este conocimiento no es necesario. En segundo lugar, entendemos que la participación del cómplice tiene que ser anterior a la consumación del delito, por lo que, si el delito ya está consumado, se daría el encubrimiento (artículos 451 y siguientes del Código Penal) pero no complicidad.

En lo que atañe a la pena de prisión permanente revisable, en el artículo 140 del Código Penal nos habla de la figura del autor del delito, pero no hace referencia alguna a la figura del cómplice. Por lo tanto, ante la falta de referencia literal, podríamos interpretar que se puede aplicar la norma general regulada en el artículo 63 del Código Penal a la hora de calcular la pena, sabiendo que sería la pena inferior en grado a la establecida por la Ley para los autores del mismo delito.

La pena inferior en grado de la pena de prisión permanente revisable se encuentra contemplada en el artículo 70.4 del Código Penal y se encuentra comprendida entre la marca temporal de veinte a treinta años. Por lo tanto, al cómplice de un delito castigado con una pena de prisión permanente revisable se le castigaría con una pena comprendida entre los veinte y treinta años. Puntualizamos que el autor tendría una pena indeterminada de duración y el cómplice una pena determinada, ambos regidos por situaciones penitenciarias distintas.

Comprendemos que los crímenes que se encuentran sancionados con la pena de prisión permanente revisable son los más graves del ordenamiento, pero la asignación de una pena de prisión de veinte a treinta años al cómplice se podría calificar de muy severa. Toda vez que esta clase de participación es accesoria y no necesaria, de tal forma que su protagonismo en el hecho es muy inferior al que corresponde al autor(29). El aspecto penológico que genera contro-

(28) ZULGADÍA ESPINAR: J. M., «Autoría y participación», en ZULGADÍA ESPINAR, J. M. (Dir.), MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 5.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 229.

(29) BORJA JIMÉNEZ, E., «Reglas generales de aplicación de las penas (arts. 66, 66 bis, 70 y 71 bis CP)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 262.

versia surge del análisis comparado respecto de los diferentes tipos del delito de homicidio y sus formas, de los artículos 138, 139 y 140 del Código Penal.

En primer lugar, la pena prevista para el autor de un delito de homicidio del tipo básico del artículo 138 del Código Penal es de diez a quince años, y la que corresponde al cómplice de este mismo delito sería la pena de prisión de cinco años a diez años menos un día.

En segundo lugar, la pena prevista para el autor de un delito de asesinato del artículo 139 del Código Penal es de pena de prisión de quince años a veinticinco años de prisión, y a su vez para el cómplice, del mismo, una pena de siete años y seis meses a quince años menos un día.

Analizando esto dos artículos observamos que al delito de asesinato se le reconoce un mayor reproche jurídico-penal, pero la pena establecida para el cómplice nunca es superior a la del autor del tipo básico del delito de homicidio, siendo este un delito de menor entidad. Esto guarda relación con la característica accesoria que tiene la figura del cómplice, nunca equiparable al mayor protagonismo del autor, incluso en el tipo cualificado⁽³⁰⁾.

El último supuesto, y ya comentado, sería el delito de asesinato hipercualificado del artículo 140 del Código Penal, que como hemos comprobado para el cómplice se daría una pena de veinte a treinta años. Es aquí donde surge el debate, ya que no se comprende que el legislador con una línea tendente al menor reproche del cómplice en el delito básico y el delito agravado otorgue al cómplice una pena que llega a rebasar la prevista para el autor del tipo cualificado, dando más protagonismo a la figura del cómplice, a pesar de ser su participación meramente accesoria.

VI. LA TENTATIVA Y SU DETERMINACIÓN EN LOS DELITOS MÁS GRAVES DEL ORDENAMIENTO

La tentativa se encuentra recogida en el artículo 16.1 del Código Penal y ha venido aplicado a diferentes tipologías delictivas, incluidos los delitos del Título I, del homicidio y sus formas. Por lo tanto, no parece imposible preverla también para el tipo hiperagravado del artículo 140 del Código Penal.

(30) LÓPEZ PEREGRÍN, C., «Más motivos para derogar la prisión permanente revisable», en *Revista Electrónica en Ciencias Penales y Criminología*, n.º 20-30, 2018, p. 16. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-30.pdf>

Según el artículo 62 del Código Penal, la pena que debe imponerse para los autores de tentativa de delito es la inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado. Conociendo el artículo 70.4 del Código Penal, sabemos que la pena inferior en un grado oscilaría de veinte a treinta años y si tuvieras que bajar un grado más de diez años a veinte años menos un día. Por lo tanto, sí podemos afirmar que se puede apreciar la tentativa en los delitos que se estipula la pena de prisión permanente revisable.

Debemos hacer una especial consideración al artículo 485 del Código Penal, el cual sanciona el homicidio de Rey, Reina, Príncipe o Princesa de Asturias. En su apartado tercero se indica que en el caso que se diera tentativa en estos delitos se impondría la pena inferior en un grado, a pesar de que en el artículo 62 establece la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado. Esto es muy cuestionable, toda vez que el precepto se encuentra redactado de forma imperativa, sin dar la posibilidad al órgano sentenciador de rebajar la pena en dos grados, en el caso de ser necesaria esa rebaja con el grado de peligro del intento y el grado de ejecución que hubiese alcanzado el sujeto con su conducta(31).

Otra cuestión entorno a la tentativa es la dificultad en algunos tipos delictivos que contemplan la pena de prisión permanente revisable, como por ejemplo en el artículo 140 del Código Penal, de probar las diferentes circunstancias para poder condenar a alguien por un delito hipercualificado en grado de tentativa. En primer lugar, se debería comprobar la intencionalidad de cometer un asesinato, teniendo que concurrir alguna o algunas de las circunstancias previstas en el artículo 139 del Código Penal. Y, en segundo lugar, se debe probar que se ha intentado cometer dicho asesinato asumiendo una serie de requisitos especiales que se prevén en el artículo 140 del Código Penal. Ciertamente este delito exige haber acabado con la vida de una persona dándose estas características, pero si se diera en tentativa no se habría llegado a acabar con la vida de esa persona. Nos cuestionamos si no sería desmedido o desproporcionado en grado de tentativa, si se pudiera probar todo lo expuesto, poder tener una condena que oscilara entre los veinte y los treinta años. Hasta el momento, no tenemos ningún caso en el que se hayan perpetrado acciones en tentativa en delitos que contemplen la pena de prisión permanente revisable.

(31) CÁMARA ARROYO, S.; FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: Op. Cit., p. 77.

VII. LA INDETERMINACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

A lo largo de este artículo estamos comprobando que la indeterminación de la pena de prisión permanente revisable provoca grandes dificultades en nuestro ordenamiento. Nuevamente comprobamos que no se ha definido por parte del Legislador, el límite máximo que el supuesto encausado, por un delito que contemple la pena de prisión permanente revisable, puede pasar en prisión provisional.

Esta medida cautelar que tiene por objeto la privación de libertad del sujeto investigado en el seno de un proceso penal, tiene como finalidad la de asegurar la presencia del encausado en el proceso, además de asegurar los elementos de prueba y evitar la reiteración delictiva. La prisión provisional afecta drásticamente a la libertad del individuo sospechoso, pero no culpable de la comisión de un hecho delictivo, su aplicación se ve sometida al cumplimiento no solo de unos presupuestos básicos (existencia de *periculum in mora* y la concurrencia de *fumus boni iuris*(32)), sino también a una duración máxima, que en ningún caso podrá sobrepasarse. Así, el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que la prisión provisional no podrá exceder de seis meses si el objetivo perseguido es el aseguramiento de los elementos de prueba. Si la finalidad fuera asegurar la presencia del encausado en el proceso o evitar la reiteración delictiva, la prisión provisional no podrá superar el año o los dos años, en función de si la pena fijada para el delito es inferior o superior a tres años de prisión. Por último, en caso de recurso frente a la sentencia condenatoria, el tiempo de prisión provisional se amplía hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en sentencia.

Algunos autores como CASTILLO FELIPE(33) proponen partir del límite máximo general de cumplimiento de la pena de prisión, es decir, veinte años, para el cálculo de ese límite temporal. De esta manera, la prisión provisional en los casos de recurso no podría exceder de diez años.

Otra solución planteada, y menos certera por los diferentes límites que presenta, sería tomar como referencia los plazos de revisión

(32) El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, estriba en la existencia de bastantes motivos para atribuir el hecho a una persona concreta. Y el *periculum in mora* viene determinado por el peligro de fuga. Vid. ASENSIO MELLADO, J. M. (Dir.): *Derecho Procesal Penal*, 2.^a edición, Tirant lo Blanch, Madrid, 2020, p. 134 a 140.

(33) VID. CASTILLO FELIPE, R., «Anotaciones procesales acerca de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable», en *La Ley Penal*, n.º 115, 1 de julio de 2015, p. 6.

de la pena de prisión permanente revisable. Por lo tanto, según la suspensión de la ejecución, teniendo en cuenta las remisiones del artículo 92 al artículo 78 bis del Código Penal, en el supuesto general serían veinticinco años, por lo tanto, la prisión provisional no podría exceder de doce años y seis meses. Aunque también tendríamos que tener en cuenta que el Código Penal prevé otros plazos superiores, exigiendo los veintiocho, treinta e incluso treinta y cinco años para la primera revisión(34). Por lo tanto, deberíamos cuestionarnos si sería constitucional una prisión provisional que pudiera alcanzar hasta los diecisiete años y seis meses.

El segundo inconveniente que plantea esta medida cautelar, así como también la detención, es el abono de estos periodos al cumplimiento de la prisión permanente revisable, según lo referido en el artículo 58 del Código Penal. Si bien, el abono de dichos plazos a una pena de duración indefinida no tendría sentido alguno ya que no supondría reducción de la pena. La aplicación a una consecuencia indefinida pero revisable sería el abonar ese tiempo pasado en prisión provisional o detención a los plazos señalados por la revisión de la pena, el acceso al tercer grado o el disfrute de permisos penitenciarios(35).

Esta problemática sobre la prisión provisional ha sido abordada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 89/2017, de 21 de marzo, donde en el fallo se hace mención expresa a la medida cautelar, pese a que no se esclarece la duración. Dice lo siguiente: «*Para el cumplimiento de la pena principal, procede abonarle el tiempo en que por esta causa haya estado privado de libertad, siempre que no haya sido hecho efectivo en otro proceso, acordándose mantener la situación de prisión provisional para el acusado al amparo del artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que faculta para prorrogar la situación de prisión provisional hasta la mitad de la pena impuesta, caso de ser recurrida la sentencia*». En ninguna de las sentencias (ni la de la Audiencia Provincial, ni la posterior del Tribunal Supremo donde se consideró anular la pena de prisión permanente revisable, como hemos visto anteriormente) se conoce el tiempo exacto que estuvo el condenado en prisión provisional debido a los recursos interpuestos.

(34) Cfr. CASALS FERNÁNDEZ, A., *La prisión permanente revisable*, Editorial BOE, Madrid, 2019, p. 338.

(35) *Vid.* RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Op. Cit.*, p. 102.

VIII. CONCLUSIONES

Desde la entrada en nuestro ordenamiento penal de la pena de prisión permanente revisable se ha desarrollado una amplia literatura doctrinal, recayendo el énfasis en la constitucionalidad de dicha pena. Se plantean dudas en base a la indeterminación de su duración, de la vulneración de los principios de reeducación y reinserción, humanidad y proporcionalidad.

A lo largo de este trabajo se ha buscado señalar algunos de los aspectos más controvertidos, revisando también su jurisprudencia. Es por ello que podemos destacar que se han ido perfilando los límites existentes entre la cualificación de asesinato por alevosía (artículo 139.1.1.^a del Código Penal) y el tipo hipercualificado de asesinato (artículo 140.1.1.^a del Código Penal) frente a interpretaciones que dudaban de la aplicación del precepto por la vulneración del principio *non bis in ídem*.

Además, hemos comprobado que el artículo 140.1.2.^a del Código Penal presenta ciertas objeciones. La primera, no existir una aclaración por parte del legislador que permita discriminar sin término de duda qué supuestos entran en la regulación del artículo 140.1.2.^a del Código Penal y qué supuestos en el artículo 139.1.4.^a del Código Penal. La segunda que castigue con la misma pena toda clase de delitos contra la libertad sexual, cuando el Código Penal ya venía haciendo distinción entre ellos. Y, la tercera objeción, la no alusión a los delitos cometidos contra la indemnidad sexual, que deriva de la no adaptación de la norma a la sociedad actual.

Por otro lado, debemos recalcar la desproporción de la pena que se le atribuye al cómplice de un delito castigado con pena de prisión permanente revisable, por seguir el legislador una línea tendente a pensar que el cómplice debía recibir un menor reproche penal y apartándose de esa línea de pensamiento cuando entra a regular el tipo hiperagravado que aborda la pena de prisión permanente revisable sin incluir ninguna explicación racional que lo justifique.

Otro aspecto controvertido, es la dificultad que supone la apreciación de la tentativa en los delitos castigados con la pena de prisión permanente revisable.

Y, por último, la complejidad de determinar el tiempo que un acusado por un delito sancionado con pena de prisión permanente revisable puede pasar en prisión provisional.

Todas estas cuestiones abordadas suman, todavía más si cabe, a un absoluto desconcierto penal y, además, generan mayores dudas sobre la constitucionalidad de esta institución.

A modo de conclusión, hemos podido observar la cantidad de aspectos relevantes que obvia el legislador y que ha tenido que ir perfilando la jurisprudencia. No podemos olvidar que esta pena de prisión permanente revisable tiene en la actualidad quince reos en nuestro país, los cuales se enfrentan a una ejecución de pena con grandes distinciones respecto a una pena privativa de libertad determinada.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ASENCIO MELLADO, J. M. (Dir.): *Derecho Procesal Penal*, 2.^a edición, Tirant lo Blanch, Madrid, 2020.
- BORJA JIMÉNEZ, E.: «Reglas generales de aplicación de las penas (arts. 66, 66 bis, 70 y 71 bis CP). En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CÁMARA ARROYO, S. y FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- CASALS FERNÁNDEZ, A.: *La prisión permanente revisable*. Editorial BOE, Madrid, 2019.
- CASTILLO FELIPE, R.: «Anotaciones procesales acerca de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable». En *La Ley Penal*, n.º 115, 1 de julio de 2015.
- DAUNÍS RODRÍGUEZ, A.: «La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español». En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 10, 2013. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2013-10-4010/Documento.pdf>
- ESCUADERO MUÑOZ, M.: «La cualificación del asesinato por la circunstancia del artículo 139.1.4.^a del Código Penal. Finalidad de evitar el descubrimiento del delito», en *Foro FICP*, n.º 2018-2, septiembre de 2018.
- GARCÍA VALDÉS, C.: *Temas de Derecho Penal (Penología. Parte especial. Proyectos de reforma)*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1992.
- JAÉN VALLEJO, M.: «La prisión permanente revisable comienza a aplicarse». En *Elderecho.com*, 17 de julio de 2017. Disponible en: <https://elderecho.com/laprision-permanente-revisable-comienza-a-aplicarse>
- MIR PUIG, C.: «La pena de prisión permanente revisable en el Derecho Penal español en la reforma del Código Penal de 2015», GÓMEZ- JARA DÍEZ, C. (Coord.): *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo I, Aranzadi, Madrid, 2018.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a edición. Reppertor, Barcelona, 2015.

- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 22.^a edición. Tirant lo Blanch, 2019.
- MUÑOZ CUESTA, J.: «La prisión permanente revisable: una pena objeto de polémica social». En *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 938, 2018.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «Prisión permanente revisable y el TEDH: algunas reflexiones críticas e implicaciones para el modelo español». En *ADPCP*, Vol. LXXIII, 2020.
- PINTO PALACIOS, F.: «Alevosía, non bis in ídem y prisión permanente revisable. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo». En *Diario La Ley*, n.º 9799, de 25 de febrero de 2021.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- VILLEGAS GARCÍA, M. A.; ENCINAR DEL POZO; M.A.: «Jurisprudencia sobre la nueva regulación del delito de asesinato». En *Diario La Ley*, n.º 9726, de 29 de octubre de 2020.
- ZULGADÍA ESPINAR: J. M.: «Autoría y participación», en ZULGADÍA ESPINAR: J. M. (Dir.); MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (Coord.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 5.^a edición. Tirant lo Blanch, Valencia.

La importancia del centro de destino. Su diferente valoración judicial(1)

PUERTO SOLAR CALVO
Jurista de Instituciones Penitenciarias
Doctora en Derecho

RESUMEN

El acercamiento de los internos vinculados a la banda terrorista ETA, a centros de cumplimiento cercanos a sus domicilios, otorga actualidad a este asunto tan controvertido. Nos acercamos a esta realidad desde las diferentes perspectivas interpretativas que se han vertido sobre el tema. La primera, por su relevancia, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). La segunda, las sostenidas por nuestro Tribunal Constitucional (TC) en la materia. La tercera, la de la jurisdicción contencioso-administrativa que nos permite ir más allá de la problemática que presenta un determinado colectivo. Puede que el conflicto político no nos esté dejando ver la importancia e incidencia de la valoración jurídica que se realiza, sobre el común de los internos que solicitan o se ven sometidos a un traslado de centro penitenciario.

Palabras clave: *centro de destino, valoración judicial, TEDH, jurisdicción contencioso-administrativa, derecho a la vida familiar.*

ABSTRACT

The transfer of inmates related to the terrorist organization ETA to prisons near their family residence, has aroused interest on this controversial issue. We approach

(1) Este artículo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i «La ejecución de las penas por delitos de terrorismo» (RTI2018-095375-B-100) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España.

this reality from the different perspectives spread over it. First of all, the important analysis of the European Court of Human Rights. Secondly, the interpretation of our national Constitutional Court. Last, but not of less importance, we focus on the administrative jurisdiction. This allows us to study more cases than the ones related to a specific group of inmates. Maybe the political problem is not letting us making a proper analysis of the juridical interpretation that has been developed during the last years.

Key words: *prison of execution, judicial interpretation, European Court of Human Rights, administrative jurisdiction, right to intimacy and family life.*

SUMARIO: 1. Relevancia del artículo 8 de la convención europea. 1.1 El análisis del TEDH. 1.2 Algunos ejemplos prácticos.–2. Perspectiva nacional. 2.1 La postura tradicional y oficializada. 2.2 Voces discrepantes que reclaman un cambio.–3. Intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa.–4. Conclusiones.–5. Bibliografía.

1. RELEVANCIA DEL ARTÍCULO 8 DE LA CONVENCIÓN EUROPEA

En materia de centro de destino, son varias las normas internacionales que recogen el derecho de los reclusos a la vida familiar, de manera que por norma general el cumplimiento de la condena ha de tener lugar cerca del domicilio familiar⁽²⁾. En concreto, la Recomendación REC (2006) 2 del Comité de Ministros, sobre Reglas penitenciarias europeas, apartado 17.1 y, en el ámbito de Naciones Unidas, el apartado 59 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Mandela), que determina que «en la medida de lo posible, los reclusos serán internados en establecimientos penitenciarios cercanos a su hogar o a su lugar de reinserción social». Igualmente, el art.8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), bajo el encabezamiento de «Derecho al respeto a la vida privada y familiar», establece que: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad

(2) Se profundizan ideas apuntadas en SOLAR CALVO, P., «El centro de destino como derecho de los internos», postc: *La posrevista sobre Crimen, Ciencia y Sociedad de la era poscovid19*, (2), 2021.

pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Por su parte, la legislación española, establece en el art.12 de la LO 1/79, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante, LOGP), que la administración deberá contar con los centros suficientes para evitar el desarraigo social del penado. De acuerdo con el mismo, «1. La ubicación de los establecimientos será fijada por la administración penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen. En todo caso, se procurará que cada una cuente con el número suficiente de aquéllos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados. 2. Los establecimientos penitenciarios no deberán acoger más de 350 internos por unidad». Llama la atención que mientras que la normativa internacional y europea regula el cumplimiento cercano al domicilio desde la perspectiva de su regulación como derecho, el precepto nacional pone el foco en la competencia de la administración penitenciaria para decidir sobre el centro de destino de cada interno. Sin duda, un aviso sobre la diferente configuración que, como veremos, tiene este importante aspecto del cumplimiento en uno y otro ámbito geográfico y que condiciona la interpretación que en cada uno de ellos se realiza(3).

1.1 El análisis del TEDH

En la órbita del TEDH, son suficientes las ocasiones en las que el tribunal europeo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre internos que cumplen condena alejados de su domicilio, para poder extraer una pauta general de exégesis normativa y actuación. Se trata de un análisis de tres niveles en el que constatado el nivel inferior, se pasa al superior en un camino eliminatorio que trata de determinar si existe o no lesión del art.8 CEDH. Para que se aprecie incidencia de la actuación estatal sobre el art.8 CEDH es preciso superar cada nivel en el sentido que a continuación detallamos(4).

(3) Sobre la necesaria redacción de este precepto en los términos descritos, su oportunidad y motivación, resulta de interés el trabajo de GARCÍA VALDÉS, C., «Los presos terroristas en España: Concentración vs. Dispersión y régimen penitenciario. Historia y presente», en el *Libro-Homenaje al Prof. Bernd Schünemann. II*, Gaceta Penal, Lima, 2014, pp. 457 y ss.

(4) En el estudio que se presenta y la exposición de los tres niveles de valoración que el TEDH lleva a cabo, ha resultado fundamental el análisis de FERNÁNDEZ CABRERA, M., «La política de dispersión de los presos de ETA a la luz de la jurisprudencia del TEDH», *CPC*, n.125, II, Época II, septiembre 2018, pp. 122-128.

En el primer nivel, se aborda el análisis del caso desde el punto de vista del daño que la ubicación del interno en un centro de destino determinado ha podido ocasionar a su vida familiar. Para ello, se está a los aspectos concretos de cada supuesto objeto de análisis y a la mayor o menor injerencia que, en función de esos aspectos, se detecta en el caso concreto. Como recoge Fernández Cabrera, el análisis «tiene en cuenta aspectos como la existencia de niños pequeños, o enfermos y ancianos a los que la distancia entre el centro penitenciario y el domicilio familiar les sea imposible o especialmente difícil, la distancia en kilómetros, la realidad del sistema de transporte, las infraestructuras del país, las circunstancias personales tanto económicas como físicas de los allegados, etc. Y también se plantea si esta situación impide u obstaculiza al preso recibir visitas y lo desvincula del entorno en el que debe reintegrarse tras el cumplimiento de la condena»(5).

De apreciarse lesión del derecho a la vida familiar en el sentido expuesto, el segundo nivel de análisis determina si el Estado cuenta con motivos suficientes para, a pesar de la lesión que le supone, ubicar al interno en un determinado centro de destino. Esta valoración se realiza en los términos del apartado 2 del art.8 CEDH. De manera que la injerencia ha de estar prevista en la ley y ha de tratarse de una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para «la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás». Así, si bien no se han considerado amparados en esta excepción la existencia de una norma general que obliga al preso a cumplir la totalidad de su condena en un mismo centro penitenciario(6) o la existencia de una regla que obliga al preso a cumplir su condena en una región diferente a la del lugar donde cometió el delito(7), sí «se han considerado argumentos legítimos: a) evitar la superpoblación penitenciaria o la ausencia de plazas disponibles en

(5) FERNÁNDEZ CABRERA, M., «Último capítulo sobre la dispersión de los presos de ETA: la respuesta del TEDH», *RGDP*, n.34, 2020, p. 6.

(6) En el *Caso Vintman v. Ucrania*, el TEHD refiere que esta norma *per se* no aporta un fundamento concreto para determinar un centro de destino lejano al domicilio del condenado. Ello en la medida en que es posible permanecer en un mismo centro de destino, pero cercano al domicilio.

(7) Este fundamento solo se ha aceptado si de forma concreta se pretende un fin suficientemente relevante que justifique la limitación del derecho del interno, como velar por su propia seguridad o realizar un tratamiento (*Caso Rodzevillo v. Ucrania*). Es decir, se evitan justificaciones genéricas, adelantando las exigencias que implica el tercer nivel de análisis.

centros penitenciarios más cercanos, b) desarrollar un programa individualizado de rehabilitación, c) garantizar la seguridad del propio condenado o de otros presos, en caso de que este/estos sean peligrosos, d) garantizar la disciplina del preso, cuando este haya tenido un mal comportamiento que no justifique beneficiarlo con el traslado a su domicilio»(8).

Finalmente, superado este segundo nivel, se pasa a un tercer y último nivel de estudio. Esto es, constatada la injerencia en el derecho a la vida familiar de un interno por su ubicación en un centro concreto y aceptado el motivo que alega el Estado para destinar a ese interno a un centro concreto, a pesar de la injerencia que ello supone, se realiza una valoración adicional que dirime entre intereses contrapuestos. Como vemos, de superarse el primer nivel de análisis, el saldo valorativo se sitúa del lado del interno. Existe injerencia en uno de sus derechos fundamentales recogido en el CEDH. A su vez, de ser afirmativo el segundo nivel, la valoración se sitúa ahora del lado de la actuación estatal. Existe un motivo concreto que fundamenta la lesión de un derecho del interno. En una especie de empate, es el tercer nivel de valoración el que efectivamente coloca la balanza a uno u otro lado y para cada caso concreto.

Para ello, el TEDH acude de nuevo al apartado 2 del art.8 CEDH y estudia si la limitación del derecho del interno a la vida familiar por el motivo que el Estado alega, se justifica en el contexto de una sociedad democrática. En este punto, el TEDH plantea dos cuestiones. La primera, si el motivo alegado por el Estado es real y suficientemente relevante desde el punto de vista del principio de la proporcionalidad, para considerar adecuada la limitación de un derecho fundamental del interno. Con ello, se intenta evitar infringir a los internos limitaciones jurídicas adicionales a las que la privación de la libertad supone, cuando estas no están suficientemente justificadas o mejor, cuando no son necesarias, sino perfectamente evitables sin que ello provoque ningún tipo de daño al colectivo social(9). De nuevo, superado este

(8) FERNÁNDEZ CABRERA, M., *RGDP*, 2020, p. 7.

(9) La valoración que lleva a cabo el TEDH desde el punto de vista de la proporcionalidad recuerda mucho a nuestro art.25.2 CE cuando recuerda que «el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria». Es decir, la limitación de los derechos de los internos ha de estar siempre suficientemente justificada. Destacan las recientes SSTC de 27 de enero y 10 de febrero de 2020, en relación a la limitación de derechos como el derecho a la libertad de expresión. Se profundiza en SOLAR CALVO, P., «Análisis de dos resoluciones revolucionarias. Las SSTC de 27 de enero y 10 de febrero de 2020», *La Ley Penal*,

análisis, aceptada la proporcionalidad de la medida, el TEDH comprueba si el Estado ha valorado los daños que la decisión sobre el centro de destino ha ocasionado para el interno concretamente afectado y si ha considerado otras opciones como posibles centros de cumplimiento para el mismo.

1.2 Algunos ejemplos prácticos

A continuación, destacamos algunos supuestos dirimidos ante el TEDH que nos ayudan a entender de modo más concreto la aplicación de la doctrina expuesta. Aunque sea brevemente, por contraste con el tipo de resoluciones que abordamos con posterioridad, merece la pena analizar algunos de los casos y los aspectos que de forma específica se abordan.

En primer lugar, el *Caso Vintman v. Ucrania*, «presenta a un condenado por robo y por homicidio que cumple una pena de cadena perpetua y es enviado a una región a 700 kilómetros del domicilio de su madre de avanzada edad y aquejada de problemas de salud. La solicitud de acercamiento a su domicilio por parte del preso y de su madre a la administración penitenciaria recibió una respuesta negativa basada en diversos motivos: que los presos deben cumplir condena en una misma prisión, que no había plazas disponibles para individuos condenados a cadena perpetua en establecimientos más cercanos, que el preso debe cumplir la pena en una región diferente a la que el delito se ha cometido y que para transferir al interno a otra prisión de menor seguridad su comportamiento debería haber sido aceptable, no pudiendo trasladarlo por haber sido el demandante reprobado disciplinariamente en once ocasiones. En este contexto, la administración penitenciaria ucraniana no solo no traslada al preso a una región más cercana, sino que incluso lo aleja todavía más, situándolo a 1.000 km del domicilio de su madre. Esta situación, se traduce efectivamente en un menor número de visitas, pues no pudo ver a su progenitora en al menos 10 años»(10). En este supuesto, el análisis del TEDH se centra especialmente en el segundo de los niveles descritos, una vez constatada la lesión del derecho del condenado a la vida familiar. De modo que, la negativa de la administración penitenciaria a su traslado a otra

n. 144, mayo-junio 2020. Igualmente, sobre la importancia de que este sea el marco normativo de cumplimiento que sustituya definitivamente el impuesto por la relación de sujeción especial, y el impacto de todo ello en el proceso de reinserción, SOLAR CALVO, P., «Hacia un nuevo concepto de reinserción», *ADPCP*, 2020, Tomo 73.

(10) FERNÁNDEZ CABRERA, M., *CPC*, p. 121.

prisión, alegando la norma genérica de que ha de cumplirse la condena en un mismo centro, no se considera suficiente para justificar que dicho centro de cumplimiento, aun único, haya de encontrarse en un lugar alejado del domicilio del interno(11).

El *Caso Khodorkovskiy y Lebedev v. Rusia* aborda la situación de Mikhail Khodorkovskiy y su socio Platon Lebedev, dos magnates del petróleo que fueron condenados por corrupción, fraude fiscal y blanqueo de capitales y enviados a cumplir condena a centros penitenciarios distanciados en 6.320 y 3.300 kilómetros respectivamente de sus domicilios. En el supuesto, se aprecia que existe daño para la vida familiar de los condenados por las limitaciones de visitas que sufren. Pero, a la vez, la elección de la prisión de destino se justifica por motivos de seguridad de los internos y los delitos cometidos. Aceptados estos motivos por el TEDH, las dudas aparecen en el momento de analizar la concurrencia real de dichos fundamentos en los casos objeto de estudio. «El Tribunal pone en cuestión que las razones de seguridad para los presos y de superpoblación penitenciaria sean realmente las que han motivado la decisión de la Administración penitenciaria. El Tribunal se percató de que no es creíble que las víctimas puedan tomarse venganza sobre los reclusos porque estamos ante delitos que protegen bienes jurídicos colectivos y cuyas víctimas son la comunidad o el propio Estado. Asimismo, tampoco resulta realista el argumento de la superpoblación penitenciaria, pues existen numerosas regiones más cercanas a Moscú que las que fueron enviados los presos y tampoco se ofrecieron datos sobre el estado de ocupación de estas. La ausencia de argumentos reales detrás de la medida hace pensar que esta tiene el único objetivo de afligir un mal superior a la propia pena de prisión, algo que Estrasburgo ha declarado incompatible con el Convenio en reiteradas ocasiones»(12).

El *Caso Rodzevillo v. Ucrania*, siendo muy similar al anterior, contempla un matiz que diferencia el análisis que el TEDH desarrolla. El caso muestra a «un preso que cumple cadena perpetua por haber cometido los delitos de homicidio, robo y pertenencia a organización criminal. Al inicio del cumplimiento de su condena el detenido es enviado a 1.000 kilómetros de distancia del domicilio de su madre y de su padrastro. Dadas las condiciones de transporte existentes en Ucrania, esto supone la necesidad de realizar un penoso viaje de casi 24 horas. Esta situación hace imposible a su impedido padrastro y a su madre enferma el traslado, además de resultar muy gravoso económicamente. Dicha situación ocasiona que la madre del detenido no haya

(11) FERNÁNDEZ CABRERA, M., *RGDP*, 2020, p. 6.

(12) FERNÁNDEZ CABRERA, M., *CPC*, p. 127.

podido visitarlo las cuatro veces al año que permite su régimen penitenciario, sino que solo lo haya hecho siete veces entre 2007 y 2015 (menos de una vez al año)»(13). En esta ocasión, como en el anterior supuesto, el TEDH considera que concurren el primero y segundo niveles del análisis valorativo. Se produce un daño al interno que está justificado en la necesidad de realizar un tratamiento específico(14). Sin embargo, el Estado falla en el tercer nivel de análisis al no llevar a cabo una valoración específica del supuesto que se le presenta en el momento de tomar la decisión de trasladar al condenado. El matiz que diferencia este caso del anterior es justamente este. Si en el *Caso Khodorkovskiy y Lebedev v. Rusia*, el TEDH consideró que los motivos alegados por el Estado para limitar el derecho de los internos a la vida familiar no concurrían en la realidad –primera vertiente del tercer nivel de análisis–; en el *Caso Rodzevillo v. Ucrania*, se considera que los motivos alegados existen pero que sin embargo, no se ha llevado a cabo un análisis suficientemente individualizado de la situación y de otras posibles soluciones al conflicto –segunda vertiente del tercer nivel de análisis–.

Finalmente, es destacable, por la ampliación valorativa que implica, el *Caso Polyakova y otros v. Rusia*. En este supuesto, «por primera vez Estrasburgo cambia el plano desde el que enfoca la controversia y se cuestiona si la medida de alejamiento vulnera el derecho a la vida familiar, no solo del propio preso, sino también de su círculo más íntimo. En esta demanda, además de figurar algunos presos, también se incorporan la señora Polyakova y la señora Kibalo y sus hijas, que no son reclusas, sino familiares de dos de los presos alejados. La señora Polyakova es pareja de hecho de un interno que es enviado a cumplir condena a un centro penitenciario cercano a su domicilio familiar. Sin embargo, posteriormente es trasladado a 5.000 Km de distancia haciendo que el número de visitas se vea considerablemente reducido. Además, también figuran como demandantes la esposa y las hijas de uno de los presos, la señora Kibalo y sus hijas, que consideran que enviar a su marido/padre a cumplir condena a 8.000 Km de la región en la que se encuentran ellas da lugar a una imposibilidad real de poder cumplir con el régimen de visitas que permite la ley»(15). Se aporta así un importante matiz que sin duda amplía la posibilidad de

(13) FERNÁNDEZ CABRERA, M., *CPC*, p. 121.

(14) FERNÁNDEZ CABRERA, M., *RGDP*, 2020, p. 7.

(15) FERNÁNDEZ CABRERA, M., «El Derecho a la vida familiar de los allegados de los presos. El caso Polyakova y otros c. Rusia (7.3.2017)», en VV.AA, *La influencia de la jurisprudencia del TEDH en el derecho interno*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 3 del capítulo.

apreciar el primero de los niveles de análisis expuestos. Esto es, si efectivamente existe o no daño en el derecho a la vida familiar del interno que cumple condena. Ello no solo desde la perspectiva del privado de libertad, sino considerando la limitación que también sufren sus familiares.

Con este importante bagaje que supone la interpretación del TEDH, pasamos al terreno nacional, donde veremos que se hace una traducción más bien pobre de lo que el tribunal europeo viene reclamando.

2. PERSPECTIVA NACIONAL

En general, la doctrina considera que el estatus jurídico de los internos en las prisiones españolas es de los más amplios del ámbito geográfico europeo. Idea que a su vez, se ha asentado en la opinión pública de manera sólida y consolidada. Como punto de referencia en la configuración de este estatus jurídico, destacan los siguientes preceptos. De un lado, el art.25.2 CE cuando establece que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

De otro, los primeros artículos de la LOGP que, en relación con el precepto anterior, definen el objeto de la actividad penitenciaria y recogen los derechos de los internos. En concreto, en cuanto al art.1 LOGP, determina que «las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados». A su vez, el art.2 recoge como principio general que «la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales». Finalmente, el art.3 determina de manera concreta que: «la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en

todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza. En consecuencia: 1. Los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena. 2. Se adoptarán las medidas necesarias para que los internos y sus familiares conserven sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social, adquiridos antes del ingreso en prisión. 3. En ningún caso se impedirá que los internos continúen los procedimientos que tuvieren pendientes en el momento de su ingreso en prisión y puedan entablar nuevas acciones. 4. La administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos. 5. El interno tiene derecho a ser designado por su propio nombre».

Siendo lo anterior cierto, este reconocimiento de derechos es un reconocimiento más formal que real. Tanto el art.25.2 CE, como la LOGP, establecen un estatus jurídico que respalda el ejercicio por parte de los internos de aquellos derechos que sean compatibles con el cumplimiento de la privación de libertad. Sin embargo, la práctica penitenciaria y la jurisprudencia que la avala rebajan considerablemente lo que de dicha premisa pudiera extraerse. Lo anterior debido a la interpretación un tanto descafeinada que el TC realiza del art.25.2 CE y al mantenimiento del concepto de sujeción especial como eje definitorio de la relación de la administración con los internos(16). En

(16) Sobre el concepto de relación de sujeción especial, GALLEGO ANABITARTE, A., «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad en la Administración», *Revista de administración pública*, n. 34, 1961; GARCÍA MACHO, A., *Las relaciones de sujeción especial en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992; LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994, con referencias a LABAND, P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, Laupp, Tübingen, 1876; JELLINEK, G., *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher-Grundlage*, Freiburg/Br., 1887, quienes introducen la expresión alemana de *besonderes Gewaltverhältnis*; LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994. Sobre la aplicación del concepto al medio penitenciario, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., SAPENA GRAU, F. (Coords.), *Curso de Derecho penitenciario*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 76-81; SOLAR CALVO, P., *El sistema penitenciario en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, Colección de Derecho Penal y Procesal Penal, Editorial BOE, 2019, pp. 131-176. De manera menos crítica que los anteriores, FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 489-491. Finalmente, en un estudio reciente y completo, ALEMÁN ARÓSTEGUI, L., «La

esta línea, tras la configuración de la reinserción social del art.25.2 CE como mandato al legislador y no como derecho subjetivo del condenado(17), se esconde una corriente interpretativa de calado más profundo. De acuerdo con la misma, a la que contribuye el concepto de relación de sujeción especial, raramente se reconocen derechos subjetivos a los internos, sino que se hacen depender los mismos de la finalidad de actividad penitenciaria y las necesidades que de ella se deriven en cada momento.

2.1 La postura tradicional y oficializada

Dentro del contexto jurídico descrito, la discusión en torno a si los internos tienen derecho a cumplir condena en el centro penitenciario más próximo a su casa o si se trata de un mandato a cumplir por la administración en caso de que las circunstancias concurrentes lo permitan, responde a esta lógica jurídica que acaba por vaciar de contenido material derechos de los internos que *a priori* parecen reconocidos(18). A su vez, en esta materia concreta y como ya adelantamos, contribuye a lo anterior la diferente y significativa perspectiva normativa del CEDH y la norma nacional.

De un lado, el art.8 CEDH pone el foco en el derecho de los internos al respeto a la vida privada y familiar, de modo que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia», limitando «la injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho», que solo podrá tener lugar en la medida en que «esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad

necesidad de que el Derecho Penal se (pre)ocupe de la ejecución de la pena de prisión», *e-Eguzkilore, Revista electrónica de Ciencias Criminológicas*, n.6, 2021.

(17) Consideran que se trata de un derecho subjetivo de los internos, GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1982, p. 195; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *La supuesta función resocializadora del Derecho penal*, Estudios Penales, Barcelona, 1984, p. 93; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 47; COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., «Derechos fundamentales del condenado», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, 1996, p. 222; SEGOVIA BERNABÉ, J. L., «En torno a la reinserción social y a otras cuestiones penales y penitenciarias», *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica*, n. 1, 2006; PEÑARANDA RAMOS, E., «La pena: Nociones generales», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.^a ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 288-291.

(18) En este punto, destaca el análisis crítico que acertadamente realiza RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 27-42.

nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

De otro lado, sin embargo, el art.12 LOGP solo recoge que la administración deberá contar con los centros suficientes para evitar el desarraigo social del penado. Recordando su contenido, «1. La ubicación de los establecimientos será fijada por la administración penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen. En todo caso, se procurará que cada una cuente con el número suficiente de aquéllos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados. 2. Los establecimientos penitenciarios no deberán acoger más de 350 internos por unidad». Como vemos, no se destaca derecho alguno de los internos, sino más bien, la competencia de la administración penitenciaria para decidir sobre el centro de destino de cada uno de ellos(19).

Tanto la configuración nacional de los derechos de los internos, como la regulación específica en cuanto a su centro de destino, hacen que irremediablemente, nos alejemos del rigor con que el TEDH aborda este relevante asunto(20). Ejemplo de ello, el ATC 40/2017, de 28 de febrero. De modo similar a lo que sucede con el derecho a la reinserción social del art.25.2 CE, y bajo el paraguas argumental de la relación de sujeción especial que une a los internos con la administración penitenciaria, la interpretación que se impone es que no existe en nuestro ordenamiento jurídico penitenciario ningún derecho subjetivo reconocido a los internos a ser destinados a un determinado centro penitenciario próximo al lugar de residencia habitual de su familia. De este modo, el mandato del art.12 LOGP es únicamente un criterio más a tener en cuenta por la Administración, para evitar el desarraigo social y familiar del penado, junto con otros, pero no de forma exclusiva. En definitiva, su cumplimiento o no, desde una perspectiva de reeducación y reinserción social del interno, varía en función de cada caso concreto, sin que *a priori* y en abstracto pueda hacerse declara-

(19) Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Libro-Homenaje al Prof. Bernd Schünemann*. 2014, *op. cit.*

(20) Sobre las importantes consecuencias de esta configuración en el reconocimiento de los derechos de los internos, más allá del ejemplo que aquí se destaca, SOLAR CALVO, P. «¿Tienen los internos demasiados derechos? Valoración normativa a raíz del ATC 40/2017, de 28 de febrero, y su voto particular asociado», *RGDP*, n. 29, mayo 2018.

ción general de clase alguna al respecto que permita el reconocimiento de un derecho de los internos(21).

En concreto, si atendemos a la decisión de la mayoría del TC en el auto destacado, se considera que el art.18.1 CE no incluye en el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar el derecho a la vida familiar en el sentido en que lo define el art.8.1 CEDH(22). No obstante lo cual, la resolución que se recurre respeta la doctrina sentada por el TEDH en materia de centro de destino. Esto es, se ha dado cumplimiento a las dos premisas que dicho tribunal señala para dar por satisfecho el art.8.1 del Convenio: a) Las autoridades administrativas han considerado las circunstancias personales del preso. b) Las autoridades administrativas han conservado un mínimo de vinculación familiar irrenunciable. En concreto para el supuesto de hecho, los familiares del interno en cuestión podían desplazarse efectivamente a realizar las visitas y comunicaciones familiares previstas en la norma.

Si bien es cierto que el análisis que lleva a cabo el TC recuerda en parte al del TEDH, también lo es que queda reducido a su mínima expresión, pasando por encima niveles de valoración que el tribunal europeo emplea y que aquí se abordan de forma excesivamente resumida(23). El TC se centra en el tercer nivel de análisis –da prácticamente por hecho que existe perjuicio para el interno y que hay motivos para que dicho perjuicio se produzca–, en una valoración que se queda corta teniendo en cuenta las importantes implicaciones jurídicas que el TEDH considera que concurren en estos casos. La aproximación jurídica es tan diferente, que allí donde el TEDH prevé la posible lesión de un derecho, el TC solo analiza si se ha producido un perjuicio por una decisión de la administración penitenciaria que el condenado ha de soportar. Recordemos que, en términos nacionales, no se reconoce la existencia de derecho subjetivo alguno. A su vez,

(21) NISTAL BURÓN, J., «El derecho fundamental a la intimidad familiar de los penados versus el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario alejado del entorno familiar», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.7/2017, pp. 4-5.

(22) De acuerdo con la postura crítica de FERNÁNDEZ CABRERA, M., *CPC*, p. 116, «el Tribunal, empleando un argumento contrario a las teorías que defienden que los derechos constitucionales deben ser interpretados a la luz de los Convenios internacionales y de los órganos jurisdiccionales que interpretan dichos convenios, se desmarca de lo establecido por el TEDH y declara abiertamente que el nivel de protección europea del derecho a la vida personal y familiar del CEDH es superior al reconocido por el derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18 Constitución española». Sin duda, una relectura del art.18 CE en clave europea forzaría a una reinterpretación del mismo en términos más adecuados a las exigencias que el TEDH ha desarrollado en materia de protección de la vida familiar de los reclusos.

(23) FERNÁNDEZ CABRERA, M., *CPC*, p. 117.

para reforzar esta postura de partida, en un cambalache interpretativo cuestionable(24), vemos como el TC parte de una interpretación del art.18.1 CE independiente del art.8 CEDH.

2.2 Voces discrepantes que reclaman un cambio

Son varias las voces contrarias a la postura nacional expuesta que reclaman un cambio interpretativo en la materia. Ello tanto del lado de la doctrina, como considerando jurisprudencia de significativa relevancia. Comenzando por esta última, destacamos el voto particular que se emite en contra del ATC comentado. El mismo no solo pone en entredicho la argumentación de la mayoría, sino que deja en evidencia un importante asunto de fondo como es que: la protección tan descafeinada que los derechos fundamentales de los reclusos acaban teniendo en la práctica.

En este sentido, el voto particular que formula el Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos y al que se adhieren la entonces Magistrada Adela Asúa Batarrita y el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, desmonta los argumentos de la mayoría y hace una vez más evidente las contradicciones del andamiaje jurídico sobre el que se sustenta la relación de la administración penitenciaria con los internos. En primer lugar, se llama la atención sobre el hecho de que la mayoría no tiene en cuenta la importante evolución que el TEDH ha experimentado en materia de protección de la vida familiar como derecho fundamental. De hecho, se hace referencia a la STC 186/2013, de 4 de noviembre, en la que se denegó un recurso de amparo contra la decisión de expulsión que implicaba la separación de la demandante de su hija española menor de edad. La discusión de esta resolución en sede europea, dio lugar a la Declaración del Gobierno español en que reconoce la vulneración de los derechos de la demandante resultantes de los arts.8 y 13 CEDH y se compromete a dejar sin efecto los actos jurídicos acordados y proceder a una interpretación del art.57.2 LOEx conforme a los preceptos del CEDH (asunto GVA c España, demanda n. 35765-2014)(25).

Más allá de lo anterior, la desvinculación que el TC realiza del derecho a la vida familiar (art.8 CEDH) del núcleo del derecho fundamental a la intimidad familiar (art.18.1 CE), deslindando así el precepto nacional del europeo, a los efectos únicos de determinar el centro de cumplimiento, da lugar a una importante paradoja que escenifica hasta qué punto se trata de un interpretación del todo forzada. Mientras la

(24) FERNÁNDEZ CABRERA, M., *CPC*, p. 116.

(25) Al respecto, SOLAR CALVO, P., «¿Expulsión automática de extranjeros delincuentes?», *AJA*, n. 932, 27.07.17.

STC 11/2016, en aplicación de la doctrina del TEDH, reconoce el derecho a hacerse con los restos de un familiar como derecho fundamental a la vida familiar subsumible en el art.18.1 CE, el mantenimiento del contacto directo entre familiares vivos, mediante el traslado del interno al centro de destino más próximo a su domicilio, no se considera que forme parte de ese derecho a la vida familiar como derecho fundamental del art.18.1 CE. Para estos casos, «nuestro TC limita el contenido del derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 CE a la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, que igualmente alcanza a determinados aspectos de la vida de las personas con las que se guarde una estrecha vinculación familiar. Esta interpretación del Tribunal Constitucional no se compagina con la doctrina elaborada por el TEDH al interpretar el art.8.1 CEDH, en todas sus posibles facetas, lo cual podría llevar en un futuro a tener que reformular el contenido del derecho fundamental a la intimidad familiar del artículo 18.1 CE, y aceptar la doctrina del TEDH»(26).

Por todo ello, partiendo de la base de que efectivamente el contacto de los vínculos familiares no puede si no considerarse un derecho fundamental conforme a la doctrina del TEDH, el voto particular destaca que la resolución recurrida no aporta motivos concretos y suficientes para limitarlo, sin que el hecho de que los familiares del interno efectivamente se están desplazando al lugar donde está recluso pueda servir a tales efectos. En definitiva, el voto particular señala que efectivamente se produce una lesión de un derecho reconocido y que la lesión del mismo, aun pudiendo haber motivos para ello, no está justificada suficientemente de modo individual y considerando las implicaciones del caso concreto. Esto es, concurriendo el primer nivel de análisis del TEDH –la lesión del derecho– y dando por hecho la existencia del segundo –posibles motivos y fundamentos genéricos para ello–, el TC falla en la individualización de su valoración específica en términos de proporcionalidad y necesidad real de la limitación del derecho fundamental a la vida familiar.

Más allá de este caso concreto, y de lo forzado de la interpretación del TC, para el que el resultado parece venir prefijado, destacamos igualmente otras voces que han cuestionado la débil asunción de la doctrina del TEDH en cuestión de centro de destino de los internos. Así, en relación con el segundo nivel de análisis que aplica el TEDH, recordemos que el mismo responde a lo permitido por el art.8.2 CEDH. Por ello, para limitar el derecho a la vida familiar de los internos han de

(26) NISTAL BURÓN, J., *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, p. 9. Igualmente, FERNÁNDEZ CABRERA, M., *CPC*, p. 116 que reclama una reinterpretación del art.18 CE en consonancia con el art.8 CEDH.

concurrir motivos específicos recogidos en una norma como rango legal. Pues bien, en este punto y en relación con la *política de dispersión*, el magistrado de la Audiencia Nacional, Ramón Sáez Valcárcel, declaró que «el alejamiento es una intervención administrativa en el régimen de vida del condenado a prisión que carece de cobertura en la ley»(27). Más bien al contrario, se trata de una actuación administrativa que no solo no encuentra acomodo en la norma, sino que se lleva a cabo en contra de la misma. Como meros ejemplos, el propio art.12 LOGP o el art.3.3. RP que recoge entre sus principios rectores que «la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento, favoreciendo los vínculos sociales (...)».

Finalmente, que los tribunales nacionales no han seguido tradicionalmente, y siguen aun mínimamente, la senda marcada por el TEDH, lo denota también la ausencia de individualización de las decisiones adoptadas en determinados casos en materia de centro de destino. De nuevo para la *política de dispersión*, Etxebarria Zarrabeitia refiere que si las decisiones sobre el centro de destino se hubieran producido de forma individualmente motivada, el juicio jurídico sobre esta política sería necesariamente distinto(28).

Por tanto, posturas discrepantes que abogan por un análisis de fondo de los casos en los términos más rigurosos que el TEDH ha venido desarrollando y que nos señalan incumplimientos de los tribunales nacionales en los tres niveles de análisis del tribunal europeo. Primero, al no considerar que el derecho a la vida familiar tenga protección constitucional, evitando con ello reconocer que se conculque derecho alguno. Segundo, dada la escasa cobertura legal de políticas generalizadas de alejamiento. Tercero, por la propia falta de análisis individual con que estas políticas se han aplicado.

3. INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Las resoluciones y posturas anteriores, todas ellas, se refieren a supuestos de internos vinculados a un determinado grupo terrorista. El devenir procedimental de muchos de los aspectos que han afectado a

(27) Voto particular del auto de la Audiencia Nacional 199/2015, de 29 de octubre.

(28) ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. *Excepcionalidad antiterrorista en la acumulación y ejecución de las penas de prisión*. Tesis doctoral, dirigida por Juan I. Echano Basaldúa, Universidad de Deusto, Facultad de derecho, 2015, p. 401.

sus miembros constituye el claro ejemplo de los malos resultados que produce unir excepcionalidad judicial y política⁽²⁹⁾. Si determinadas decisiones políticas pueden más o menos justificarse en un determinado momento, los cauces normativos e interpretativos de cumplimiento, deben ser los mismos para todos los internos. No se debe hacer política con el derecho. Menos aun con áreas de actuación tan sensibles como la penal y la penitenciaria. En caso contrario, corremos el riesgo de que determinadas posturas, pensadas para determinados grupos, impregnen el sistema de cumplimiento pervirtiendo sus principios más básicos. En este sentido y en materia de centro de destino, la *política de dispersión* de los años previos y la *política de acercamiento*, que con carácter ahora sí individual se está llevando a cabo, no nos dejan ver las enormes implicaciones que la decisión sobre el dónde del cumplimiento de la privación de libertad tiene para los internos; y lo que es peor, lo enormemente alejados que estamos de las exigencias del TEDH en esta sensible materia.

Y es que, a las importantes cuestiones de fondo que hemos abordado, hay que añadir un aspecto procedimental fundamental: la relativa al proceso de impugnación de las decisiones administrativas sobre el centro de destino de cada interno. Consistente con la interpretación mayoritaria sobre la no existencia de un derecho subjetivo en este ámbito, se trata de la única materia penitenciaria excluida de la competencia del JVP. Su discusión pertenece a la jurisdicción contenciosa administrativa. Lo que dificulta enormemente que dicha discusión pueda ser efectiva en términos penitenciarios directos. Primero, porque se trata de una jurisdicción mucho más formal que la penitenciaria, en la que la interposición de recursos ha de cumplir mayores requisitos. Segundo, porque no se analiza la vulneración de ningún derecho subjetivo, sino tan solo que la administración penitenciaria haya adoptado la decisión sobre el destino de forma no arbitraria, considerando sus criterios organizativos y las posibilidades de destino concurrentes en cada caso. De nuevo, para la generalidad de los internos, nos alejamos enormemente de los parámetros de análisis que el TEDH contempla.

(29) Caso paradigmático de la mezcolanza poco recomendable de intereses políticos e interpretaciones judiciales, lo supuso la Doctrina Parot que derivó en una condena a España por la interpretación interesada de determinados preceptos penales. Acerca de este asunto, de forma resumida, SOLAR CALVO, P., «A vueltas con la Doctrina Parot: Una aproximación diferente», *Diario La Ley*, Edición Especial, 25.11.13.

Para ver el hasta dónde de este hecho, repasamos lo que puede ser una resolución tipo en la materia. En concreto, el Procedimiento 702/2019 del TSJ de Madrid, en materia de derechos fundamentales, Sentencia 7/2020, de 14 de enero.

Comenzando por sus Antecedentes de Hecho:

«PRIMERO.- Interpuesto el recurso y recibido el expediente administrativo, fue emplazada la parte demandante para que dedujera demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito en el que, tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró pertinentes, terminó solicitando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos. SEGUNDO.- El Abogado del Estado solicitó la desestimación del recurso. Y el Ministerio Fiscal en el trámite de alegaciones, también solicitó la desestimación del recurso. TERCERO.- Con fecha de 14 de enero de 2020, se celebró el acto de votación y fallo del presente recurso, quedando el mismo concluso para Sentencia».

Como Fundamentos de Derecho se aportan los siguientes:

«PRIMERO: Es objeto del presente procedimiento especial de los Derechos Fundamentales de la Persona la resolución de la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, del Ministerio del Interior, de 28 de noviembre de 2019, en la que se acuerda fijar como centro de destino para el cumplimiento de la condena del hoy recurrente el Centro Penitenciario de Valladolid. SEGUNDO: El demandante, que se encontraba en el Centro Penitenciario de Villabona, fundamenta su demanda en la vulneración del art. 25.2 de la Constitución por considerar que el traslado al Centro de Palencia le aleja de su entorno social y familiar, incidiendo en la consecución de los fines constitucionales de la pena, la reeducación y resocialización; entiende que la actuación recurrida vulnera, además del citado, los artículos 14, 24 y 15 de la Constitución».

Teniendo en cuenta lo anterior, en cuanto al fondo del asunto, y específicamente en relación al art.25.2 CE, el Fundamento de Derecho Tercero recoge que:

«En un supuesto similar al presente, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 14 de Octubre de 2011 niega que el traslado de centro penitenciario por razones organizativas pueda tener trascendencia en cuanto a la vulneración de derechos fundamentales; en esta sentencia se afirma:

«Con arreglo a la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional, la decisión penitenciaria relativa al lugar de cumplimiento de la condena que se adopte en cada caso concreto habrá de responder a las circunstancias personales del interno. El fin de reinserción social y de reeducación a que debe orientarse el cumplimiento de la pena pre-

visto en el artículo 25.2 de la Constitución, no confiere como tal un derecho amparable, un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos (SSTC 2/87, de 21 de enero; 28/88, de 23 de febrero), de ahí que la reeducación y la resocialización han de orientar el modo de cumplimiento de las penas que supongan privación de libertad en la medida en que se presten a la consecución de aquellos objetivos.

Con estas premisas puede afirmarse que el cumplimiento de la condena en centros penitenciarios que no se ajustan a los deseos y expectativas de los internos son limitaciones que, practicadas con sujeción a lo dispuesto en la legislación penitenciaria vigente, no vulnera ni el artículo 15, ni el 17 de la Constitución, ni tampoco el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aplicable por disposición del artículo 10.2 CE. Como esta Sala ha tenido ocasión de declarar con anterioridad, la Administración ha de disponer de un margen razonable de actuación en la aplicación de la legislación penitenciaria, obviamente, dentro del respeto a sus normas y principios y a los derechos que contempla, los cuales, por las razones expuestas no se han visto vulnerados».

No existe entre los derechos reconocidos a los internos por la legislación penitenciaria —ni, desde luego, en la Constitución— el de ser destinado a un determinado Centro Penitenciario, ni siquiera a uno próximo al del lugar de residencia habitual (art. 3 LOGP), ni mandato alguno en tal sentido para la Administración —el art. 12 LOGP, dentro del Título Primero «De los establecimientos y medios materiales», se limita a decir: «1. La ubicación de los establecimientos será fijada por la Administración penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen. En todo caso, se procurará que cada una cuente con el número suficiente de aquéllos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados»—.

Es decir, este precepto reconoce la facultad de establecer centros penitenciarios y sienta un criterio orientativo, que no imperativo, cuando utiliza los términos «se procurará» evitar el desarraigo. Por lo que la norma citada no atribuye derecho alguno al interno para exigir cumplir la condena en un centro próximo a su último domicilio o residencia habitual, únicamente fija criterios para establecer o distribuir territorialmente los centros penitenciarios de forma que tal distribución se haga atendiendo a las necesidades penitenciarias que, además, no se limitan a la evitación de desarraigo social de los penados, sino que se extienden a las necesidades que abarcan aspectos que comprenden no solo la reinserción social de los penados, como por ejemplo las disponibilidades materiales de los Centros, características de estos y directrices de la política general penitenciaria en cada momento, parámetros que varían en función de las circunstancias.

La potestad ejercida por la administración en este caso, viene recogida en el artículo 31 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero «conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el centro

directivo tiene competencia exclusiva para decidir, con carácter ordinario o extraordinario, la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios, sin perjuicio de las atribuciones de los Jueces de Vigilancia en materia de clasificación por vía de recurso. Dicho centro directivo ordenará los traslados correspondientes en base a las propuestas formuladas al efecto por las Juntas de Tratamiento o, en su caso, por el Director o el Consejo de Dirección, así como los desplazamientos de los detenidos y presos que les sean requeridos por las autoridades competentes.

Se trata, pues, de una competencia que corresponde en exclusiva a la administración demandada, sin perjuicio de la función revisora de los Tribunales de Justicia –del orden que corresponda en cada caso– de acuerdo con lo establecido en la Constitución y en las Leyes. Sin embargo, tal control jurisdiccional debe producirse dentro de los límites que se determinan con carácter general.

Siendo esta potestad de carácter discrecional, de tal modo que, como ha señalado la jurisprudencia en tan repetidas ocasiones que parece innecesario citarlas, la extensión del control jurisdiccional, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 106 de la CE puede producirse, debe centrarse en la verificación del contraste de la legalidad o adecuación al ordenamiento jurídico de la resolución, sin que pueda pretenderse que los Tribunales sustituyan a las administraciones públicas en sus valoraciones técnicas o de oportunidad, que solo a ella competen precisamente porque así lo ha querido el legislador en consideración a la capacitación y preparación de quienes se integran en los órganos administrativos actuantes.

Ciertamente, el ejercicio de cualquier potestad administrativa, también de las potestades discrecionales, debe hacerse con respeto pleno a la ley y al derecho y, así, deben respetarse no solamente las normas que regulan los elementos reglados que definen la potestad o competencia de la administración sino también la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico.

Por lo expuesto, puede afirmarse que no existe un derecho subjetivo constitucionalmente consagrado de los penados al traslado o permanencia en un centro penitenciario concreto; en este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por ejemplo, en sentencias núm. 678/2000, Sección 9.ª, de 4 Julio, y 636/2001, Sección 8.ª, de 6 Junio.

La primera de las sentencias citadas dice lo siguiente en su fundamento de derecho IV:

«El actor funda su solicitud en el contenido del artículo 12.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria; el recurrente considera que los presos tienen derecho a cumplir las penas privativas de libertad impuestas lo más cerca posible de su residencia habitual. (...)

Este precepto tiene un carácter orientativo para la administración penitenciaria, cuyo despliegue debe favorecer que en cada área territorial exista un número suficiente de centros para satisfacer sus necesidades penitenciarias y evitar así el desarraigo social de los penados. Ahora bien, esto no puede interpretarse, como propone la

parte actora, en el sentido de que el legislador ha configurado normativamente un derecho del interno, subjetivo y justiciable, a cumplir la condena en centros penitenciarios próximos a su domicilio o residencia habitual; la LOGP se ha limitado a fijar criterios para establecer y distribuir a los penados de manera que las necesidades penitenciarias estén atendidas adecuadamente; entre dichos criterios debe intentarse evitar el desarraigo social de los penados, pero también debe atenderse a las distintas clases de centros penitenciarios, a los distintos grados de clasificación de la población interna, los regímenes de vida penitenciarias, así como las propias disponibilidades de las infraestructuras penitenciarias. (...)

Como se ha apuntado anteriormente, no puede olvidarse además que es un principio fundamental de la LOGP y su legislación de desarrollo, el de tratamiento individualizado del cumplimiento de la condena impuesta tal como se recoge en el artículo 72 de la LOGP; ello exige e impone a la administración penitenciaria, a la hora de determinar el Centro Penitenciario más adecuado a cada interno, examinar en cada caso concreto cuáles son sus circunstancias personales, procesales y penitenciarias concretas y no se puede, como así pretende el Actor, atender únicamente al criterio de salud y que para evitar el desarraigo social justificar que todas las condenas se cumplan en centros cercanos a su entorno familiar. El criterio que propone el Actor será uno más a tener en cuenta entre los otros muchos que debe conjugar en cada caso la administración penitenciaria pues como antes se ha expuesto no se recoge en el mencionado artículo 12.1 LOGP ningún mandato dirigido a la administración para que la condena se cumpla cerca del entorno familiar; se trata más bien de un criterio orientador que configura la decisión administrativa en el ámbito del ejercicio de una potestad discrecional que no puede sin más calificarse como de arbitraria sino que habrá que analizar cada caso concreto para concluir que su ejercicio se ajusta a Derecho al respetar los principios generales que deben informar toda actuación administrativa.

Por tanto, puede concluirse que no se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico un derecho subjetivo en favor de los internos y presos para el cumplimiento de sus condenas en centros penitenciarios cercanos a la localidad de su entorno familiar y afectivo; corresponde a la administración penitenciaria decidir en cada caso atendiendo a las circunstancias concretas de la organización penitenciaria y personales del penado, pues no puede olvidarse que el cumplimiento de la condena impone un tratamiento individualizado».

El Tribunal Constitucional (Sala Segunda) en sentencia núm. 2/1997, de 13 enero, señala que «este Tribunal ha reiterado en numerosas ocasiones que la finalidad reeducadora y de reinserción social a que constitucionalmente debe servir la imposición de una pena privativa de libertad, no contiene derecho fundamental alguno, sino que constituye un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria en ese preciso sentido, que es el constitucionalmente determinado (SSTC 2/1987, 28/1988, y, últimamente –en supuesto

sustancialmente idéntico al que aquí nos ocupa— 112/1996, fundamento jurídico 4, y por más que la consagración constitucional de esta finalidad no sea excluyente de otras [STC 150/1991], fundamento jurídico 4^ºb) (...)».

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Constitucional este fin de reinserción social y de reeducación a que debe orientarse el cumplimiento de la pena previsto en el artículo 25.2 de la Constitución invocado en primer lugar, no prejuzga ni condiciona la decisión penitenciaria relativa al lugar de cumplimiento de la condena que se adopte en cada caso concreto, atendiendo, como ya se ha dicho, a las circunstancias personales del interno.

Más detalladamente, la citada doctrina constitucional puede resumirse en los siguientes aspectos:

a) Si bien no debe desconocerse la importancia del principio constitucional contenido en el artículo 25.2 de la CE, esa declaración, que debe orientar toda la política penitenciaria del Estado, no confiere como tal un derecho amparable; el artículo 25.2 CE no recoge un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos. (SSTC 2/1987, de 21 ene.; 28/88, de 23 feb.).

b) De esa declaración no se sigue ni que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles, la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad. La reeducación y la resocialización han de orientar el modo de cumplimiento de las penas que supongan privación de libertad en la medida en que se presten a la consecución de aquellos objetivos puesto que el mandato del artículo 25.2 de la CE tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la administración por él creada.

Siguiendo el criterio de la ya citada sentencia de la Sección 9.^a, puede señalarse que, lógicamente, la privación de libertad que conlleva toda pena impuesta, así como el cumplimiento de una condena dificulta e incluso impide el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos al resto de los ciudadanos que no se encuentran en dicha situación. Así, la separación y el alejamiento del preso de la vida familiar es consecuencia inevitable de la prisión, pero debemos recordar que no por ello se le priva de sus relaciones familiares, aunque estas lógicamente estén limitadas al ejercicio de los derechos de visita y de comunicación previstos y regulados en la legislación penitenciaria, derechos estos de los que no se ha privado al actor.

En consecuencia, no puede estimarse vulnerado el artículo 25 de la Constitución».

Por su parte, el resto de preceptos que se alegan por el recurrente, son desestimados conforme a los siguientes argumentos:

«CUARTO: En relación a la posible vulneración del art. 24 de la Constitución, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional mantiene que el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto es el poder jurí-

dico que tienen los titulares de derechos e intereses legítimos de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la resolución de un conflicto, tiene su lugar propio de satisfacción en un proceso judicial. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1983, de 14 de abril señaló que «son los jueces y tribunales los que han de otorgar la tutela judicial efectiva y los únicos, en consecuencia, a los que cabe imputar su violación». Todo ello, sin perjuicio de la ulterior matización realizada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 90/1985, de 22 de abril, con arreglo a la cual la anterior regla general «no elimina totalmente la posibilidad de que órganos no judiciales incidan en lesión del derecho, en aquellos casos en que no se permita al interesado, o se le dificulte el acceso a los tribunales» pero que no resulta aplicable a nuestro caso.

Y no resultan aplicables, al caso que ahora nos ocupa, las garantías consagradas en el artículo 24.2 de la CE al no encontrarnos ante un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora. Por lo que no se ha vulnerado el derecho de defensa del recurrente. En este sentido, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones (por todas, STC 181/1990) «las garantías del artículo 24 de la CE son predicables respecto de los procedimientos jurisdiccionales y respecto de los administrativos de naturaleza sancionadora, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la CE».

Asimismo, el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 de junio de 1995 recoge «la tutela que otorga el artículo 24.1 de la CE se refiere a las actuaciones judiciales, a las administrativas sancionadoras o a otras actividades de la Administración que impidan el acceso a la jurisdicción». Supuestos estos que no resultan aplicables al caso que ahora nos ocupa.

Por lo que «las infracciones en el procedimiento administrativo tienen que ser corregidas en vía judicial, planteadas ante los Juzgados y Tribunales y resueltas motivadamente por éstos, en uno u otro sentido, pero no originan indefensión que pueda situarse en el artículo 24.1 de la CE».

QUINTO: En relación a la vulneración del principio de igualdad del art. 14 de la Constitución de acuerdo con reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional (como la STC 212/1993, de 28 de junio) el «juicio de igualdad» exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues, lo que de dicho precepto constitucional deriva es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas. No hay infracción del artículo 14 de la CE.

Por lo tanto, la identidad de las situaciones fácticas constituye el presupuesto ineludible para la aplicación del principio de igualdad, correspondiendo a quien lo invoca la carga de ofrecer un término de comparación válido en relación al cual deba predicarse la pretendida igualdad.

El recurrente no ha aportado ningún dato de contraste válido, ni ha señalado un solo caso en el que un interno del mismo centro penitenciario en condiciones fácticas idénticas a las suyas haya sido autorizado a permanecer en el mismo centro y no haya sido trasladado.

Por lo que no se puede apreciar vulneración del derecho constitucional de igualdad.

SEXTO: Por último, el artículo 15 CE proclama que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

El Tribunal Constitucional tiene declarado que «los conceptos constitucionales de «integridad moral» y «trato degradante» son lo suficientemente estrictos como para impedir la banalización del derecho fundamental reconocido y, al propio tiempo, lo suficientemente flexibles como para ajustarse a los problemas y condiciones de la vida actual (en este sentido, la STEDH de 28 de julio de 1999, asunto Selmouni c. Turquía, refiriéndose al art. 3 del Convenio europeo de derechos humanos), sin reducir la protección constitucionalmente garantizada a las relaciones con las fuerzas y cuerpos de seguridad y en las comisarías, las cárceles, los centros de acogida o las escuelas».

Pues bien, en este caso se invoca la vulneración de este derecho fundamental con muy escasa fundamentación fáctica —la pendencia de una operación quirúrgica programada—, sin prueba alguna y, en todo caso, sin suficiente conexión con la concreta resolución impugnada: en efecto, tal hipotética vulneración no puede predicarse de la resolución de fijación de un determinado centro de destino sino, en todo caso, de posteriores y concretas actuaciones de la dirección del centro, que no integran parte de la resolución que es objeto de este proceso.

Por ello, podemos considerar que aquí si se está banalizando absolutamente este derecho fundamental y no puede, en consecuencia, estimarse vulnerado por la resolución que es objeto de este proceso.

En definitiva, esta sentencia ha de ser desestimatoria por los fundamentos citados.

SÉPTIMO: A tenor de lo establecido en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción y por la desestimación del recurso procede imponer las costas al recurrente, con el límite de 1.000 euros».

Por todo lo anterior, se desestima el recurso especial contra la resolución de la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción, en la que se acuerda fijar como centro de destino para el cumplimiento de la condena del recurrente el Centro Penitenciario de Valladolid, declarando que dicha resolución no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por el recurrente; e imponiéndole las costas procesales causadas.

Si nos centramos en el Fundamento de Derecho Tercero, el que verdaderamente incide sobre el fondo de la cuestión que se plantea, se

observa cómo el TSJ se aleja de los niveles valorativos establecidos por el TEDH, para llevar a cabo un análisis doméstico que parte de la base de la no conculcación de derecho subjetivo alguno. En consecuencia, se trata de una valoración que se centra solo y tan solo en determinar si la administración penitenciaria ha ejercido una potestad discrecional dentro de los parámetros que la norma le permite. Es decir, se analiza si la actuación administrativa ha incurrido en arbitrariedad, no si la misma ha podido conculcar algún derecho del interno. De hecho, de modo similar al TC en el auto antes analizado, únicamente la parte final de la resolución recuerda mínimamente la doctrina del TEDH, cuando señala que el interno no ha sido privado de ejercer su derecho a posibles visitas.

Este esquema de valoración judicial otorga a la administración penitenciaria unos márgenes de actuación infinitamente más amplios que los que se derivarían de la aplicación de la jurisprudencia del TEDH expuesta. En el ámbito nacional, en términos de motivación y fundamentación, las resoluciones administrativas sobre centro de destino tendrán que recoger motivos suficientes que muestren la falta de arbitrariedad de la decisión. Esto es, que la administración ha tomado la decisión dentro del amplio margen de actuación que le otorga el art.12 LOGP. Sin embargo, estos están lejos de los parámetros de exigencia que la limitación de un derecho fundamental implica, y la satisfacción de los requisitos de legalidad, necesidad, proporcionalidad e individualización que todo ello conlleva. La postura nacional y la del TEDH se sitúan en las antípodas.

4. CONCLUSIONES

No es objeto de este trabajo analizar las políticas de dispersión y acercamiento de los internos vinculados al terrorismo de ETA, sino tan solo su posible influencia en la falta de asunción por parte de los tribunales nacionales de la doctrina del TEDH en materia de centro de destino. No obstante, dadas las críticas que constantemente se vierten sobre el actual acercamiento de estos internos a centros próximos a su domicilio, se propone una aproximación valorativa a este hecho desde los parámetros establecidos por el TEDH. Parece claro que, dado el final de la actividad terrorista y tras un análisis individual de cada

caso, decaen los fundamentos del tercer nivel de análisis que el tribunal europeo reclama(30).

Pero vayamos más allá. Como decimos, el presente trabajo trata de mostrar la falta de asunción por nuestros tribunales de la doctrina del TEDH en materia de centro de destino. Ello para todo tipo de internos, con independencia de su pertenencia o no a un determinado colectivo. Al respecto, reconocemos que, en la práctica, justamente por la mayor o menor disponibilidad de plazas en cada centro penitenciario para cada momento y las implicaciones de la ejecución de la condena en términos de seguridad y tratamiento –pensemos en incompatibilidades entre internos o en necesidades de intervención específica–, es complejo que la decisión sobre el centro de destino de un interno dependa enteramente de la voluntad de este. No obstante, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TEDH y la clara incidencia de las decisiones administrativas sobre centro de destino con el derecho a la vida familiar del art.8 del CEDH, las decisiones administrativas y los recursos en esta materia, debieran incluir una específica valoración sobre la afección de este derecho subjetivo. Lo anterior, dando cumplimiento a los requisitos que el TEDH reclama, pero también al estándar de constitucionalidad que nuestro TC exige para los casos de afección de un derecho fundamental concreto. Como recientemente ha señalado el TC en sendas sentencias de 27 de enero y 10 de febrero de 2020, para la limitación de un derecho fundamental de un interno en un centro penitenciario ha de concurrir un interés legalmente reconocido, ha de ser necesario para un fin concreto y no ha de existir otro medio menos gravoso de alcanzar el mismo(31).

De esta manera, tanto las decisiones administrativas, como las resoluciones de posibles recursos, deberían analizar el fondo de los asuntos presentados desde una perspectiva más material que formal, considerando la proporcionalidad del traslado de un interno y atendiendo en todo caso a las circunstancias del caso. Sin duda, la ampliación de las competencias de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria a las resoluciones administrativas en materia de centro de destino, ayudaría al viraje interpretativo que sobre el fondo de esta cuestión reclamamos. A pesar de las importantes carencias que esta

(30) GARCÍA VALDÉS, C., en el *Libro-Homenaje al Prof. Bernd Schünemann. II*, 2014, p. 467, destaca la relevancia de la política de dispersión en el final de la banda terrorista. Ello desde una interesante visión histórica que hace un recorrido desde la política de concentración inicialmente aplicada, a la de dispersión que llega prácticamente hasta nuestros días.

(31) Ver nota a pie de página n. 8.

jurisdicción presenta(32), lo cierto es que su competencia en protección de derechos de los internos ayudaría a un cambio de enfoque en materia de centro de destino, desde un entendimiento más global de lo que este cambio puede significar en términos de cumplimiento. Pensamos por ejemplo en casos complejos, en que un interno no quiere realizar un determinado tratamiento –aspecto este al que tiene pleno derecho–(33), y sin embargo, la administración penitenciaria decide trasladarlo de centro por diversas razones entre las que se encuentra la realización de un programa de tratamiento. Analizar esta realidad unívoca en jurisdicciones diferentes, lleva a un entendimiento muy pobre y meramente formal de la misma, sino en ambas instancias de revisión, de seguro en la que solo va a entender del centro de destino elegido por la Administración. En definitiva, repensar la situación actual no solo se impone desde el punto de vista de la protección del derecho a la vida familiar de los internos, sino también desde la perspectiva de otros derechos que pueden verse condicionados por el centro donde se cumple condena.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALEMÁN ARÓSTEGUI, L.: «La necesidad de que el Derecho Penal se (pre) ocupe de la ejecución de la pena de prisión». *e-Eguzkilore, Revista electrónica de Ciencias Criminológicas*, n. 6, 2021.
- BENÍTEZ YÉBENES, J. R.: *El procedimiento de actuación ante los órganos de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria (Hacia un Derecho Procesal Penitenciario)*. Dykinson, Colección Biblioteca de Criminología, Madrid, 2017.
- COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: «Derechos fundamentales del condenado». En ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, 1996.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X.: *Excepcionalidad antiterrorista en la acumulación y ejecución de las penas de prisión*. Tesis doctoral, dirigida por

(32) Muy interesante, el análisis y las propuestas de BENÍTEZ YÉBENES, J. R., *El procedimiento de actuación ante los órganos de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria (Hacia un Derecho Procesal Penitenciario)*, Dykinson, Colección Biblioteca de Criminología, Madrid, 2017.

(33) Plenamente de acuerdo con TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 260, para quienes «basta con acudir a la naturaleza de derecho que tiene el principio de resocialización reconocido en el art. 25.2 CE, entendido como emanación del principio de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.11 CE), que convierte en inconstitucional la posibilidad de un tratamiento coactivo».

- Juan I. Echano Basaldúa, Universidad de Deusto, Facultad de derecho, 2015.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Derecho Penitenciario*, 3.ª ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016.
- FERNÁNDEZ CABRERA, M.: «La política de dispersión de los presos de ETA a la luz de la jurisprudencia del TEDH». *CPC*, n.125, II, Época II, septiembre 2018.
- FERNÁNDEZ CABRERA, M.: «El Derecho a la vida familiar de los allegados de los presos. El caso Polyakova y otros c. Rusia (7.3.2017)». En VV.AA, *La influencia de la jurisprudencia del TEDH en el derecho interno*, Tirant lo Blanch, 2019.
- FERNÁNDEZ CABRERA, M.: «Último capítulo sobre la dispersión de los presos de ETA: la respuesta del TEDH». *RGDP*, n.34, 2020.
- GALLEGO ANABITARTE, A.: «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad en la Administración». *Revista de administración pública*, n. 34, 1961.
- GARCÍA MACHO, A.: *Las relaciones de sujeción especial en la Constitución Española*. Tecnos, Madrid, 1992.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *La supuesta función resocializadora del Derecho penal*. Estudios Penales, Barcelona, 1984.
- GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, 2.ª ed. Cívitas, Madrid, 1982.
- GARCÍA VALDÉS, C.: «Los presos terroristas en España: Concentración vs. Dispersión y régimen penitenciario. Historia y presente». En el *Libro-Homenaje al Prof. Bernd Schünemann. II*, Gaceta Penal, Lima, 2014.
- LASAGABASTER HERRARTE, I.: *Las relaciones de sujeción especial*. Cívitas, Madrid, 1994.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial*. Cívitas, Madrid, 1994.
- NISTAL BURÓN, J.: «El derecho fundamental a la intimidad familiar de los penados versus el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario alejado del entorno familiar». *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.7/2017.
- PEÑARANDA RAMOS, E.: «La pena: Nociones generales». En LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed. Cívitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015.
- SEGOVIA BERNABÉ, J. L.: «En torno a la reinserción social y a otras cuestiones penales y penitenciarias». *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica*, n. 1, 2006.
- SOLAR CALVO, P.: «A vueltas con la Doctrina Parot: Una aproximación diferente». *Diario La Ley*, Edición Especial, 25.11.13.
- SOLAR CALVO, P.: «¿Expulsión automática de extranjeros delincuentes?». *AJA*, n. 932, 27.07.17.
- SOLAR CALVO, P.: «¿Tienen los internos demasiados derechos? Valoración normativa a raíz del ATC 40/2017, de 28 de febrero, y su voto particular asociado». *RGDP*, n. 29, mayo 2018.

- SOLAR CALVO, P.: *El sistema penitenciario en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, Colección de Derecho Penal y Procesal Penal, Editorial BOE, 2019.
- SOLAR CALVO, P.: «Análisis de dos resoluciones revolucionarias. Las SSTC de 27 de enero y 10 de febrero de 2020». *La Ley Penal*, n. 144, mayo-junio 2020.
- SOLAR CALVO, P.: «Hacia un nuevo concepto de reinserción». *ADPCP*, 2020, Tomo 73.
- SOLAR CALVO, P.: «El centro de destino como derecho de los internos». *PostC: La PosRevista sobre Crimen, Ciencia y Sociedad de la era PosCovid19*, (2), 2021.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. Y SAPENA GRAU, F. (Coords.): *Curso de Derecho penitenciario*, 2.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

La prescripción de las penas de cumplimiento sucesivo en el Ordenamiento jurídico-penal español. Acumulación material, jurídica y refundición de penas

ALFONSO ORTEGA MATESANZ

Universidad de Valladolid

RESUMEN

En supuestos de concurrencia de diferentes penalidades de cumplimiento sucesivo, derivadas de la comisión de otros tantos delitos, la prescripción de la pena, como institución de naturaleza jurídico-penal, hace que broten problemas particulares en lo referido, fundamentalmente, a la determinación de los plazos de prescripción y a la forma en la que deben computarse. Previamente a la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, no regulaba el CP de 1995 ninguna causa de suspensión o de interrupción de los términos prescriptivos, motivo por el cual se planteaba si era posible que, durante el cumplimiento efectivo de una pena más grave que el resto, pudieran prescribir las sanciones más leves por el transcurso de los plazos legales correspondientes desde la fecha de la sentencia firme que las impusiera. El art. 134.2 b) CP vigente resuelve hoy que el plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso durante el cumplimiento de otras penas, cuando resulte aplicable lo dispuesto en el art. 75 CP.

Palabras clave: *prescripción penal, prescripción de la pena, concurso real de delitos, concurso de penas, acumulación, cumplimiento sucesivo, acumulación jurídica de penas, refundición.*

ABSTRACT

In cases of concurrence of different penalties of successive compliance, arising from the commission of so many other offences, the prescription of the penalty, as an

institution of a legal-criminal nature, causes particular problems to arise as regards, in essence, the determination of limitation periods and the way in which they should be computed. Prior to the entry into force of LO 1/2015, of 30 March, the CP of 1995 did not regulate any cause of suspension or interruption of the prescriptive terms, which was why it was possible that, during the effective fulfilment of a more serious penalty than the rest, they could prescribe the slightest penalties for the course of the corresponding legal periods from the date of the final judgment imposing them. Article 134.2 b) CP in force today finds that the limitation period for the penalty shall be put on record during the performance of other penalties, where the provisions of Article 75 CP apply.

Key words: criminal prescription, penalty prescription, real crime contest, penalty contest, accumulation, successive compliance, legal accumulation of penalties, recast.

SUMARIO: I. La prescripción de la pena: aproximación a su fundamento y regulación.–II. Las penas de cumplimiento sucesivo impuestas por la comisión de dos o más delitos.–III. Prescripción de las penas acumuladas y refundidas. 3.1 Situación resultante de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo.–IV. A modo de conclusión.

I. LA PRESCRIPCIÓN DE LA PENA: APROXIMACIÓN A SU FUNDAMENTO Y REGULACIÓN

La prescripción de la pena o de la medida de seguridad es una de las diferentes causas legales de extinción de la responsabilidad criminal que prevé el Código Penal español(1) (art. 130.1.7.º). Como institución de naturaleza sustantiva, la prescripción penal consiste en «la exclusión de la pena impuesta o a imponer por el transcurso del tiempo»(2). Tiene dicho el Tribunal Constitucional de España que la prescripción «supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculgado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto “en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica”» (STC 63/2005, de 14 de marzo, por todas).

(1) En lo que sigue, CP.

(2) COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte general*, 5.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 955.

La prescripción de la pena se regula fundamentalmente en los arts. 133 y 134 CP, dentro del Capítulo I del Título VII del Código. Tomando prestada la definición que de ella ofrece el Diccionario panhispánico del español jurídico (RAE), la misma consistiría en la «extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del lapso temporal legalmente fijado computado desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena (si esta hubiese comenzado a cumplirse), sin que se haya ejecutado la pena y que impide la posterior imposición de la misma». Sin embargo, la reproducida no es una definición del todo exacta, salvo que entendamos que imponer equivale a cumplir, o bien que por el devenir del tiempo se habrá consumido la posibilidad de imponer, sin haberlo hecho el órgano judicial, la obligación legal que deriva de una sentencia condenatoria, esto es, el cumplimiento de la pena impuesta en todo o en parte (si se tratara de un incumplimiento parcial en el último caso)(3). Con propiedad, puede afirmarse que lo que realmente prescribe no es la pena, sino su ejecución o cumplimiento(4).

El fundamento de la prescripción de la pena es diferente del fundamento de la prescripción del delito(5). La que aquí nos ocupa se sitúa en un estadio posterior al descubrimiento, enjuiciamiento de los hechos por el tribunal competente y subsiguiente declaración de la responsabilidad penal del infractor. Es decir, partimos ya de una o de varias penas ejecutorias impuestas en sentencia firme tras la sustanciación de un proceso con todas las garantías. Como ha reiterado la jurisprudencia del TS, la firmeza de la sentencia es un momento límite, desde el cual la prescripción del delito cede paso a la prescripción de la pena (SSTS 907/95, de 22 de septiembre, y 1211/97, de 7 de octubre).

(3) Sirviéndonos de las palabras de NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «La extinción de la responsabilidad penal y la cancelación de antecedentes delictivos», en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal. Parte general*, 2.^a edición, Dykinson, Madrid, 2015, p. 1.031. Más adecuada, desde luego, parece la definición de Díez RIPOLLÉS: «La prescripción de la pena, por su parte, extingue la responsabilidad criminal debido al transcurso de un determinado plazo de tiempo desde la imposición firme de la pena, o desde la interrupción de su cumplimiento, sin que la pena se ejecute o se acabe de ejecutar». «Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena», *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 2, 2008, p. 4.

(4) Así, RAMOS GANCEDO, D., «Artículo 133», en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Director), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, BOSCH, Barcelona, 2007, p. 990.

(5) Ampliamente, *vid.* Díez RIPOLLÉS, J.L., «Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena», *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 2, 2008, pp. 4-6.

El transcurso de los plazos legales sin que el penado venga dando efectivo cumplimiento a la pena impuesta por un tribunal sentenciador, bien porque no haya iniciado todavía la ejecución, bien por haber quebrantado la condena cuando ya hubiese comenzado el cumplimiento y no volver a cumplir nada más después, hará que decaiga la utilidad y necesidad de la ejecución de la sanción desde el plano preventivo, sin perder de vista las razones que emanan del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), que también se oponen a una ejecución retardada del castigo penal(6). En su STS 921/2001, de 23 de mayo, declara la Sala de lo Penal del Alto Tribunal que «la prescripción de la ejecución de la pena tiene un fundamento jurídico-material. Se trata de la pérdida de sentido de la ejecución de la pena cuando el hecho ha sido olvidado y cuando el tiempo transcurrido ha transformado también al condenado. Por esta razón no cabe pensar en un fundamento de naturaleza procesal o mixta, como ocurre en el caso de la prescripción de la acción o del delito».

Entre la doctrina, afirma algún autor que la prescripción de la pena «tiene mucha menor importancia, interés e incluso trascendencia práctica que la prescripción del delito»(7); pero esa aserción, en nuestra opinión, no puede predicarse respecto del concurso de penas que, por la comisión de diferentes hechos, exigen de su cumplimiento sucesivo. No es aventurado que afirmemos entonces que en lo referido al concurso material de infracciones tiene mayor importancia, o al menos plantea un número superior de incógnitas a despejar, luego lo veremos, la figura de la prescripción de la pena sobre la institución de prescripción del delito o delitos. En cualquier caso, como advirtiera tiempo atrás Antón Oneca(8), y no le faltaba razón, es más raro que una vez sentenciados los hechos queden las penas sin ejecutar, que el que las infracciones queden sin perseguir.

Los plazos de prescripción de las penas, que irán en función de su naturaleza y duración, de acuerdo con la clasificación tripartita que recoge el art. 33 CP, son sensiblemente superiores a los de la prescripción del delito, «entre otras cosas, porque quien ha sido ya condenado

(6) Sobre el fundamento de la prescripción de la pena, presenta las diferentes posturas doctrinales al respecto CARDENAL MONTRAVETA, S., *La prescripción de la pena tras la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch [recurso digital], Valencia, 2015, pp. 18 y ss.

(7) QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal*, 3.ª edición, con la colaboración de FERMÍN MORALES PRATS y JOSÉ MIGUEL PRATS CANUTS, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001, p. 772.

(8) ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, 2.ª edición, anotada y puesta al día por JOSÉ JULIÁN HERNÁNDEZ GUIJARRO y LUIS BENEYTEZ MERINO, Akal, Madrid, 1986, p. 615.

en sentencia firme ha visto afirmada su responsabilidad criminal positivamente, cosa que no puede decirse del autor supuesto de un delito no juzgado», como indica Quintero Olivares(9). A juicio de Gili Pascual, que se trate de plazos más largos «se explica por el mayor impacto que en la conciencia social ostenta la responsabilidad penal ya efectivamente declarada frente a los casos en los que no se ha desvirtuado aún la presunción de inocencia». Según este autor, «descansa, en consecuencia, en la mayor persistencia en la *necesidad de pena* en estos supuestos (tanto por razones de prevención general como especial)»(10).

Por lo tanto, podemos decir que en la prescripción de la pena partimos de que un tribunal ha proclamado en una resolución condenatoria firme la necesidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos, por cuanto ha quedado probada la culpabilidad del acusado; mientras que en la sede de la prescripción de la acción punible ni siquiera se habrá enervado el derecho a la presunción de inocencia, habiendo transcurrido un lapso de tiempo considerado lo suficientemente dilatado por el legislador desde la realización de los hechos sin que un órgano judicial haya incoado un proceso penal contra la persona sobre la que existen indicios de la comisión de una infracción.

En el apartado primero del art. 133 CP se fijan los plazos de prescripción de las penas impuestas por sentencia firme. Según la redacción vigente del texto penal, el plazo más bajo de prescripción es de un año, para las penas leves, y el máximo es de 30 años, previsto en este caso para las penas de prisión «por más de 20 años»(11). Este último término fue establecido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que elevó hasta esa cifra el tope superior anterior, situado en origen por la LO 10/1995 en 25 años (para las penas de prisión de quince o más años). Extraordinariamente, las penas derivadas de la

(9) QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal*, 5.ª edición, con la colaboración de FERMÍN MORALES PRATS, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 692-693.

(10) GILI PASCUAL, A., «Artículo 133», en GÓMEZ TOMILLO, M. (Director), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo I. Parte general. Artículos 1-137*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1.120.

(11) De conformidad con lo dispuesto por el art. 133.1 CP vigente, «las penas impuestas por sentencia firme prescriben: A los 30 años, las de prisión por más de 20 años. A los 25 años, las de prisión de 15 o más años sin que excedan de 20. A los 20, las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15. A los 15, las de inhabilitación por más de seis años y que no excedan de 10, y las de prisión por más de cinco años y que no excedan de 10. A los 10, las restantes penas graves. A los cinco, las penas menos graves. Al año, las penas leves».

realización de algunos delitos especialmente graves no prescribirán nunca, al igual que sucede con ciertas infracciones, que son imprescriptibles. En este sentido, como excepción a la regla general, el legislador de 1995 dispuso en el art. 133.2 CP que las penas impuestas por los delitos de genocidio no prescribirían en ningún caso. Con la LO 15/2003 se ampliaron los supuestos de imposible prescripción a las penas provenientes de los delitos de lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (previsión de la que se exceptuaron, sin embargo, los delitos a que se refiere el art. 614 CP con la LO 5/2010, de 22 de junio). Por último, en el año 2010, se incluyeron dentro de ese catálogo las penas impuestas por delitos de terrorismo en los que se hubiera causado alguna víctima mortal(12).

Tras su incorporación por la LO 1/2015, de 30 de marzo, como pena de duración indeterminada, parece que la pena de prisión permanente revisable no podrá prescribir jamás, aunque expresamente no se prevea su carácter imprescriptible en el art. 133.2 CP, dado que la mayoría de los delitos con ella conminados lo son, y que formalmente el legislador solo se refiere a la prescripción de la pena de «prisión»(13), sin matices; si bien, algún autor ha defendido que su plazo de prescripción debe ser el de 30 años «en coherencia con idéntica problemática en sede de prescripción del delito castigado con pena de prisión permanente revisable»(14). A la misma conclusión puede llegarse, según parte de la doctrina, entendiéndose que se trata de una pena de prisión de duración superior a 20 años(15).

Ni que decir tiene, por otro lado, que las penas accesorias prescribirán al mismo tiempo que las principales a las que acompañen, por

(12) La redacción del art. 133.2 CP es la siguiente: «Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.

Tampoco prescribirán las penas impuestas por delitos de terrorismo, si estos hubieren causado la muerte de una persona».

(13) CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 238; la misma, *Derecho penitenciario*, 4.ª edición, Tirant lo Blanch [recurso digital], Valencia, 2016, p. 111.

(14) BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Extinción de la responsabilidad penal», en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 184.

(15) CASALS FERNÁNDEZ opina que, en correspondencia con el contenido del art. 131.1 CP, la pena de prisión permanente revisable prescribe a los 30 años. *La prisión permanente revisable*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, p. 170.

depender su eficacia y virtualidad de ellas. Las penas accesorias impropias –medidas del art. 48 CP, en relación con lo previsto en el art. 57 CP– pueden prescribir con autonomía propia, como bien pone de manifiesto Ramos Gancedo(16).

Para determinar el plazo de prescripción de la pena habrá de tomarse en consideración la sanción efectivamente impuesta al condenado en sentencia, realmente ejecutable, y no la pena en abstracto o pena típica que asigna el legislador a una determinada conducta en la ley, a diferencia de lo que sucede para el cómputo de la prescripción de los delitos(17). La redacción legal, al menos en este punto, no deja lugar a la duda, pues habla expresamente el art. 133.1 CP de las «penas impuestas por sentencia firme». En este sentido se ha pronunciado también la Sala de lo Penal del TS español, entre otras, en su sentencia 921/2001, de 23 de mayo: «No resulta adecuada al fundamento de la prescripción de la ejecución de la pena condicionarla al tiempo de duración fijado en abstracto, dado que no es la pena en abstracto lo que pierde sentido por el transcurso del tiempo, sino que lo decisivo es la pena realmente impuesta». Tal idea, con Ragués i Vallès(18), per-

(16) RAMOS GANCEDO, D., «Artículo 133», en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Director), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, BOSCH, Barcelona, 2007, p. 991.

(17) En relación con el art. 115 del Código de 1973, que también se refería a la prescripción de las penas impuestas por sentencia firme, DEL TORO MARZAL, A., «Artículo 115», en CÓRDOBA RODA, J., RODRÍGUEZ MOURULLO, G., DEL TORO MARZAL, A. y CASABÓ RUIZ, J. R., *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Ariel, Barcelona, 1972, p. 694; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., «Artículo 115», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coords.), *Código Penal comentado*, Akal, Madrid, 1990, p. 303. Del vigente, GUINARTE CABADA, G., «De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos», en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I (Arts. 1 a 233)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 686; MORALES PRATS, F., «De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos», en QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2.ª edición, Elcano (Navarra), 2001, pp. 637 y ss.; LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª edición revisada y puesta al día con la colaboración de M.ª DOLORES FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 140-141; GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *La prescripción en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 258; RAMOS GANCEDO, D., «Artículo 133», en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Director), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, BOSCH, Barcelona, 2007, p. 990; RAGUÉS i VALLÈS, R., «La inaplazable reforma de la prescripción de la pena: razones y propuestas», en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. (Director), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, p. 547; GILI PASCUAL, A., «Artículo 133», en GÓMEZ TOMILLO, M. (Director), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo I. Parte general. Artículos 1-137*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1.120.

(18) RAGUÉS i VALLÈS, R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 200.

mitirá que, en el caso de imposición de diversas penalidades, cada una de ellas se rija por su propio plazo prescriptivo, de acuerdo con su gravedad particular.

Más polémica, sin duda, es la cuestión de si los plazos de prescripción deben venir determinados por la pena nominal, esto es, por la que aparece expresada en su clase y cuantía en el fallo condenatorio, o, por el contrario, por la pena de cumplimiento, es decir, por la magnitud de pena resultante de descontar de la primera los periodos de prisión preventiva y detención sufridos por el penado, así como el tiempo correspondiente a los indultos parciales que le fueran concedidos al reo y, en caso de quebrantamiento, también el tiempo cumplido efectivamente(19). Otpar por una u otra solución repercutirá sobre los

(19) A favor de tomar la pena pendiente de cumplimiento, por todos: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Artículo 115», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coords.), *Código Penal comentado*, Akal, Madrid, 1990, p. 304.; MORALES PRATS, F., «De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos», en QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2.^a edición, Elcano (Navarra), 2001, p. 659; BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Extinción de la responsabilidad penal», en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 183; MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Causas que extinguen la responsabilidad penal», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coordinador), *Memento práctico penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 733. Por otro lado, TÉLLEZ AGUILERA se muestra partidario de admitir los descuentos únicamente en el caso del indulto, porque «en estos supuestos ha de estarse a la pena resultante (por disminución o conmutación), operando como si ésta fuera una nueva pena, criterio que es el asumido por nuestro Ordenamiento jurídico en materia de ejecución penal, concretamente a los efectos de realizar los cómputos necesarios para obtener la libertad condicional (art. 193 del Reglamento Penitenciario)»; pero no por prisión preventiva o por abono de medida de seguridad, por cuanto, en su opinión, «aquí no hay una reducción nominal de la pena, la cual, con independencia del tiempo que le reste por cumplir de la misma al penado, tiene la duración que se fijó en la sentencia». «Un estudio a la luz de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional (STC 97/2010, de 15 de noviembre)», *La Ley Penal*, n.º 85, septiembre 2011, pp. 2-3. DíEZ RIPOLLÉS señala que debe tenerse en cuenta el indulto, pues «la pena resultante de un indulto parcial pasa a ser pena concreta nominalmente impuesta». Reflexiona el autor, seguidamente, que «si en casos de quebrantamiento no se descuenta el tiempo ya cumplido, es injustificado que se descuente el tiempo pasado en prisión preventiva». *Derecho penal español. Parte general*, 4.^a edición, Tirant lo Blanch [recurso digital], Valencia, 2016, p. 825. En contra de operar con la pena pendiente de ejecución, MAPELLI CAFFARENA recurre al tenor del art. 133 CP, que se refiere a la pena nominal y «no a la que hay que ejecutar después de someter aquella a una serie de consideraciones ajenas a la prescripción». Añade un argumento de justicia material: «Considerando la pena real, no podría entenderse que para quien huye de la prisión se tenga en cuenta la pena total impuesta sin descontar el tiempo cumplido antes de huir y para los preventivos sí se descuente». *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a edición, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 443.

plazos de prescripción, que podrían verse reducidos notablemente si se resuelve a favor de la alternativa indicada en último lugar. Siguiendo en este punto a Gili Pascual(20), tomar la pena pendiente de ejecución vendría justificado, más allá de que, de ser otra la solución, sería posible que el sujeto que ha cumplido al menos una parte de la condena vea incomprensiblemente extinguida su responsabilidad criminal después de quien no cumplió nada, por el hecho de que la extinción parcial de la responsabilidad por alguna de esas razones legales (abono de prisión preventiva, indulto parcial o cumplimiento) volvería a ser tenida en cuenta a los efectos de otra causa extintiva. En este sentido se pronunciaba también Álvarez García(21) en su comentario al art. 115 CP 1973: la parte de condena cumplida se hallaría ya extinta por su cumplimiento.

En los casos mencionados ya se tendrá extinguida parcialmente la sanción, de modo que carece de todo sentido (y utilidad) obligar al reo a cumplir/extinguir de nuevo esa parte (se incurriría en un doble cumplimiento). Particularmente, el caso del indulto es más claro todavía, porque se trata de una causa de extinción total de la responsabilidad penal (art. 130.1.4.º CP). Como la porción de pena cumplida o extinguida es una realidad jurídica con sus propios efectos, habrá disminuido en su correspondiente proporción la necesidad de cumplimiento de la pena(22). Una excepción, no obstante, la constituye la figura de la libertad condicional, que con la LO 1/2015 pasó a ser considerada por el legislador como una modalidad de suspensión de la ejecución de la pena, de forma que, en caso de ser revocada, el tiempo de libertad condicional disfrutado por el reo no podrá tenerse en cuenta a los efectos de configurar el término de la prescripción(23).

(20) GILI PASCUAL, A., «Artículo 133», en GÓMEZ TOMILLO, M. (Director), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo I. Parte general. Artículos 1-137*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1.120.

(21) ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Artículo 115», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coords.), *Código Penal comentado*, Akal, Madrid, 1990, p. 303.

(22) De esta forma, RAGUÉS i VALLÈS, R., «La inaplazable reforma de la prescripción de la pena: razones y propuestas», en FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (Director), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutiu Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, p. 550.

(23) MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Causas que extinguen la responsabilidad penal», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coordinador), *Memento práctico penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 733. Con carácter general, sobre la configuración que dio la LO 1/2015 a la libertad condicional puede verse MATA y MARTÍN, R.M., «Ámbitos de la ejecución penitenciaria afectados por la reforma del Código Penal. A propósito de la LO 1/2015», *Diario La Ley*, n.º 8713, 2016, pp. 10 y ss.

La forma de computar los plazos de prescripción se regula en el art. 134 CP. En su primer apartado se reproduce el texto del párrafo segundo del art. 116 CP 1973(24), si bien, lo cierto es que el legislador de la democracia se separó de la normativa anterior al no prever como causa expresa de interrupción de la prescripción la comisión de nuevos delitos por el penado antes de haber completado el tiempo prescriptivo. En la actualidad, y no es una cuestión baladí, desde la entrada en vigor de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, no existen causas tasadas de interrupción de la prescripción de la pena(25), aunque sí de suspensión de los plazos, para algunos casos concretos, desde el 1 de julio de 2015, fecha de entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo. Sin embargo, este marco legal no viene siendo impeditivo para que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del TC (entre sus resoluciones más relevantes, SSTC 97/2010, de 15 de noviembre, y 12/2016, de 1 de febrero) atribuyan al cumplimiento de la pena la consideración de causa natural de interrupción de la prescripción(26).

Defensor de la tesis favorable a la interrupción provocada por el cumplimiento es, entre otros autores, Gili Pascual(27): entender – según escribe– que el cumplimiento es una causa implícita o *in natura* de interrupción se deriva del establecimiento por el legisla-

(24) Al respecto, véase ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., «Artículo 116», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coords.), *Código Penal comentado*, Akal, Madrid, 1990, pp. 306-307.

(25) En este sentido, decía MIR PUIG que «el CP actual no contempla, en cambio, esta posibilidad. Hay que entender ahora que la prescripción de la pena no puede interrumpirse». *Derecho penal. Parte general*, 8.ª edición, Reppertor, Barcelona, 2008, p. 763.

(26) De esta opinión, por todos, GUINARTE CABADA, G., «De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos», en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen 1 (Arts. 1 a 233)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 688; MORALES PRATS, F., «De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos», en QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2.ª edición, Elcano (Navarra), 2001, p. 661; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas 1/2015 de 30 de marzo y 2/2015 de 30 de marzo*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 345; BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Extinción de la responsabilidad penal», en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 184. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE señalaban, por su parte, que cabe interpretar que el cómputo quedará en suspenso, «con el efecto de que no se perderá el tiempo anterior». *Lecciones de Derecho penal*, Volumen 1, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 231.

(27) GILI PASCUAL, A., «Artículo 134», en GÓMEZ TOMILLO, M. (Director), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo I. Parte general. Artículos 1-137*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1.123.

dor de un *dies a quo* alternativo en el art. 134.1 CP. Si no fuera así, en su opinión, nada impediría que las penas prescribieran mientras se están cumpliendo. El cumplimiento, eso sí, debe ser entendido en sentido material y no puramente formal(28). Como principal efecto de esa hermenéutica, el inicio o reinicio de la ejecución provocará que no corran los plazos de prescripción de la pena que se está cumpliendo.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, introdujo en el apartado segundo del art. 134 CP una cláusula conforme a la cual los plazos de prescripción de las penas quedarán en suspenso en dos supuestos específicos: a) durante el periodo de suspensión de la ejecución de la pena, y b) durante el cumplimiento de una pluralidad de penas de ejecución sucesiva *ex art. 75 CP*. La segunda disposición será objeto de estudio posterior en esta contribución. Con esa maniobra, el legislador trató de zanjar las múltiples controversias que para la doctrina científica y la jurisprudencia provocaba en tales escenarios la ausencia de causas legales de paralización o de interrupción de los plazos prescriptivos(29).

El *dies a quo*, es decir, el momento de inicio del cómputo del término prescriptivo, de acuerdo con lo previsto en el art. 134.1 CP, es la fecha de la sentencia firme(30), siempre que no hubiera tenido

(28) RAGUÉS i VALLÈS, R., «La inaplazable reforma de la prescripción de la pena: razones y propuestas», en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. (Director), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, p. 551.

(29) En opinión de LÓPEZ LÓPEZ, «nuestro legislador olvidó –en alusión al cumplimiento sucesivo– adaptarlo a las reglas de prescripción de las penas que él mismo estableció, omitiendo toda referencia a las posibles causas de suspensión o interrupción del plazo legalmente señalado». «Ejecución penal y analogía», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 25, 2011, p. 12.

(30) Al tener que estarse a la fecha de la sentencia firme, no es posible sostener que debe tomarse en cuenta la fecha de la sentencia de instancia, aunque sin duda esa solución comportaría un resultado más beneficioso para el penado. Una interpretación tal, de acuerdo con GILI PASCUAL, queda vedada por la ley, y ni siquiera puede suscribirse como propuesta de *lege ferenda*. Reconoce el citado autor, no obstante, que, por un lado, «el tiempo necesario para que remitan los efectos antijurídicos de la infracción es el mismo existan o no actuaciones procesales en curso y, por otro, la incerteza “a priori” del plazo que finalmente será necesario para la prescripción es algo que debe siempre valorarse negativamente». Asimismo, según reflexiona, «estamos en este caso ante un supuesto de postergación de los que, no explicándose directamente desde el fundamento de la institución –lo que debe constituir la regla general–, encuentra sin embargo una justificación plausible en la que debe ser la única excepción válida a aquella regla: lo coherente desde el fundamento de la institución no puede pasar por alto los presupuestos necesarios para garantizar la viabilidad práctica de la actividad de la Administración de Justicia. Y resulta evidente que fijando el inicio de la prescripción en la sentencia definitiva se anularía, “de facto”, la protección

lugar ninguna actividad ejecutiva, o el quebrantamiento de la condena, debiendo de estarse, en este caso, al momento en el que materialmente se produzca aquel, cuando hubiese empezado a cumplirse la sanción. Como vemos, son dos los momentos distintos, alternativos, en que puede empezar a correr el plazo de prescripción(31). Por sentencia firme debe entenderse aquella contra la que no cabe ningún recurso ordinario, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la ley (arts. 245.3 LOPJ y 141 LECrim). Es la fecha concreta de la sentencia la que debe tomarse en cuenta, y no la de su notificación al penado, o a su representación procesal, ni tampoco la fecha del auto por el que se declare la firmeza, en tanto en cuanto que ello supondría alargar el momento de inicio de la prescripción en perjuicio del condenado(32).

La iniciación del cómputo de prescripción es automática, produciéndose tan pronto como la resolución gane firmeza, con independencia de que se haya o no notificado al reo, o bien tendrá lugar desde que efectivamente se produjera el quebrantamiento de la condena. El plazo se computará a partir de la penalidad nominal o de la pena pendiente de cumplimiento, como antes se ha dicho, en función de la situación de que se trate. Por algún autor se ha suscitado la duda de si, en los casos de concesión de un indulto parcial al penado, se mantendría el *dies a quo* en la fecha de la firmeza de la sentencia o, en cambio, este pasaría a ser la fecha de notificación de la decisión gubernativa por la que se concede, aspecto que, en nuestra opinión, no es necesario abordar porque viene resuelto claramente

de los bienes jurídicos frente a toda agresión conminada con una pena lo suficientemente breve como para ser susceptible de prescribir antes de que aquella sentencia pudiese alcanzar firmeza». *La prescripción en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 168.

(31) Como tercer *dies a quo*, algunos autores refieren el momento de suspensión de la ejecución de la pena acordada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria debido a la apreciación en el penado, con posterioridad a la firmeza de la sentencia, de un trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena o penas impuestas (art. 60 CP). Por todos, GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 167 y 175; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 9, 2007, p. 13; TÉLLEZ AGUILERA, A., «La prescripción de las penas. Un estudio a la luz de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional (STC 97/2010, de 15 de noviembre)», *La Ley Penal*, n.º 85, septiembre 2011, p. 6.

(32) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena», *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 2, 2008, p. 9, porque «es a partir de ese momento que no cabe recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario, salvo el de revisión».

por la redacción penal sustantiva(33). Por otro lado, a falta de especificación legal, debe entenderse que los sucesivos periodos de prescripción son acumulables, dado que esta interpretación, frente a otras posibles, es sin duda la más favorable para el penado(34).

La prescripción de la pena provocará que el reo quede exonerado de su cumplimiento. La falta de ejecución real durante el tiempo predeterminado legalmente obligará a las autoridades a renunciar a exigir del reo el cumplimiento de sus responsabilidades penales, aunque la prescripción pueda deberse en muchos casos no a un deficiente funcionamiento de la Administración de justicia, sino a que el condenado se haya sustraído al órgano judicial(35). Cuando llegue el *dies ad quem*, la prescripción no precisa ser declarada judicialmente para desplegar su eficacia. «La resolución judicial que proclama la prescripción lo hace con efectos *ex tunc* y no *ex nunc*; es decir, no tiene eficacia constitutiva, sino declarativa» (STS 704/2016, de 14 de septiembre). Como la prescripción extingue la responsabilidad penal, con ello lo hará también la relación penitenciaria en el caso del condenado a penas privativas de libertad de cumplimiento carcelario(36).

(33) A favor de ello, no obstante, DIEZ RIPOLLÉS, J. L., «Algunas cuestiones sobre la prescripción de las penas», *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 2, 2008, pp. 9, 16 y ss. Decididamente en contra, TÉLLEZ AGUILERA, A., «La prescripción de las penas. Un estudio a la luz de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional (STC 97/2010, de 15 de noviembre)», *La Ley Penal*, n.º 85, septiembre 2011, p. 6: «Creo que la misma no es asumible por atentar de nuevo al tenor literal de un precepto del Código penal cuyas lagunas no pueden pretender integrarse por preceptos de la Ley de Indulto o de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas, de menor jerarquía normativa que el Código penal».

(34) Así, entre otros, GUINARTE CABADA, G., «De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos», en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I (Arts. 1 a 233)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 688; DIEZ RIPOLLÉS, J.L., «Algunas cuestiones sobre la prescripción de las penas», *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 2, 2008, pp. 14 y ss.; GILI PASCUAL, A. «Artículo 134», en GÓMEZ TOMILLO, M. (Director), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo I. Parte general. Artículos 1-137*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1.123.

(35) Como bien indica RAGUÉS I VALLÈS, R., «La inaplazable reforma de la prescripción de la pena: razones y propuestas», en FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (Director), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Consistorio Criminális Carolina, Oviedo, 2013, p. 548.

(36) CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho penitenciario*, 4.ª edición, Tirant lo Blanch [recurso digital], Valencia, 2016, p. 135.

II. LAS PENAS DE CUMPLIMIENTO SUCESIVO IMPUESTAS POR LA COMISIÓN DE DOS O MÁS DELITOS

En los arts. 73 y ss. CP encontramos las disposiciones relativas a la determinación de la pena para las hipótesis de concurso de delitos y de delito continuado(37). El principio penalizador básico imperante en materia de pluralidad delictiva, vinculado al concurso real, desde prácticamente los primeros frutos de la codificación española(38), es la acumulación material o absoluta de todas las penas impuestas, hoy recogida en los arts. 73 y 75 CP. Según la enunciación clásica de la regla acumulativa pura, identificada con la máxima latina «*quot delicta, tot poenae*», al responsable de dos o más infracciones le corresponderá, bajo una consideración de justicia estricta, la imposición y el cumplimiento de tantas penas cuántos sean los delitos cometidos, para su ejecución simultánea o sucesiva, en caso de no ser posible la primera(39).

La acumulación material debe ser entendida como un sistema único que comprende en realidad dos modalidades diferentes de cumplimiento(40), encauzadas ambas a hacerla posible y sin reducciones penológicas: simultáneo y sucesivo, cuya operatividad es subordinada por el legislador a la naturaleza y efectos de las penas en concurso. Acumular consiste, muy básicamente, en adicionar, previa su individualización, las penas impuestas al responsable de los diversos delitos. Reza el art. 73 CP que «al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infrac-

(37) MIR PUIG estima que hay concurso de delitos «cuando un hecho constituye dos o más delitos o cuando varios hechos de un mismo sujeto constituyen otros tantos delitos, si ninguno ha sido cometido después de haber recaído condena por alguno de ellos». *Derecho penal. Parte general*, 8.ª edición, Reppertor, Barcelona, 2008, p. 646.

(38) Sobre la evolución histórico-legislativa del régimen de punición del concurso de infracciones en España, pueden verse GALLEGO DÍAZ, M., *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código Penal*, Ediciones ICAI, Madrid, 1985, pp. 426 y ss.; SANZ MORÁN, A. J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1986, pp. 174 y ss.; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos*, Editorial Reus, Madrid, 2020, pp. 9 y ss.

(39) NISTAL BURÓN, J., «El artículo 76 del Código Penal. Alcance de la regla de la “acumulación jurídica” (A propósito del Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2.ª de 28 junio de 2012, rec. 99/2012)», *Diario La Ley*, n.º 8025, 18 de febrero de 2013, p. 2.

(40) BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Aplicación y determinación de la pena», en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª edición, Tirant lo Blanch [recurso digital], Valencia, 2016, p. 116.

ciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas».

Aunque, como vemos, el criterio legal es conducente a tomar en consideración la naturaleza y los efectos de las penas para determinar qué sanciones son simultaneables entre sí y cuáles no, en realidad, los efectos gozan (o así debería ser) de mayor trascendencia que la naturaleza, pues es perfectamente posible que penas de diferente clase resulten incompatibles para su simultaneidad si coinciden sus efectos, siquiera parcialmente, como reconoce con acierto un autorizado sector de la doctrina(41). De acuerdo con esta idea, podrán acumularse simultáneamente las penas de la misma o de diferente naturaleza que a causa de un cumplimiento simultáneo no se vean desprovistas, en todo o en parte, de su contenido aflictivo. Si se produce un solapamiento de los efectos que provocan, el cumplimiento de las penas debe ser sucesivo.

A pesar de lo dicho, lo cierto es que viene defendiéndose por algunos autores una especie de regla de compatibilidad general, por cuanto, aunque, por ejemplo, el cumplimiento coincidente de una pena de prisión con una pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor no parece materialmente viable, salvo que se quiera que la sanción de menor gravedad, la privativa de derechos en este caso, resulte ilusoria(42), existen salidas temporales del centro penitenciario y fases de cumplimiento de la pena de prisión con vida en semilibertad, en las que el reo podría ejercitar sin ningún tipo de restricción ese otro derecho si la prohibición no estuviera activa e imperativamente debiera comenzar a desplegar sus efectos desde la extinción de la privación de libertad de cumplimiento preferente(43). Razones por las cuales se propone que el cumplimiento sea simultáneo.

(41) De esta forma: RUEDA NEIRA, R. R., *Parte artística del Código Penal vigente. Estudio teórico y práctico de las reglas de aplicación de penas*, Imprenta de José M. Paredes, Santiago, 1890, p. 118; GALLEGO DÍAZ, M., *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código Penal*, Ediciones ICAI, Madrid, 1985, p. 428; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «El cumplimiento y determinación de las penas impuestas a un mismo sujeto», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Coord.), *La aplicación práctica del incidente de acumulación de condenas*, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, p. 26.

(42) Bien establecía el art. 76 CP 1850, en este sentido, que el sentenciado sufriría sus condenas en orden sucesivo cuando el cumplimiento simultáneo no fuera posible «o si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas».

(43) Por todos, BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Aplicación y determinación de la pena», en GRACIA MARTÍN, L. (Coordinación), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 268.

Las penas incompatibles, como sucede señaladamente con varias penas privativas de libertad, deberán cumplirse sucesivamente por el penado siguiendo un orden de gravedad decreciente o descendente(44). Lo indica en estos términos el art. 75 CP: «Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible». En la actualidad, desde la entrada en vigor del CP de 1995, no se incluye entre el articulado ninguna escala tendente a fijar el orden de realización sucesiva de las sanciones, como sí que sucedía con los Códigos de 1870, 1928, 1932, 1944 y 1973 (aunque solamente contenían penas privativas o restrictivas de la libertad y, en su caso, también la pena de muerte); de modo que debe quedar al criterio del aplicador de la ley, siempre respetando la opción legítima del legislador y tratando de salvaguardar la finalidad de cada sanción, determinar el modo y orden de ejecución(45).

La regla de cumplimiento sucesivo, a nuestro modo de ver, encuentra plena justificación. Es lógico que si dos o más penas no pueden cumplirse coetáneamente o al mismo tiempo, deban ejecutarse unas en pos de las otras, y comenzando la ejecución, además, por la más grave de todas, ya por su intensidad, ya atendiendo a su duración. Admitir la simultaneidad como principio o regla universal, sin matices, extendiéndola a penas que realmente no lo son, haría que todos los castigos en concurso se agotaran en uno solo, en el más grave, que sería el único que el penado terminaría en la práctica por cumplir.

El funcionamiento del criterio asentado en el art. 75 CP, aunque se plantean ciertos problemas a la hora de seleccionar la pena más grave, es decir, aquella por la que debe comenzar la ejecución encadenada, sobre todo cuando se trata de penas heterogéneas, no es excesivamente complicado. En lo fundamental, el penado iniciará el cumplimiento por la pena más grave y, una vez cumplida aquella, continuará por la siguiente, repitiendo la operación hasta la total extinción de la condena nominal, o hasta alcanzar el máximo de efectivo cumplimiento del art. 76.1 CP que, en el caso concreto, fije el sentenciador. La sucesión en el cumplimiento lo es respecto de las penas, más graves, ya cumplidas.

(44) Vid. VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos*, Editorial Reus, Madrid, 2020, p. 61.

(45) MATA y MARTÍN, R.M., *Fundamentos del sistema penitenciario*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 100.

Algunos autores recurren para fijar el orden de ejecución a la gradación del art. 33 CP(46), pero ello traería consigo, de mantenerse invariablemente, consecuencias anómalas, tales como, por ejemplo, que, atendiendo en exclusiva a la duración de las penas, debiera cumplirse antes una pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años (pena grave), que una pena de prisión inferior a cinco años de duración (menos grave), entendiéndose, claro, que entre ellas son de cumplimiento sucesivo. En nuestra opinión, entre las penas de diferente naturaleza, las privativas de libertad son más graves que el resto, por el bien jurídico al que afectan, y entre las de igual clase, o las que compartan idéntica forma de ejecución, el criterio a seguir debe ser el de su duración temporal(47).

Una ejecución sucesiva sin límites, o con el único límite de la vida humana, podría llevar a consecuencias draconianas. Nada impediría, si el tiempo de cumplimiento sucesivo pudiera prolongarse *ad infinitum*, aunque ello fuese consecuencia de la reiterada conducta contraria a derecho del responsable de los delitos, que se franqueasen los límites de la existencia humana, o sea, que la suma de varias penas excediera muy sobradamente de los años que al penado, con los mejores pronósticos, le quedan aún por vivir cuando es condenado. Igualmente, la larga duración del castigo penal haría del todo ineficaz la finalidad reeducadora de la pena; y asimismo, por acumulación, varios delitos de poca entidad podrían ser castigados más severamente que una infracción mucho más grave, conculcando el principio de proporcionalidad. Por esas razones, además del desprestigio que suponía, resultado del mandato acumulativo, la posibilidad de aplicar penas de duración excesiva y desmesuradas para los tribunales y la propia ley penal con el CP de 1848/1850, como señalaran los primeros comentaristas de nuestra codificación(48), desde el texto criminal

(46) Sin ánimo de exhaustividad: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «La aplicación de la pena en el nuevo Código Penal de 1995», en GÓMEZ COLOMER, J. L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coordinadores), *La reforma de la justicia penal (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Universitat Jaume I, Castellón, 1997, p. 274; LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª edición revisada y puesta al día con la colaboración de M.ª DOLORES FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tecnos, Madrid, 2002, p. 107; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Director y Coordinador), *Manual de Derecho penal. Parte general*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2017, pp. 383 y 510; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 10.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 527.

(47) Vid. VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos*, Editorial Reus, Madrid, 2020, pp. 62-63.

(48) Véase SALCEDO VELASCO, A., «La refundición de condenas: acumulación de penas», en BUENO ARÚS, F. (Director), *La ejecución de la sentencia penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1994, p. 209. Decía por ejemplo BRU DEL

de 1870 (entonces en su art. 89), el legislador español prevé una serie de límites temporales al cumplimiento sucesivo de las penas incompatibles, que responden a un principio de acumulación jurídica(49).

En su origen, tales límites no lo serían al cumplimiento de las varias penas, sino a su imposición sucesiva; pero desde el CP de 1944 está claro que es así(50). Estos máximos penológicos, hoy día, se conectan más con el mandato de resocialización del art. 25.2 CE y con la prohibición constitucional de las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), aunque su génesis y filosofía, por lo que acabamos de decir, es mucho anterior a la Constitución española del 78.

En efecto, se regulan en el art. 76.1 CP vigente una serie de límites penológicos que no podrán ser excedidos en la ejecución sucesiva de las penas incompatibles para su cumplimiento simultáneo. Estos topes entran en juego para mitigar el rigor de la acumulación absoluta y evitar las penas perpetuas. Según su previsión actual, los términos insuperables de cumplimiento son de dos clases: generales y especia-

HIERRO en relación con el CP 1870, que en muchos casos el cumplimiento simultáneo de las penas no sería posible por la especial naturaleza de algunas de ellas, «y que de cumplirse sucesivamente aquellas cuya índole lo permita resulta en las más de las veces desproporcionada la penalidad, especialmente en el estado actual de la legislación, que establece un término largo en la duración de la pena», para justificar la no imposición de todas ellas y aceptar la acumulación con la agravación conveniente frente a lo que resultaría del axioma *nullus delictus sine poena*. *Estudio sobre la proporción entre la gravedad de los delitos y la de las penas. Memoria premiada con accésit por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el concurso ordinario de 1884*, Tipografía del Asilo de Huérfanos, Madrid, 1885, p. 32.

(49) Por ejemplo, en el FD 2 de la STS 222/2014, de 7 de marzo, se observa: «En las SSTs 748/2012, 4 de octubre, 342/2007, 16 de abril y 881/2007, 29 de octubre, tuvimos ocasión de recordar que la relevancia jurídica del expediente de fijación del límite de cumplimiento de condenas, en el marco de la ejecución de penas privativas de libertad, se justifica por sí sola. La necesidad de arbitrar una fórmula jurídica que modere los inaceptables efectos propios de un sistema de cumplimiento basado en la mera acumulación cuantitativa, está en el origen de los distintos preceptos que, desde el Código Penal de 1870, han introducido límites jurídicos a la idea del cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad. La doctrina histórica ya había aducido, en contra del estricto sistema de acumulación material, razones basadas, de una parte, en el desprestigio en el que podían incurrir unos órganos judiciales capaces de imponer penas superiores a la duración ordinaria de la vida humana. También se recordaba el devastador mensaje dirigido al delincuente, obligado a eliminar toda esperanza de reinserción social y, en fin, el contrasentido que implicaba la posibilidad de llegar a castigar de forma más grave una sucesión de delitos de menor entidad, frente a otros de mucha mayor eficacia lesiva. Es entendible, pues, que los sucesivos Códigos Penales de 1870 (art. 89.2), 1928 (art. 163.1), 1932 (art. 74) y 1944 (art. 70.2), insistieran, con uno u otro matiz, en la fijación de ciertos topes cuantitativos, también presentes en la fórmula que inspira el art. 76.1 del vigente CP».

(50) Al respecto, véase FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Sucesores de Nogués, Murcia, 1947, p. 296.

les. Los generales, a su vez, son también dos: relativo o variable y absoluto. De acuerdo con el primero de los topes ordinarios, el máximo de efectivo cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se impusiera la pena más grave. El límite general absoluto es fijo y se sitúa en 20 años (en el CP de 1973, art. 70.2.^a, era de 30 años). Las penas sobrantes o excedentes de la limitación se declararán extinguidas.

Con carácter excepcional, el límite absoluto de 20 años puede verse superado en algunos casos, en atención a la gravedad de los delitos cometidos y a las penas de prisión con las que estén legalmente sancionados (teniendo en cuenta el grado de ejecución de los hechos según lo resuelto por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del TS de 19 de diciembre de 2012)(51). Los límites especiales, siempre en términos invariables, se establecen en 25, 30 o 40 años, conforme lo dispuesto en las letras a) a d) del art. 76.1 CP(52). Con la LO 1/2015 se introdujo, como letra e) del referido art. 76.1 CP, una previsión expresa para los supuestos en que al menos una de las penas en concurso lo sea de prisión permanente revisable. Para estos casos, no se fija ninguna barrera al cumplimiento sucesivo, de hecho hacerlo sería incoherente, además de incompatible, con la naturaleza de esta pena, sino que resultarán de aplicación, por remisión, los arts. 92 y 78 bis CP, que llevan a un régimen de ejecución más severo que el de la unidad delictiva en algunos escenarios(53).

(51) Puede verse entre las contribuciones más recientes sobre la materia RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., «Cálculo límite máximo cumplimiento de pena de prisión en supuestos de multiplicidad de delitos. Interpretación reglas art. 76.1 CP», *Revista de Derecho y proceso penal*, n.º 57, 2020, pp. 267-270.

(52) Art. 76.1 CP: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.

b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años [...]».

(53) Sobre esta cuestión, véanse MATA y MARTÍN, R. M., «Ámbitos de la ejecución penitenciaria afectados por la reforma del Código Penal. A propósito de la LO 1/2015», *Diario La Ley*, n.º 8713, 2016, pp. 7 y ss.; CASALS FERNÁNDEZ, A., *La pri-*

La limitación del tiempo de cumplimiento sucesivo se obtiene a través de la cláusula de extinción de las penas que excedan del *máximo*, teniéndose por cumplida la condena en su totalidad –para las penas acumuladas– cuando el penado agote el término legal fijado en sentencia o en auto de acumulación de penas (art. 988 LECrim). En muchos casos, es obvio, esta regla especial para la determinación de la pena provocará una importante disociación entre la condena nominal y el tiempo efectivo de su cumplimiento. Los límites de acumulación jurídica se configuran como un beneficio legal de imperativa adopción *pro reo*, cuando de ellos resulte una penalidad inferior a la que se obtendría de la simple suma aritmética de las penas (o sea, por acumulación absoluta). De entre los límites, deberá optar el tribunal por el que resulte menos oneroso para el condenado(54).

Aunque el legislador no disponga qué penas son jurídicamente acumulables, la redacción del art. 76 CP, así como su carácter de disposición general, y la configuración del principio de acumulación jurídica como una excepción a «lo dispuesto en el artículo anterior», o sea, al art. 75 CP, y por tanto a la acumulación absoluta con cumplimiento sucesivo, se prestan a entender que es posible limitar por esta vía el cumplimiento de toda clase de penas, con los únicos requisitos de su temporalidad y coincidencia de efectos. La jurisprudencia del TS, sin embargo, y muy discutiblemente, desde hace tiempo, viene restringiendo la eficacia de los límites únicamente sobre las penas privativas de libertad, excluyendo de su ratio a las de otra especie. Así, encontramos sentencias del TS en las que se declara que «las únicas penas que se acumulan son las privativas de libertad» (SSTS 388/2014, de 7 de mayo, 408/2014, de 14 de mayo, 520/2015, de 25 de junio, 280/2016, de 6 de abril, y 522/2016, de 16 de junio, entre otras); o que «en relación a las penas susceptibles de acumulación conviene tener presente, que el art. 76 del C. penal está previsto únicamente para penas privativas de libertad» (SSTS 207/2014, de 11 de marzo,

sión permanente revisable, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, pp. 160 y ss.; CÁMARA ARROYO, S. y FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La prisión permanente revisable: el caso del humanitarismo penal y penitenciario*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 112 y ss., con detalle de la redacción que incluían los proyectos de reforma del CP y la regulación actual.

(54) Así, DE LAMO RUBIO, J., *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, BOSCH, Barcelona, 1997, pp. 317-318; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», en COBO DEL ROSAL, M. (Director), *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, artículos 24 a 94, Edersa, Madrid, 2000, p. 969; LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena*, 6.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 166.

502/2014, de 20 de junio, 909/2014, de 26 de diciembre, y 89/2015, de 13 de febrero, de un largo etcétera)(55).

Circunscribir los límites temporales de acumulación jurídica únicamente a las penas privativas de libertad consiente dos interpretaciones posibles. Una primera, de acuerdo con la cual el régimen de cumplimiento sucesivo sería exclusivamente aplicable a las penas privativas de libertad y a ninguna más; y otra, que lleva a entender que el art. 75 CP contiene una regla general de ejecución, pero que aun existiendo penas no compatibles con las privativas de libertad, no podrá limitarse su cumplimiento *ex art.* 76 CP, en cuyo caso deberían ejecutarse con posterioridad a que el penado haya agotado el tope fijado para ellas. Creemos que es razonable, en ese estado de cosas, concebir que la correcta es la segunda opción, aunque la primera, por llevar a un cumplimiento simultáneo, sería más beneficiosa para el penado; de lo contrario, las penas de naturaleza diferente a las de privación de libertad, sin importar los efectos jurídicos que producen, se cumplirían siempre simultáneamente con estas o entre sí.

En el último Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS (Sala Segunda) sobre la materia de acumulación jurídica, del 27 de junio de 2018, dedicado a la «fijación de criterios en casos de acumulación de condenas», se aclara, entre otros aspectos, que la localización permanente, como pena privativa de libertad que es (art. 35 CP), es susceptible de acumularse con cualquier otra pena de esta naturaleza (privativa de libertad), superando así el criterio por el que se consideraba que únicamente podía acumularse a otras penas de localización permanente, pero no con la pena de prisión o con la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, «dada su diferente naturaleza y sobre todo, posibilidad de cumplimiento simultáneo (art. 75 CP)» (por todas, STS 207/2014, de 11 de marzo).

Dicho Acuerdo extiende también la posibilidad de acumulación y limitación del cumplimiento a las penas cuya ejecución se encuentre suspendida, pero siempre que su inclusión en una acumulación limitada favorezca al condenado. A juicio del TS, eso sucederá cuando «la conclusión es que se extinguen». Esto es, cuando no pueda alterarse con posterioridad y en perjuicio del penado la magnitud del límite fijado, porque no revista la pena suspendida mayor gravedad que otras acumuladas. A los efectos del cumplimiento sucesivo, las penas priva-

(55) Al respecto, véanse, FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *Guía práctica de Derecho penitenciario 2017. Adaptada a la LO 1/2015, de reforma del Código Penal, y a la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito*, Sepín, Madrid, 2016, p. 40; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos*, Editorial Reus, Madrid, 2020, pp. 17 y ss.

tivas de libertad de ejecución suspendida, señala también la Sala en el precitado Acuerdo, se entenderán como las menos graves(56). Este nuevo entendimiento se suma a la posibilidad ya hace años reconocida de que puedan comprenderse en una acumulación penas ya cumplidas (Acuerdo del Pleno de 8 de mayo de 1997), en ese caso concreto, a fin de evitar que un beneficio de configuración legal pueda quedar condicionado por la mayor o menor rapidez en la tramitación de las causas por los tribunales, o por otros avatares procesales que no dependen directamente del reo.

Para que los límites de acumulación jurídica puedan ser aplicados, los diferentes hechos realizados deberán ser objeto de enjuiciamiento unitario, de forma efectiva o en sentido potencial. En el primero de los casos, como un solo tribunal conocerá de todos los delitos en el mismo proceso, la limitación se fijará en la sentencia condenatoria que ponga fin al mismo. Fuera de las hipótesis de unidad real de enjuiciamiento, se exige que las penas recaídas en juicios diferentes lo sean por delitos temporalmente conexos entre sí, en atención a la fecha de su comisión, lo que hace que la eficacia de los topes penológicos no sea, ni mucho menos, absoluta, y ello para evitar la impunidad de futuras infracciones. La exigencia de conexión o de proximidad temporal entre los delitos, que realmente viene a configurar la esencia del concurso real en nuestro sistema jurídico-penal(57), deriva de lo dispuesto en el art. 76.2 CP: «La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar».

En la verificación de si concurre el mencionado presupuesto de conexión temporal, el tribunal deberá relacionar las fechas de comisión de los diferentes hechos con la fecha del dictado de la sentencia

(56) Analiza el contenido del acuerdo VARONA JIMÉNEZ, A., «Luces y sombras del acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala segunda del tribunal supremo de 27 de junio de 2018», *La Ley Penal*, n.º 134, 2018, pp. 6-7 y 9-10. Véanse también SOLAR CALVO, P., *Triple de la mayor y condenas eternas. A propósito del Acuerdo del TS de 27 de junio de 2018*, Editorial Reus, Madrid, 2019, pp. 29 y ss.; y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos*, Editorial Reus, Madrid, 2020, pp. 144 y ss.

(57) De otro parecer, por ejemplo, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 8.ª edición, Reppertor, Barcelona, 2008, p. 652: «El concepto de concurso real no puede depender de que sean aplicables las limitaciones del art. 76 por haber sido juzgados los distintos delitos en un mismo proceso o por haberlo podido ser por su conexión. Existen muchos casos de concurso real a los que no resultan aplicables los límites del art. 76, sino que deben tratarse con arreglo al principio de acumulación material. Los requisitos procesales del número 2 del art. 76 solo afectan al tratamiento del concurso real, no a la presencia de este».

que sirva de base a la acumulación, aquella de la que partirá, que será la más antigua de todas las que se pretendan acumular. En la interpretación del apartado segundo del art. 76 CP, convino el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS en su Acuerdo de fecha 3 de febrero de 2016 que «la acumulación de penas deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las otras sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia. Las condenas cuya acumulación proceda respecto de esta sentencia más antigua, ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las demás sentencias restantes. Sin embargo, si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello. A los efectos del artículo 76.2 CP hay que estar a la fecha de la sentencia dictada en la instancia y no a la del juicio».

Ya con posterioridad, en el referido Acuerdo plenario del 27 de junio de 2018, la Sala II del TS estableció como criterio que «en la conciliación de la interpretación favorable del art. 76.2 con el art. 76.1 C.P., cabe elegir la sentencia inicial, base de la acumulación, también la última, siempre que todo el bloque cumpla el requisito cronológico exigido; pero no es dable excluir una condena intermedia del bloque que cumpla el requisito cronológico elegido». No es aquí el momento ni el lugar, dado que necesitaríamos de muchas más páginas, para entrar en mayores valoraciones al respecto, sino que, simplemente, nos limitaremos a señalar que es posible que el penado elija hoy día la sentencia que servirá de base a la acumulación para comprobar, a partir de ella, si los hechos contenidos en las restantes resoluciones son anteriores y se juzgaron previamente a la misma o con posterioridad. Únicamente cuando sean más antiguos y su fecha de condena no sea, a su vez, anterior a la de la sentencia utilizada como guía, las penas de todos ellos serán acumulables jurídicamente.

En los supuestos de múltiples enjuiciamientos, siempre que concurren los presupuestos conocidos, la limitación se fijará en auto en vía ejecutiva por el último de todos los sentenciadores (art. 988 párrafo tercero LECrim), aunque la pena o penas por él impuestas no sean susceptibles de acumulación con el resto, y tampoco privativas de libertad (punto 10 del Acuerdo de 27 de junio de 2018). Según el estricto criterio de conexión temporal, plenamente consolidado en el CP con la LO 1/2015, aunque la jurisprudencia del TS ya venía posicionándose a favor de un entendimiento tal en detrimento de la

conexidad procesal de los arts. 17 y 988 LECrim mucho antes de la reforma(58), dos clases de hechos quedarán excluidos de la acumulación: por un lado, los ya sentenciados cuando se inicia el periodo de acumulación contemplado, y por otro, los delitos cometidos con posterioridad a la sentencia de referencia (STS 909/2014, de 26 de diciembre, entre otras muchas). Tales exclusiones conllevarán que las penas recaídas por infracciones no conexas con otras no puedan acumularse a los efectos de la limitación del cumplimiento, sino que deberán extinguirse de manera independiente, sin quedar sujetas a la restricción. En ese escenario, es posible que las penas a cuyo cumplimiento se enfrente el penado superen los límites legales de acumulación jurídica y se conviertan *de facto* en condenas a perpetuidad sin posibilidad de revisión. La ausencia de conexidad puede ser total o parcial, no impidiendo nada la conformación de diferentes bloques de penas acumulables, cada uno de los cuales contará, no obstante, con sustantividad propia(59).

La razón de que queden al margen de la acumulación y limitación los hechos mencionados responde a que, ni los unos ni los otros, pudieron haber sido objeto de la misma causa con los contemplados en la sentencia de referencia, porque pertenecen a épocas delictivas diferentes. Se entiende que los hechos son de la misma época cuando no están separados, al tiempo de su realización, por una sentencia condenatoria (STS 364/2006, de 31 de marzo). Para el cierre del ciclo cronológico de acumulación, la fecha que debe tomarse es la de la sentencia de instancia o sentencia definitiva, no la de su firmeza, cues-

(58) Así, por ejemplo, en la STS 78/2020, de 25 de febrero, se dice que «la doctrina de esta Sala ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de la conexidad que exigen los artículos 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 76 del Código Penal para la acumulación jurídica de penas, al estimar que, más que la analogía o relación entre sí, lo relevante era la conexidad “temporal”. Es decir, que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión. En definitiva, lo que se pretende es ajustar la respuesta punitiva en fase penitenciaria, a módulos temporales aceptables que no impidan el objetivo final de la vocación de reinserción a que por imperativo constitucional están llamadas las penas de prisión (Artículo 25 CE) (SSTS 1249/1997, 11/1998, 109/1998, 328/1998, 1159/2000, 649/2004, 192/2010, 253/2010, 1169/2011, 207/2014, 30/2014 o 369/2014 entre otras muchas, y Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 29 de noviembre 2005)». Sobre la interpretación que han mantenido los tribunales del criterio de conexidad, puede verse CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho penitenciario*, 4.^a edición, Tirant lo Blanch [recurso digital], pp. 366 y ss.

(59) Puede verse sobre esta cuestión particular de la formación de diferentes bloques, GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La acumulación jurídica de penas*, Secretaría general de instituciones penitenciarias. Ministerio del Interior, Madrid, 2016, pp. 95 y ss.; VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 185 y ss.

tión que en su momento resultaría muy controvertida pero que resolvió en el sentido aludido el Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS en su Acuerdo del 29 de noviembre de 2005, sin perjuicio de que únicamente puedan acumularse las penas impuestas en una sentencia firme (porque hasta entonces no existen como realidades jurídicas)(60).

El fundamento de las exclusiones se relaciona con exigencias preventivas, en tanto que si no existiese ningún tipo de condición limitativa al principio de acumulación jurídica se generaría un patrimonio de impunidad a favor de quien, sabedor de que ha agotado el tope máximo de cumplimiento, o está próximo a ello, con las penas que ya le han sido impuestas, podría cometer nuevas infracciones que carecerían de repercusión penológica alguna, u obtendría una relevante reducción de la penalidad(61). Siendo las cosas como se ha dicho, no será posible limitar conjuntamente, por la vía del art. 76 CP, el cumplimiento de penas derivadas de hechos cometidos en épocas diferentes, sin perjuicio de que en fase de ejecución existan algunos mecanismos o instituciones que permitan suavizar las condiciones de cumplimiento de condenas, en muchos casos, desproporcionadas y de duración desorbitada.

Para corregir la, en ocasiones, excesiva prolongación del tiempo de privación de libertad, cuando se excedan los topes legales, se ha propuesto recurrir a algunas vías como la concesión de indultos parciales, a los permisos de salida, a la clasificación del interno en tercer grado a partir de un número de años determinado de cumplimiento, coincidente con la limitación hipotética que habría correspondido fijar

(60) Otro criterio, no obstante, ha sido utilizado en alguna ocasión por la Audiencia Provincial de Málaga en supuestos de hechos entre sí conexos pero todavía no juzgados, respecto de los que puede preverse que las penas que recaigan con posterioridad no alterarán el tope acordado, con sustento en tratar de no perjudicar el tratamiento penitenciario del condenado. *Vid.*, sobre ello, NISTAL BURÓN, J., «La acumulación jurídica “a futuro” de penas que aun no han sido impuestas. Su justificación en el tratamiento penitenciario del penado», *Diario La Ley*, n.º 8793, Sección Doctrina, 29 de junio de 2016, pp. 1 y ss.; y ARRIBAS LÓPEZ, E., «Prontuario de la doctrina del Tribunal Supremo en algunos ámbitos de aplicación y ejecución de la pena privativa de libertad», *ADPCP*, Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019, pp. 651 y ss.

(61) Como pedagógicamente se explica en la STS 385/2017, de 29 de mayo, y se reitera en la STS 17/2019, de 22 de enero: «Se produciría el absurdo de quien ya hubiese cumplido una larga condena por asesinato o agresión sexual resultase impune o muy beneficiado en caso de comisión, posterior a su salida de prisión (o durante la misma) de otros delitos similares. Tal pretensión es frontalmente contradictoria con los principios esenciales del derecho penal y con el fundamento y finalidad de las penas». Véase, en todo caso, SUÁREZ LÓPEZ, J. M., «La unidad efectiva o potencial de enjuiciamiento como límite a la aplicación del criterio de acumulación jurídica», *Cuadernos de política criminal*, n.º 76, 2002, pp. 121 y ss.

si los delitos hubieran sido realmente próximos en el tiempo, o al adelantamiento de la libertad condicional (STS 14/2014, de 21 de enero). La eventual prescripción de las penas que no se ejecuten dentro de los plazos legales hábiles, que no pueden cumplirse por estar ejecutándose otras de forma preferente, reduciría también la duración de las condenas que superan los límites del art. 76.1 CP sin posibilidad de contención numérica(62).

En puridad, la regla o principio de acumulación jurídica, a nuestro entender, no es una norma de individualización judicial de la pena, sino de ejecución/cumplimiento. Consiste, de manera muy resumida, en el establecimiento de un límite máximo de efectivo cumplimiento para las penas temporales en concurso de ejecución simultánea inaccesible, que desplegará su eficacia durante la tercera fase del proceso de determinación de la sanción (en su ejecución)(63), aunque la limitación en algunos casos deba acordarse en la sentencia condenatoria (cuando haya un único enjuiciamiento de las diferentes acciones delictivas). Las penas privativas de libertad acumuladas deberán cumplirse sucesivamente, una detrás de otra, respetando su gravedad específica, que en este caso, por ser de la misma naturaleza, vendrá determinada por la duración particular de cada una de ellas, hasta alcanzar el reo el término limitativo de que se trate, estadio en el que la condena se tendrá por cumplida y extinguida la responsabilidad penal.

Es una regla de cumplimiento, a diferencia de lo que sucede con el régimen penológico previsto para otras modalidades concursales presentes en nuestro sistema de consecuencias jurídico-penales, concurso ideal y concurso medial de delitos (y también para el delito continuado), que quedan fuera del sistema acumulativo desde el CP de 1848, y para los que encontramos un conjunto de límites a la imposición de la penalidad, más benevolentes que los del art. 76 CP, en el art. 77 CP, apartados dos y tres respectivamente(64).

(62) Algunas propuestas para corregir estas situaciones se encuentran en RÍOS MARTÍN, J., SÁEZ RODRÍGUEZ, J.A. y PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual jurídico para evitar el ingreso en la cárcel. Estudio doctrinal y jurisprudencial de las alternativas a la prisión*, Comares, Granada, 2015, pp. 182 y ss.; SOLAR CALVO, P., *Triple de la mayor y condenas eternas*, Editorial Reus, Madrid, 2019, pp. 43 y ss.; LACAL CUENCA, P. y SOLAR CALVO, P., «¿Qué hacemos con las condenas largas? Propuestas penitenciarias para minimizar el populismo punitivo», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 31, 2019.

(63) Véase MATA y MARTÍN, R.M., *Fundamentos del sistema penitenciario*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 97 y ss.

(64) Lo que no impide que resulten de aplicación los topes del art. 76 CP de manera subsidiaria e indirecta para el concurso ideal, y de forma expresa para el medial, pues la redacción vigente del art. 77.3 CP *in fine* establece que la pena resultante «no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior».

Para el cómputo de los beneficios penitenciarios, y a los efectos del disfrute por el reo de otras figuras como los permisos de salida o la libertad condicional, indispensables para alcanzar la finalidad de reinserción, sobre un conjunto de penas acumuladas jurídicamente, el límite deberá ser considerado como una magnitud de ejecución independiente o autónoma de las penas a las que englobe el *máximum*, única en definitiva, salvo que se haya aplicado lo dispuesto en el art. 78 CP, caso en el que los cálculos temporales de las fechas con repercusión penitenciaria se realizarían sobre el total aritmético de condena (y no sobre la cifra limitada). Pero todo eso es en la práctica penitenciaria, porque teóricamente, estando ante un concurso real de delitos, según ordena el art. 75 CP, las penas deben cumplirse sucesivamente cuando no puede mantenerse su simultaneidad.

La ausencia de conexidad temporal entre las infracciones impedirá, como sabemos, que sobre las penas privativas de libertad en concurso se aplique alguno de los límites penológicos del art. 76.1 CP. En esos supuestos, al igual que sucederá también cuando sea más favorable para el reo la acumulación sucesiva sin restricciones de duración que la hipotética limitación, porque el límite superaría la suma matemática de las penas individuales, entrará en juego la denominada refundición de condenas del art. 193.2.^a del Reglamento Penitenciario de 1996 (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero): «Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total». El cálculo de las 3/4 partes para la concesión de la libertad condicional se realizará unitariamente sobre el montante refundido representado por la adición de las condenas.

El tratamiento penitenciario se inspira en la conveniencia o necesidad de operar, no sobre las penas individuales, sino sobre la totalidad de las sentencias o condenas pendientes de ejecución, reduciéndolas a una unidad de cumplimiento (SSTS de 29 de septiembre de 1992 y 8 de marzo de 1994). Unidad de cumplimiento que, en lo resuelto por la STS 1371/2001, de 2 de julio, «es compatible con que se establezcan ciertos límites a la refundición de condenas y no implica necesariamente que todas ellas hayan de someterse a las limitaciones del art. 76 del Código Penal. El art. 193 del Reglamento Penitenciario es reflejo de ese principio armonizable con el cumplimiento de condenas no acumuladas a efectos de las limitaciones penológicas contempladas en ese precepto».

Las diferencias entre acumulación jurídica y refundición, aunque con demasiada frecuencia se emplee erróneamente, incluso por los tribunales, la voz refundición en alusión a la acumulación jurídica, de hecho así sucede en la sentencia del TS de 2 de julio de 2001 referida en el párrafo anterior, son substanciales, más allá de que estén previstas en cuerpos normativos con diferente rango jerárquico(65). La refundición del Reglamento Penitenciario no es más que una mera adición de las condenas privativas de libertad que el reo tiene pendientes de cumplimiento –dos o más, por tanto–, para permitir, en su beneficio, un cálculo uniforme de las fechas con repercusión penitenciaria –aunque el precepto del RP solamente se refiera a la libertad condicional, pero alcanza también, por ejemplo, a los permisos de salida–, sobre una sola, aunque ficticia, unidad de ejecución. Los presupuestos y efectos de la refundición, que no exige estar ante un concurso real de delitos, distan de ser equivalentes a los de la acumulación jurídica: no requiere ningún tipo de conexidad entre las infracciones, ni entre sus efectos está, en modo alguno, el de limitar el tiempo de ejecución a un máximo de duración o acortar la extensión de la condena.

Con la refundición trata de evitarse el licenciamiento anticipado de las causas individuales a su cumplimiento, para así no perjudicar al reo, pues de acordarse indebidamente por los tribunales según sobrevinieran individualmente, con desconocimiento de la pendencia de otras condenas, eso obligaría a continuas excarcelaciones y reingresos en el centro penitenciario, con notables distorsiones en los cómputos para el disfrute, entre otras figuras, de la libertad condicional. El licenciamiento definitivo no puede aprobarse hasta cumplidas todas las penas. Son criterios de utilidad jurídica y penitenciaria los que latén, en suma, en la refundición(66).

Por otra parte, corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria, y no al órgano judicial sentenciador, aprobar el proyecto de refundición elaborado por el centro penitenciario. Para la conformación de la unidad de ejecución, se tomará la fecha de inicio del cumplimiento de la primera condena y como fecha de licenciamiento la que coincida con

(65) Por todos, sobre las diferencias acumulación-refundición, véanse NISTAL BURÓN, J., «El artículo 76 del Código Penal. Alcance de la regla de la “acumulación jurídica” (A propósito del Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2.ª de 28 junio de 2012, rec. 99/2012)», *Diario La Ley*, n.º 8025, 18 de febrero de 2013, pp. 8 y ss.; CERVELLÓ DONDERIS, v., *Derecho penitenciario*, 4.ª edición, Tirant lo Blanch [recurso digital], Valencia, 2016, pp. 374 y ss.

(66) LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «El cumplimiento sucesivo de las penas. Acumulación y refundición», *Diario La Ley*, n.º 8007, 23 de enero de 2013, p. 4.

la de la última(67). Las penas se enlazarán a fin de que el cumplimiento de la posterior se inicie al día siguiente de la finalización de la anterior, siendo pues el cumplimiento sucesivo. Cuando recaigan nuevas condenas, la refundición deberá ampliarse. Por lo demás, es posible refundir condenas del Código del 73 y del vigente, mientras que para la acumulación jurídica no pueden tenerse ambas en cuenta, salvo que las penas impuestas durante la vigencia del Código derogado hayan sido revisadas y adaptadas a la normativa que entró en vigor en 1995 (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 12 de febrero de 1999).

En fechas recientes, la Sala II del TS dictó una sentencia, STS 685/2020, de 11 de diciembre, por la que unifica doctrina en materia de refundición de condenas y licenciamiento, según la cual «el licenciamiento acordado en una ejecutoria no debe impedir, *per se*, su inclusión en un proyecto de refundición de condenas del art. 193.2 RP para su ejecución unificada con otras responsabilidades. Aunque lo procedente es que la anulación del licenciamiento se haga por el sentenciador que lo acordó, ello no sería obstáculo para que el juez de vigilancia, a los solos efectos de ejecución unificada, acordase su inclusión en el proyecto de refundición»(68). En dicha resolución, además, se ponen de manifiesto las diferencias existentes entre las figuras de acumulación jurídica y de refundición de penas(69).

(67) NISTAL BURÓN, J., «El cumplimiento de las condenas no susceptibles de acumulación jurídica. Problemática y soluciones posibles», *Diario La Ley*, n.º 6964, 10 de junio de 2008, p. 4.

(68) Sobre ello, puede verse SOLAR CALVO, P., «STS 685/2020, de 11 de diciembre. Unificación de doctrina penitenciaria», *Diario La Ley*, n.º 9796, Sección Comentarios de jurisprudencia, 22 de Febrero de 2021, pp. 3 y ss.

(69) Así, observamos en el FD Tercero: «La primera está disciplinada en el art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se dirige a precisar los límites de cumplimiento de las varias responsabilidades penales que se estén ejecutando, aplicando parámetros referidos a la posibilidad de enjuiciamiento conjunto en un mismo proceso de tales responsabilidades, bajo el principio de conexidad temporal. Por ello, este mecanismo supone precisar el tiempo máximo en centro penitenciario, bien como consecuencia de aplicar límites al cumplimiento de diversas condenas evitando largas estancias en prisión, o bien operar con máximos absolutos de privación de libertad por razones humanitarias y de proscripción de penas degradantes. Tiene, pues, una intensa significación sustantiva el establecimiento de límites penológicos, más que meramente aritmética, como sucede en el caso de la segunda.

En el art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se trata de fijar la duración máxima de las penas a cumplir y para eso cabe, excepcionalmente, considerar penas extinguidas cuando los hechos pudieron haber sido enjuiciados conjuntamente.

La refundición por enlace, se regula en el art. 193.2 del Reglamento Penitenciario, que dispone: “Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de

De acuerdo con lo expuesto por el TS en esa sentencia, son necesarios para la aplicación del art. 193.2.^a RP los siguientes requisitos: «1. Que sobre el penado pesen dos o más sentencias condenatorias, puesto que el mecanismo opera para facilitar el cómputo en supuestos de varias penas, a los efectos de determinar los periodos previos de cumplimiento en centro penitenciario para obtener la libertad condicional. 2. Que tales sentencias condenatorias las esté “sufriendo”. Desde luego, que una Sentencia mientras no es firme, no existe como tal jurídicamente, se trata de una resolución judicial pero sin efecto alguno para su ejecución, y no le es aplicable el régimen de cumplimiento penitenciario. Por eso, un preso preventivo carece del estatuto de “penado” y no se le aplica ningún tipo de cómputo de la pena (porque esta no es firme, y por tanto, no efectiva mientras se tramita el recurso), ni tampoco es acreedor de beneficios penitenciarios ni permisos u otros resortes propios del cumplimiento de una pena. 3. Como consecuencia de ello, que esté sufriendo dos o más penas, significa que las está cumpliendo efectivamente, coetánea o sucesivamente, sin perjuicio de admitirse en beneficio del reo que las ya impuestas firmemente no se cumplen por razones ajenas a su disponibilidad para ello. 4. Por consiguiente, el enlace de penas no es posible cuando la relación de sujeción penitenciaria del interno se ha extinguido al comenzar a cumplirse la segunda pena. 5. La interpretación literal del término “sufran”, es clara, en tanto que está referida a que las condenas se están “soportando”, lo que es lo mismo que se están “ejecutando” en el momento de la aplicación de los componentes definidos en el art. 193.2 R.P.».

III. PRESCRIPCIÓN DE LAS PENAS ACUMULADAS Y REFUNDIDAS

La prescripción de la pena, como institución de naturaleza jurídico-penal, adquiere matices más complejos cuando estamos en presencia de una pluralidad de penas de cumplimiento sucesivo, acumuladas o refundidas. Las cuestiones más controvertidas en estos

aplicación de la libertad condicional”. En consecuencia, la finalidad de tal institución supone operar con diversas condenas que se están cumpliendo coetáneamente y a efectos de obtener mayor sencillez en el cómputo de los plazos para obtener el beneficio de la libertad condicional, se suman todas ellas, dos o más, considerándolas como una sola condena a efectos de la aplicación de tal libertad condicional.

Consiguientemente, no pueden extrapolarse los principios que se aplican en una u otra institución, porque responden a finalidades diversas».

casos, como bien indica Varona Jiménez(70) –aunque este autor se refiere más propiamente a los supuestos de acumulación jurídica–, serán las de determinar el plazo o plazos de prescripción y la virtualidad interruptora del cumplimiento. A ellas debe añadirse otra más: la adecuada concreción del *dies a quo*, aunque es sabido que el día de inicio del término prescriptivo viene establecido a modo de *numerus clausus* por el art. 134.1 CP. Puesto que la amplia reforma penal del año 2015 aportó una solución expresa a la segunda de las incógnitas indicadas, para zanjar que el plazo de prescripción quedará en suspenso durante el cumplimiento de varias penas de ejecución sucesiva al amparo del art. 75 CP, nos vemos obligados a estudiar la situación previa a su entrada en vigor en julio de 2015 y el marco resultante de ella, que trataremos después.

Antes de nada, debe decirse que con los concursos ideal y medial de delitos no se plantean muchos de los problemas que veremos, porque en ambos casos se aplicará en principio una pena única, al igual que sucede con el delito continuado (art. 74 CP), como pone de relieve González Tapia(71). Sin embargo, es sabido que para el concurso ideal rige con carácter supletorio el sistema de acumulación, por lo que es posible que estemos también en presencia de más de una pena que deban cumplirse sucesivamente, lo cual hará brotar idénticas cuestiones, aunque normalmente con menor intensidad(72). Por otra parte, nada impide que algunos delitos en concurso medial o ideal integren con otras infracciones una relación concursal real(73).

Comencemos nuestro análisis por la determinación de los plazos de prescripción de las penas, aspecto que, realmente, en nada habrá cambiado con la LO 1/2015. Insistentemente se ha venido discutiendo por la doctrina si la aplicación de la regla de acumulación jurídica provoca que asome a todos los efectos una pena nueva y distinta de las originarias (las incluidas en la acumulación), en su cantidad y clase

(70) VARONA JIMÉNEZ, A., *Tratamiento procesal y sustantivo de la acumulación jurídica de penas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 220.

(71) GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *La prescripción en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 258.

(72) No obstante, algunos autores entienden que como seguimos en presencia de un concurso ideal, el plazo se computará como si la pena fuese única. CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 170; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», en COBO DEL ROSAL, M. (Director), *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, artículos 24 a 94, Edersa, Madrid, 2000, p. 1.052.

(73) Véase sobre la problemática que acontece al respecto GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La acumulación jurídica de penas*, Secretaría general de instituciones penitenciarias. Ministerio del Interior, Madrid, 2016, p. 55.

(de este entendimiento, por ejemplo, la Consulta n.º 3/1993 bis de la FGE, aunque ciertamente no se alcanza a comprender cómo se produciría tal modificación cualitativa), o solamente desde el plano cuantitativo, pero en cualquier caso a modo de novación punitiva o de «refundición» (de ahí la confusión antes expuesta); o, por el contrario, el *máximum* de cumplimiento representaría únicamente un tope insuperable en fase de ejecución, de modo que las penas por él abarcadas deberían cumplirse sucesivamente hasta alcanzarlo, sin perder su individualidad ni autonomía anteriores. La última solución conllevaría que varias de las penas acumuladas dejen de cumplirse en todo o en parte al agotar el reo el tope. La opción que se adopte tendrá sus propias y particulares consecuencias para la prescripción.

Durante la vigencia del Código anterior (CP 1973), era un criterio jurisprudencial pacíficamente consolidado que el límite de acumulación «opera ya como una pena nueva resultante y autónoma» (STS de 8 de marzo de 1994), sobre la base de la redacción del art. 59 del Reglamento Penitenciario de 1981. La condena obtenida de la operación mitigadora sería la única consecuencia jurídica principal por ejecutar y a ella se referirían los beneficios penitenciarios y la libertad condicional. Aunque contraria a esa exégesis, entonces dominante, algunos autores defendían que el *máximum* (ya en el sentido de la regla 2.ª del art. 70 CP 1973, ya en relación con el posterior art. 76.1 CP vigente) es simplemente un tope de cumplimiento previsto para las penas incompatibles, que deberán cumplirse una a una como simples sumandos acumulados(74), con el que se trata de evitar una exasperación penal excesiva por razones humanitarias. Esta última tesis, según sus defensores, no sobrellevaba en modo alguno, empero, que los beneficios penitenciarios debieran concederse teniendo en cuenta el total aritmético de la condena, sino que habrían de computarse sobre la penalidad limitada, por exigencias del principio de unidad de cumplimiento, para posibilitar un mejor diseño del tratamiento penitenciario y no excluir la reinserción del delincuente(75).

Ahora bien, en la famosa STS 197/2006, de 28 de febrero, el Alto Tribunal rompió con la hermenéutica tradicional, para pasar a considerar que los límites temporales del art. 70.2.ª CP 1973 –del triple de

(74) CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 62.

(75) Así, MARTÍNEZ DE LA CONCHA ÁLVAREZ DEL VAYO, R., «Revisión de los criterios de actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria números 1 a 7 y 75 a 77», en *Vigilancia penitenciaria (VIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria)*, CGPJ, Zaragoza, 1996, pp. 131 y ss. De esta opinión, también, GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», en COBO DEL ROSAL, M. (Director), *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, artículos 24 a 94, Edersa, Madrid, 2000, p. 970.

la pena más grave y de 30 años— representan únicamente el tiempo máximo que un penado puede pasar privado de libertad en un centro penitenciario, sin alterar esta figura la naturaleza particular de las penas acumuladas. «Aquí nada se refunde para compendiar todo en uno, sino para limitar el cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica», según se observa en el FD 4.º de dicha resolución. Como corolario, el penado debería ir cumpliendo las penas una a una, con los avatares correspondientes y los beneficios a que tuviera derecho respecto de ellas, individualmente apreciadas (*doctrina Parot*). A partir de ahí, la redención de penas por el trabajo no operaría sobre la penalidad limitada, sino que el tiempo que correspondiera se abonaría únicamente a la pena con la que se hubiera ganado tal derecho —sin perjuicio de que ese criterio fuera posteriormente corregido por la Gran Sala del TEDH en octubre de 2013, en el asunto *Del Río Prada c. España*—.

El alcance de la novación es lo discutido. La pregunta que debemos hacernos, luego, es: ¿cómo afecta cada uno de esos entendimientos a la determinación del plazo o plazos prescriptivos de las penas? En primer lugar, si partimos de que en los supuestos de concurso real de delitos, por aplicación del art. 76 CP, el tribunal debe imponer al responsable de los hechos una única pena, por la entidad del límite del triple o de cualquiera de los absolutos, en la que se refundirían totalmente las sanciones acumuladas, al igual que sucedería si tomásemos la extensión del límite a estos efectos, como exponen Nieto García(76) o López López(77), el plazo de prescripción sería único y vendría dado por la duración de la condena única o limitada. En cambio, si entendiéramos que las penas incluidas en la acumulación son realidades jurídicas independientes que conservan su autonomía previa y se cumplen sucesivamente, pese a limitarse la duración de la condena hasta un máximo, cada una de ellas tendría su propio plazo de prescripción *ex art.* 133.1 CP, tal y como si no estuvieran acumuladas(78).

(76) NIETO GARCÍA, A. J., «Algunas reflexiones sobre la prescripción de la pena privativa de libertad. Fundamentación y consecuencias», *La Ley*, n.º 2, 2006, p. 2.

(77) LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «El cumplimiento sucesivo de las penas. Acumulación y refundición», *Diario La Ley*, n.º 8007, 23 de enero de 2013, p. 11.

(78) Lo señala, igualmente, LÓPEZ LÓPEZ: «Si por el contrario, se estimase que la acumulación no da lugar a una nueva pena, como sostiene la actual *doctrina Parot*, el plazo de prescripción habría de ser el previsto en el art. 133.1 CP para cada una de las penas individualmente impuestas antes de proceder a su acumulación jurídica». «El cumplimiento sucesivo de las penas. Acumulación y refundición», *Diario La Ley*, n.º 8007, 23 de enero de 2013, p. 11. Así también, GONZÁLEZ RUS, J. J., «Artículos 73 y 75 al 78», en COBO DEL ROSAL, M. (Director), *Comentarios al Código Penal*,

A nuestro parecer, frente a la tesis que proclama la aparición *ex novo* de una pena nueva y distinta producto de la aplicación de la normativa concursal, en materia de acumulación jurídica de penas, estamos únicamente ante un límite al cumplimiento sucesivo, interpretación que viene a respaldar el art. 134.2 CP introducido en 2015, no ante una nueva consecuencia jurídica, a diferencia de lo que sucedería si el legislador hubiera optado para la punición del concurso real de infracciones por recurrir a un principio de absorción o de exasperación, con aplicación de una pena única(79). El art. 76 CP, al igual que el 73 y el 75, es una regla de cumplimiento. Las penas acumuladas, en la parte remanente, no se dejan de imponer –distintamente de lo que sucedía con otros textos de nuestra historia legislativa que, no obstante, también adoptaban la acumulación mitigada–, sino de cumplir. La extinción de las penas sobrantes que proclama el apartado primero del art. 76.1 CP, si bien hemos visto que el límite deberá fijarse en sentencia en algunos supuestos (enjuiciamiento único de los hechos), no tendrá lugar hasta que el penado alcance el *máximum* fijado, no antes de ese momento(80).

La aparición o surgimiento de una nueva pena, por refundición, dejaría sin contenido la regla de cumplimiento sucesivo, y que desaparezcán algunas penas, las excedentes del tope, tal y como si no hubieran sido realmente aplicadas en sentencia, no parece estar en la voluntad del legislador, especialmente con la introducción en 1995 (LO 10/1995) del art. 78 CP, cuyo tenor se refiere a las penas impuestas. La jurisprudencia del TS declara hoy día que no «(...) puede considerarse el resultado del auto de acumulación como si fuera una condena, novando las verdaderas condenas. No es su naturaleza, que es solo señalar un límite temporal que la ejecución de las distintas condenas no puede superar» (así, por todas, STS 55/2021, de 27 de enero). Consideración individualizada de las penas que afecta también

Tomo III, artículos 24 a 94, Edersa, Madrid, 2000, p. 1.052. Díez RIPOLLÉS, por su parte, defiende que «en los casos en que la ley crea una pena nueva, fruto de la acumulación de varias [...] se atenderá al plazo que resulte de la duración de la pena constituida por la suma de todas las acumuladas». *Derecho penal español. Parte general*, 4.ª edición, Tirant lo Blanch [recurso digital], Valencia, 2016, p. 825.

(79) CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 86.

(80) Autonomía conceptual de las penas acumuladas que, al tratar el periodo de seguridad, defiende también GARCÍA ALBERO, R., «Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado», en GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 62.

a la cancelación de los antecedentes delictivos (STS 282/2020, de 4 de junio, y las allí citadas).

Al responsable de los distintos hechos se le impondrán todas las penas que correspondan a los varios delitos en que hubiera incurrido, previamente individualizadas por separado para después adicionarse matemáticamente, con posibilidad de que se limite su cumplimiento. Cuestión distinta es que, a efectos del tratamiento penitenciario –lo que en realidad provoca la inobservancia del art. 75 CP, aunque necesaria por mor del principio de individualización científica que inspira la LOGP–, deba operarse como si el límite fuese una «nueva pena», una condena única, para que a esa magnitud penológica se refieran los permisos penitenciarios, la clasificación en tercer grado y la libertad condicional (o bien al total aritmético si el sentenciador acuerda la aplicación del régimen de cumplimiento íntegro del art. 78 CP, cuando de la limitación resulte una penalidad inferior a la mitad de la suma de todas las penas impuestas). Es este el motivo por el que se afirma que el cumplimiento sucesivo es «una verdad a medias»(81).

El razonamiento anterior nos lleva a concluir que cada una de las penas impuestas, aunque incluidas en una acumulación jurídica, tendrá su propio plazo de prescripción legal, pues el límite se tomará, en lo que aquí interesa, que no es poco, a los efectos de la extinción de la responsabilidad penal por cumplimiento de la condena (art. 130.1.2.º CP) y del tratamiento penitenciario, pero no para la prescripción. La aplicación del art. 76 CP implica que las penas que procedan desde que las ya impuestas cubran el límite se declararán extinguidas; la penalidad limitada opera para la concesión de los beneficios que otorga o reconoce la ley, mientras que la prescripción es una institución diferente, que cuenta con su propio fundamento y caracteres particulares, distintos estos del concurso real de delitos y de sus reglas sancionadoras.

A mayor abundamiento, nótese que la referencia que emplea el art. 133.1 CP no es a la condena, sino a las «penas impuestas», distintamente, por ejemplo, de lo que sucedía con el CP de 1928, que en su

(81) MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. y RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Terrorismo vs leyes y jueces. El reconocimiento de condenas penales europeas a efectos de acumulación. A propósito del caso Picabea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 58. Por su parte, GARCÍA ALBERO señala que «la previsión reglamentaria viene de hecho a suponer una derogación de lo preceptuado en el artículo 75 del Código Penal, cuando señala que las penas se ejecutarán, de no poder ser cumplidas simultáneamente, por el orden de su respectiva gravedad, para su cumplimiento sucesivo en cuanto sea posible». «Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado», en GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 58.

art. 204 hacía uso de la expresión «prescripción de la condena» (para la interrupción de la prescripción por presentarse el reo o ser habido), y también de la locución «prescripción de la pena» en su art. 203 —en cuanto al *dies a quo*—, y mucho menos a la penalidad limitada. Tampoco es posible, por respeto a la literalidad del referido art. 133.1 CP vigente, que el plazo de prescripción de las diversas penas se corresponda con el de la sanción más grave (lo que en cambio preceptuaba el CP 1928 en su art. 202(82)), en consonancia con la prescripción del delito castigado con penas compuestas (art. 131.2 CP)(83). Si bien podría plantearse adoptar esa última posibilidad, por extensión de las normas que rigen la prescripción de las infracciones, frente a ella debe aducirse que son las penas efectivamente impuestas en sentencia las que pueden prescribir, mientras que para la prescripción del delito se manejan las penas en abstracto, y que estamos ante diferentes delitos, no ante una única infracción(84).

La redacción legal, de este modo, resuelve inequívocamente que los términos de la prescripción vienen dados por las penas que con carácter particular se establezcan en el fallo de las resoluciones condenatorias. Que son las que pueden prescribir. Debe huirse, entonces, de una prescripción global y única. La indicada es, además, la solución más beneficiosa para el reo. Un término de prescripción único o invariable para todo el conjunto punitivo, fijado a partir del límite de cumplimiento, o de la suma total de las penas impuestas en casos de acumulación material sucesiva (o de refundición), provocaría el pernicioso efecto de alargar los plazos prescriptivos, alterándolos, como si de un delito más grave se tratara. Así lo afirmó la Sala de lo Penal del TS en su sentencia 543/2001, de 29 de marzo, en la que consideró, frente al criterio sostenido por la Audiencia Provincial de Santa Cruz

(82) En el que observábamos lo siguiente: «En el caso de haber sido condenado el reo a diversas penas, el plazo de prescripción se computará ateniéndose a la más grave».

(83) A favor, no obstante, MOLINA BLÁZQUEZ, C., *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, 3.^a edición actualizada, Bosch, Barcelona, 2002, p. 111. A juicio de PASTOR ALCOY, «dicha solución si bien pudiera resultar más acorde al principio de proporcionalidad cuando dichas penas resultan todas ellas de prisión, sin embargo entendemos que resulta distorsionante cuando se trata de penas de distinta naturaleza que pueden cumplirse simultáneamente». *Régimen jurídico de la prescripción en el Código Penal español*, Tesis Doctoral, Valencia, 2015, p. 523.

(84) De esta idea, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «La extinción de la responsabilidad penal y la cancelación de antecedentes delictivos», en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal. Parte general*, 2.^a edición, Dykinson, Madrid, 2015, p. 1.034.

de Tenerife, que «es incorrecta la consideración global de la pena, a efectos de precisar el término prescriptivo».

Entre los antecedentes de hecho de la referida resolución casacional, encontramos que el órgano *a quo* había considerado que ante un concurso real de delitos «debe tomarse como pena, la resultante de sumar las distintas penas impuestas, o el límite de cumplimiento, previsto en el actual art. 76 del C.Penal». Sin embargo, la Sala de casación corrigió esa interpretación y resolvió que «cuando el art. 133 del Código Penal actual (y el 115 del precedente) enumeran las penas y su duración, a efectos prescriptivos, hay que entender, sin ningún género de dudas, que son las penas impuestas a los delitos. No existe un delito, al que se le asigne como marco penal abstracto 18 años y 3 días o 15 años, respectivamente». De este modo, «una cosa es el plazo de prescripción de la pena (la propia de un delito, o de diversos delitos, individualmente considerados) y otra el límite al cumplimiento sucesivo de las penas»; y, acogiendo la postura defendida por el Ministerio Fiscal, «habrá que estar a la pena impuesta y no al resultado del límite máximo, cuyo sentido es de favorecer al reo y no computarlo como pena que supondría un perjuicio, por alargar el plazo prescriptivo, como si de un delito más grave se tratara. Tal artificiosa interpretación, ni la prevé la ley penal, ni da base para ello». De la misma forma, en la STS 921/2001, de 23 de mayo, se indica que «las penas de ambos delitos no pueden sumarse para así variar el tiempo de prescripción».

Del pronunciamiento judicial referido en primer lugar, se desprende, como bien destaca en su análisis Vivancos Gil(85), que la consideración del *máximum* de cumplimiento efectivo como una pena única y distinta de las acumuladas, en la extensión representada por el límite, se hacía a los únicos efectos penitenciarios, esto es, para el cálculo y descuento de los derechos y beneficios ganados por el reo; a los efectos procesales, en cambio, no se habría producido novación alguna, como tampoco para los prescriptivos.

La interpretación que hace el TS de las reglas de prescripción en la STS 543/2001 es extensible a todos los supuestos de concurso real de delitos, de forma que ni podrán sumarse las penas impuestas en la misma o en diferentes causas para obtener una sola condena que fije el plazo de prescripción de todo el grupo cuando el cumplimiento no sea limitable, ni puede tomarse el límite de cumplimiento para establecer un único plazo prescriptivo en el resto de los casos. Como lo que cuentan, en definitiva, son las penas individuales, en principio, podrán

(85) VIVANCOS GIL, P. A., «Refundición y acumulación de condenas. Liquidación de condena y licenciamiento definitivo», *Diario La Ley*, n.º 8517, 13 de abril de 2015, p. 9.

prescribir varias y no solo una(86). El argumento esencial que maneja el TS es que la acumulación de penas es un beneficio normativo para el penado, orientado a reducir a un límite racional la extensión de la condena, que, si operase también para la prescripción, contrariamente a su esencia, provocaría un estiramiento de los plazos prescriptivos de las penas de menor entidad.

Teniendo presente el fundamento y la finalidad del principio de acumulación jurídica, y que la limitación, como entidad unitaria, solo debe ser considerada de manera tal con vistas a la aplicación de determinados beneficios (con las previsiones excepcionales del art. 78 CP), la norma legal no habilita una interpretación que, en perjuicio del reo, lleve a entender que habrá un único momento de extinción por prescripción de todas las penas integrantes de la acumulación, independientemente de su duración individual, a instituir con la extensión del límite. Otra solución haría que un beneficio para el reo se tornara en su contra, haciendo crecer de manera improcedente la gravedad individual de las penas en concurso. Los plazos de las penas de menor duración sufrirían una importante y perjudicial alteración, transmutándose en los de una pena de mayor gravedad.

Los plazos de prescripción son, por lo general, superiores a la duración de las penas, lo cual viene justificado porque de esta manera se evita que el sujeto que se ha sustraído a la acción de la justicia pueda ver prescrito en libertad su castigo antes de que termine de cumplir totalmente su condena, por el mismo delito, quien se encuentra a disposición del órgano judicial. Estar al límite, en supuestos de condenas de 30 o de 40 años de duración, provocaría también resultados disfuncionales: en el primer caso, que el tiempo de condena fuera igual al término máximo de prescripción (de 30 años, como vimos, para las penas de prisión de más de 20 años) y en el segundo, que el plazo de prescripción referido fuese 10 años inferior a la limitación absoluta de las letras c) y d) del art. 76.1 CP(87).

(86) De este parecer, CARDENAL MONTRAVETA afirma que, en concurso de delitos, cada una de las penas impuestas habrá de considerarse autónomamente en cuanto a los plazos de prescripción y a la posibilidad de que solo prescriba alguna de ellas. «Artículo 133», en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 478.

(87) MOLINA FERNÁNDEZ señala que «con la actual extensión de las penas hasta 40 años en ciertos casos de concurso real, y teniendo en cuenta que el Código, desafortunadamente, no establece una regla propia para el cómputo del plazo en caso de condenas sucesivas (algo que sí hace en las medidas de seguridad), podría llegar a darse este efecto indeseado en las penas superiores a 30 años, que es el plazo máximo de prescripción. Lo mismo sucede en la pena de prisión permanente revisable, para

Por otro lado, para cuando no es posible la acumulación jurídica, bien porque los hechos cometidos por el reo no son temporalmente conexos, bien porque el límite aplicable exceda de la suma de las distintas penas impuestas y el penado no obtendría a partir de él ningún tipo de reducción, o también porque se trate de penas no privativas de libertad (únicas considerables a los efectos del art. 76 CP, según la doctrina del Alto Tribunal), la alternativa que resulta más convincente, más allá de lo dicho por el TS en las sentencias antes indicadas, es que las penas, individualmente consideradas, tengan cada una de ellas su propio plazo de prescripción⁽⁸⁸⁾. La solución, pues, en lo que a la determinación del plazo prescriptivo se refiere, es la misma siempre que las penas deban cumplirse de forma sucesiva, estén acumuladas jurídica, materialmente o refundidas exclusivamente a nivel penitenciario.

Como mera hipótesis, cabría pensar que en la acumulación jurídica, si se produjera una auténtica unificación de las penas, debería tomarse el límite para establecer el término único de la prescripción, mientras que para el sujeto que cometió los hechos objeto de condena en épocas diferentes, no tratándose de un concurso real, cada una de ellas tendría su propio plazo de prescripción, sin que pudieran sumarse las condenas –su duración– a estos efectos. Sin embargo, tal planteamiento debe ser rechazado, porque haría que resultara de peor condición, especialmente si las penas fueran de corta duración, el reo a quien se le aplicó el beneficio legal del art. 76 CP, frente al otro penado, que, en principio, desde el momento de no cumplimiento, podría ver cómo algunas de sus penas prescriben con autonomía sin haber transcurrido un tiempo excesivamente dilatado desde el inicio del cómputo de la prescripción. El primero contaría para toda la condena con un único plazo mucho más largo, al ser el que correspondería al límite, superior, generalmente, al de cualquiera de las penas individualmente consideradas.

Una vez que hemos dicho que cada pena de cumplimiento sucesivo tendrá su propio plazo de prescripción, pasaremos a abordar lo relativo al *dies a quo*. Según la redacción originaria del art. 134 CP 1995, «el tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si esta hubiere comenzado a cumplirse». No venía ocupándose el

cuya prescripción rige el mismo plazo de 30 años». «Causas que extinguen la responsabilidad penal», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coordinador), *Memento práctico penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 733.

(88) Para esos supuestos sí que entiende que cada pena tiene su propio plazo de prescripción DÍEZ RIPOLLÉS. *Derecho penal español. Parte general*, 4.^a edición, Tirant lo Blanch [recurso digital], Valencia, 2016, p. 825.

legislador penal español directamente de la prescripción de las penas acumuladas o refundidas. Siguiendo a NIETO GARCÍA(89), dos son las interpretaciones teóricamente posibles en cuanto al inicio del cómputo de la prescripción para los casos a que nos estamos refiriendo: a) partir de la fecha de la firmeza de la sentencia o sentencias en que se impusieran las diferentes penas, respetando rigurosamente lo dispuesto por el mencionado art. 134 CP, o b) tomar el momento en el cual cada una de ellas fuese susceptible de empezar a cumplirse, pues es sabido que hasta que no se extinga una pena precedente no puede darse cumplimiento a la siguiente.

Defender una interpretación literal, unida a la ausencia de causas paralizadoras, llevaría a la eventual prescripción de alguna o de varias de las penas de menor gravedad durante el cumplimiento de otras penas más graves, cuando hubieran transcurrido los plazos legales marcados por el art. 133.1 CP desde la firmeza de la sentencia, lo que se traduciría en la impunidad de algunas conductas (pese a ser sancionadas en sentencia)(90). En este sentido lo ha destacado Suárez-Mira Rodríguez: «Esto produce notables inconvenientes como un posible sentimiento de impunidad en el delincuente al que le saldría “gratis” el segundo o ulteriores delitos»(91).

Sin duda, de ser así, se generaría un importante efecto criminológico, similar al que en sede de acumulación mitigada se impide que provoquen los límites con la exigencia de proximidad temporal entre las infracciones, lo que se ha venido a llamar «teoría del cheque penal en blanco»(92), porque el condenado se vería estimulado para cometer nuevos delitos, ya que las penas que por ellos sobrevinieran podrían prescribir durante el cumplimiento de otras anteriores y de mayor gravedad. Ninguna disfunción provocaría el tenor literal, eso sí, para las penas que consintieran un cumplimiento simultáneo, que podrían

(89) NIETO GARCÍA, A. J., «Algunas reflexiones sobre la prescripción de la pena privativa de libertad. Fundamentación y consecuencias», *La Ley*, n.º 2, 2006, pp. 2 y ss.

(90) Insistiendo en ello, como solución que deriva del estricto tenor literal del art. 134 CP (antes de 2015), GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *La prescripción en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 259. Aunque con inmediatez rechaza la autora tal solución: «Ello, como es lógico, no puede ser admitido».

(91) SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «La prescripción de los delitos y las penas», en *Ejecución de sentencias penales*, CEJ, Ministerio de Justicia, 2006, p. 22.

(92) *Vid.* Conclusiones y Acuerdos de los IX Encuentros de servicios de orientación y atención jurídica y penitenciaria y turnos de oficio penitenciarios de los Colegios de Abogados de España (Cáceres, 2007). Disponible en: <http://www.icasv-bilbao.com/images/comisiones/ConclusionesCaceresSOAJP.pdf> [Fecha de consulta: 18/02/2021].

prescribir, siempre que haya una falta de ejecución efectiva, de forma conjunta o en bloque(93).

Frente a la primera de las opciones mencionadas, Nieto García se mostró partidario de la segunda de ellas, de que el plazo de prescripción de la pena tocante se compute desde la fecha en que sea realmente ejecutable, porque, en su opinión, «coexisten razonamientos jurídicos que suponen una solución que contrarresta los nocivos efectos de la prescripción de la pena en sentido literal desde la fecha de firmeza de la sentencia, el consiguiente sentimiento de impunidad que genera en la persona responsable criminalmente y la ineficacia de la prevención general y especial que el derecho punitivo, entre otros fines, ostenta». De otra parte, reflexionaba el citado autor que el escrupuloso respeto a la literalidad del articulado podría derivar en un perjuicio para el penado, pues la Administración penitenciaria realizaría los cálculos de las fechas relevantes sobre el total penológico, incluyendo penas que podrían prescribir(94).

Desde nuestro punto de vista, es más plausible la postura contraria, la literal o restrictiva, pese a ir acompañada, en principio, de algunos efectos indeseables. Como cada pena mantiene su individualidad y conserva su propio término prescriptivo, centrándonos primeramente en la acumulación y fijación del *máximum*, cuando se determine en la sentencia condenatoria el límite temporal (unidad real de enjuiciamiento), el *dies a quo* será el mismo para todas las penas, correspondiéndose con la fecha de firmeza de la única sentencia; pero si la acumulación la aprobase el último de los sentenciadores por auto, de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal en el procedimiento del art. 988.3 LECrim, habrá que atender para cada una de las penalidades acumuladas a las fechas de firmeza de sus respectivas sentencias(95). Ahora bien, en los casos de quebrantamiento, el *dies a*

(93) Por todos, GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *La prescripción en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 258-259; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «La extinción de la responsabilidad penal y la cancelación de antecedentes delictivos», en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal. Parte general*, 2.ª edición, Dykinson, Madrid, 2015, p. 1.034.

(94) NIETO GARCÍA, A. J., «Algunas reflexiones sobre la prescripción de la pena privativa de libertad. Fundamentación y consecuencias», *La Ley*, n.º 2, 2006, pp. 5 y ss.

(95) LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «El cumplimiento sucesivo de las penas. Acumulación y refundición», *Diario La Ley*, n.º 8007, 23 de enero de 2013, p. 11. A partir de la literalidad del art. 134.1 CP 1995, GONZÁLEZ TAPIA estima también que «el cómputo se inicia para cada una de las penas desde la fecha de la sentencia firme, sin ninguna particularidad, puesto que a partir de dicho instante surge la obligación de su ejecución y con ella, del cumplimiento de las mismas. Si este cumplimiento no se llevara a cabo para alguna, varias o la totalidad de las penas impuestas debería ini-

quo sería el mismo para todas las penas y se correspondería con el momento real de la elusión, independientemente de que las sanciones en concurso hubieran recaído en el mismo o en diferentes procesos, porque se trata de una ausencia material de ejecución, sin perjuicio de que el resto de las penas que todavía no correspondiera cumplir no se entendieran quebrantadas. En segundo lugar, para las penas de cumplimiento sucesivo no limitable, la fecha de inicio del cómputo se corresponderá con la de la sentencia firme que aplicara las varias penas o con la firmeza de las diferentes sentencias condenatorias, dependiendo del caso concreto. Para fijar el *dies* prescriptivo, por lo tanto, deben tomarse las penas acumuladas o refundidas, tal y como fueron establecidas en las sentencias que las impusieron.

Por otra parte, hemos de decir que, de seguir defendiéndose que la regla de acumulación jurídica determina la aparición de una nueva pena a todos los efectos, podría discutirse si, en supuestos de juicios separados, el primero de los *dies a quo* del art. 134.1 CP vigente (sentencia firme) pasaría a ser la firmeza del auto por el que se estableciera la fijación del máximo de cumplimiento, dado que a través de dicha resolución se produciría la «transformación» de las penas iniciales en la pena única. Pero esa interpretación cae por su propio peso. No solamente contradice el tenor legal, sino que supondría retrasar, en muchos casos excesivamente, la fecha de inicio del cómputo en perjuicio del condenado. Así, por ejemplo, cuando una acumulación deba ser ampliada para incluir sanciones preteridas, el *dies a quo* debería desplazarse a la fecha de firmeza del nuevo auto que efectuara la operación, sin perjuicio de que pudiera sostenerse que el tiempo de prescripción transcurrido previamente no desaparece (o incluso que se compute desde la primera resolución, dado que se trataría de incluir una sanción que ya debería haberse valorado en un momento anterior).

La prescripción de la pena debe ser puesta en relación con las reglas de ejecución diseñadas por el legislador para el concurso real de delitos. El hecho de que entre las penas incompatibles deba respetarse el orden de cumplimiento, impuesto por su gravedad, marcado por el art. 75 CP, obliga a analizar, como hemos anticipado, si, antes de la reforma de 2015, era posible que prescribieran algunas de las penas de menor entidad durante la efectiva ejecución de otras sanciones más graves, por no haber iniciado todavía el penado su cumplimiento dentro de los plazos previstos para ello, desde la fecha

ciarse sin problemas el cómputo de la prescripción». *La prescripción en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 258

de la sentencia firme(96). Recordemos, nuevamente, que no existían de forma previa a 2015 causas de paralización expresas, con o sin eliminación del tiempo transcurrido, de la prescripción de las penas.

El vacío legal previo a la entrada en vigor de la LO 1/2015, desde luego, sería conducente a la prescripción de las penas de menor duración impuestas en la misma o en diferentes resoluciones que estuvieran a la espera de que el penado terminase de cumplir las sanciones delanteras, cuando se hubieran superado los plazos correspondientes del art. 133.1 CP, desde *el dies a quo* individual o común(97). Para evitarlo, la doctrina y la jurisprudencia indagaron en la búsqueda de posibles soluciones, más o menos fundadas, con las que tratar de corregir, por vía integradora o con sustento en una interpretación analógica, el hecho de que ninguna causa de suspensión o interrupción de los plazos se incluyera expresamente para las penas entre la regulación penal sustantiva anterior a 2015 (LO 10/1995)(98).

Por algunos autores se ha tratado de dar una respuesta diferente a tal problemática en función de si un órgano judicial hubiera fijado o

(96) SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Las penas en el nuevo Código Penal*, Comares, Peligros (Granada), 1996, pp. 178 y 225. GARCÍA SAN MARTÍN, J., «La interrupción del plazo de prescripción de las penas», *Diario La Ley*, n.º 8267, 10 de marzo de 2014, p. 3: «El inicio del cómputo del plazo prescriptivo de las segundas o ulteriores penas llamadas en ese orden a ser cumplidas tras la primera de ellas, no es susceptible de identificarse con las fechas en las que, respectivamente, las mismas debieron empezarse a cumplir, y sin que el cumplimiento de la primera, sin perjuicio de la consideración o no del cumplimiento como causa interruptiva del plazo prescriptivo de la pena, sirva a la interrupción del plazo previsto para la segunda o ulteriores. Siendo así, y a falta de previsión legal expresa, el dies a quo del cómputo del plazo prescriptivo de la pena o penas llamadas a ser cumplidas sucesivamente y tras una pena anterior, debe quedar referenciado en la fecha de la sentencia firme en la que se impusieron; de modo que, si la duración de la pena llamada a ser cumplida en primer término es superior al plazo prescriptivo fijado para la segunda o siguientes, lo que por cierto acaecerá con relativa frecuencia habida cuenta el criterio de la mayor gravedad fijado en el art. 75 CP para el cumplimiento sucesivo, tras el cumplimiento de la primera habrían de entenderse prescritas las siguientes».

(97) Entienden que es posible la prescripción RÍOS MARTÍN, RODRÍGUEZ SÁEZ y PASCUAL RODRÍGUEZ: «Puede ocurrir que una persona no comience a cumplir una condena porque esté cumpliendo otras anteriores. Y puede ocurrir que desde la fecha en que se hizo firme hayan pasado los plazos de prescripción sin que haya comenzado a cumplirse la pena porque está cumpliendo otra. Se hace de peor condición a la persona que ha eludido la acción de la justicia y está esperando en “busca y captura” que pase el tiempo de prescripción, que quien está cumpliendo una condena y por tanto sometido al ordenamiento jurídico». *Manual jurídico para evitar el ingreso en la cárcel. Estudio doctrinal y jurisprudencial de las alternativas a la prisión*, Comares, Granada, 2015, p. 186.

(98) Puede verse LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «Ejecución penal y analogía», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 25, 2011, pp. 12 y ss.

no para el conjunto de las penas un límite al cumplimiento sucesivo, o se tratase, de otra parte, de una simple refundición penitenciaria(99). Creemos que no debe establecerse, con el marco legal anterior a la LO 1/2015, ningún tipo de discriminación siempre que las penas hayan de cumplirse sucesivamente. Pero sí que debe advertirse que sería más inusitado, de existir actividad de ejecución real, que prescribieran algunas de las penas acumuladas jurídicamente, por la propia limitación del tiempo de cumplimiento, ya que solo se tendrían en cuenta las que quedan bajo él y sus plazos, que el que lo hicieran las refundidas, pues la ejecución, en este último caso, puede prolongarse sin ninguna restricción temporal.

Un sector de la doctrina propuso, por analogía con lo previsto para la prescripción de las medidas de seguridad en el art. 135 CP, apartados 2 y 3(100), que el plazo de prescripción de una pena que debe cumplirse forzosamente después de otra se compute a partir de la extinción de la anterior, y no desde la firmeza de la sentencia de condena, porque solo desde ese momento podría empezar a ejecutarse(101). De este parecer, Nieto García(102) recurre a dos argumentos para justificar su postura: primero, que los preceptos que regulan la prescripción de penas y de medidas de seguridad se ubican sistemáticamente en el mismo Título y Capítulo del CP, destinados a regular las causas de extinción de la responsabilidad criminal y a señalar sus efectos; y segundo, «porque el derecho penal pretende proteger intereses comunitarios, y de igual forma que persigue no dejar impunes determinados hechos delictivos sancionados con medida/s de seguridad, diferida/s en el tiempo de cumplimiento por la

(99) LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «El cumplimiento sucesivo de las penas. Acumulación y refundición», *Diario La Ley*, n.º 8007, 23 de enero de 2013, p. 11.

(100) Art. 135 CP: «1. Las medidas de seguridad prescribirán a los diez años, si fueran privativas de libertad superiores a tres años, y a los cinco años si fueran privativas de libertad iguales o inferiores a tres años o tuvieran otro contenido.

2. El tiempo de la prescripción se computará desde el día en que haya quedado firme la resolución en la que se impuso la medida o, en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse.

3. Si el cumplimiento de una medida de seguridad fuere posterior al de una pena, el plazo se computará desde la extinción de ésta».

(101) GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 168; NIETO GARCÍA, A. J., «Algunas reflexiones sobre la prescripción de la pena privativa de libertad. Fundamentación y consecuencias», *La Ley*, n.º 2, 2006, p. 4; LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «La prescripción de las penas. Examen crítico», en *Nueva regulación de la prescripción en el ámbito penal*, CEJ, Ministerio de Justicia, 2012, p. 23.

(102) NIETO GARCÍA, A. J., «Algunas reflexiones sobre la prescripción de la pena privativa de libertad. Fundamentación y consecuencias», *La Ley*, n.º 2, 2006, pp. 4 y ss.

ejecución anterior/es de medida/s de seguridad o pena/s, tampoco ha de interpretarse que en el cumplimiento sucesivo de penas privativas de libertad pretenda dejar impunes determinados hechos castigados con penas de menor gravedad por la comisión de otros sancionados con penas de mayor gravedad».

A esa misma solución de fondo, considerar que el término de prescripción de la pena que debe cumplirse después no empezará a correr hasta que se haya extinguido (por su cumplimiento) la precedente, aunque sin recurrir a analogías, llegaban algunos autores invocando el fundamento de la prescripción(103), o interpretando, caso de Ramos Gancedo(104), que la regulación legal excluía tácitamente la prescripción cuando el cumplimiento resultase impracticable por la ejecución de otras penas que deben cumplirse imperativamente con anterioridad. De *lege ferenda*, algún autor planteó incluso si cabría comenzar el cumplimiento sucesivo por las penas de menor duración, al ser sus plazos de prescripción más bajos, para así evitar que pudieran prescribir(105).

Igualmente, al menos para las penas acumuladas, había quien señalaba que «el inicio de la ejecución de cualquiera de las penas acumuladas o su quebrantamiento provoca la interrupción de la prescripción de todas las demás»(106). Suárez-Mira Rodríguez escribía que es «más correcto entender que se produce una acumulación de penas y que, a efectos prescriptivos, constituyen una sola que representa la suma de las que la integran»(107); González Tapia defendía que la prescripción generalizada de las penas menos graves sería contraria al fundamento de la institución y que «la *situación de cumplimiento*, en general, de la sentencia debe poder impedir el curso

(103) BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Extinción de la responsabilidad penal», en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 417: «En consecuencia, el legislador debió establecer en este precepto lo que para el cómputo de la prescripción de las medidas de seguridad indica en el art. 135.2».

(104) RAMOS GANCEDO, D., «Artículo 134», en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Director), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2007, p. 998.

(105) RAGUÉS i VALLÈS, R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 205 (353). En todo caso, sostenía el autor que «de lege data deberá acogerse la segunda opción, exhortando al legislador a que introduzca cuanto antes causas de suspensión para estos supuestos. Una petición que no parece exagerada, máxime teniendo en cuenta que en la regulación de las medidas de seguridad (art. 135.3 CP) sí se prevén soluciones específicas para problemas semejantes».

(106) LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «El cumplimiento sucesivo de las penas. Acumulación y refundición», *Diario La Ley*, n.º 8007, 23 de enero de 2013, p. 11.

(107) SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ C., «La prescripción de los delitos y las penas», en *Ejecución de sentencias penales*, CEJ, Ministerio de Justicia, 2006, p. 22.

del plazo prescriptivo de aquellas penas que hayan de ejecutarse sucesivamente»(108); y Cardenal Montraveta(109) admitía la suspensión de los plazos en tanto que, aunque el penado no puede cumplir alguna o varias penas, «sí ha empezado a cumplir la condena».

Por otra parte, Téllez Aguilera(110) apelaba en los supuestos de concurrencia de varias penas de prisión al principio de unidad de ejecución (art. 193.2.^a RP), para sostener que el penado no estaría cumpliendo en el centro penitenciario únicamente la pena más grave, sino la totalidad de las impuestas. Para las penas refundidas, en algún pronunciamiento judicial se declaró que entre los múltiples efectos del enlace penitenciario se encontraba el de provocar la suspensión de los plazos de prescripción de todas las condenas privativas de libertad pendientes de cumplimiento (SAP Madrid 647/2009, de 15 de octubre). Si bien, a juicio de López López(111), en alusión a lo resuelto allí, «esta solución, acertada en los fines, técnicamente no puede ser más defectuosa». Y ello, afirma, «en primer lugar, porque carece de un sólido apoyo legal, que en ningún caso puede ofrecerle el art. 193.2 RP. Y después porque se olvida de que las penas privativas de derechos –inhabilitaciones especiales, privación del permiso de conducir, prohibición de residir o acudir a determinados lugares, alejamiento de la víctima, etc.–, también pueden ser de imposible cumplimiento simultáneo, y para ellas no se ha previsto posibilidad alguna de refundición o una autoridad encargada de ordenar su cumplimiento sucesivo».

De distinta opinión a la corriente anterior, para Guinarte Cabada, a falta de regulación específica, nada se opondría a la prescripción simultánea de varias penas que no pueden cumplirse coetáneamente, con el argumento de que «la prescripción no es el cumplimiento y sus fines son otros, por lo que debe bastar la referencia a la pena más grave para entender también prescritas las otras». Es decir, según ese autor, sería posible que penas que no tolerasen su cumplimiento simultáneo tuvieran una prescripción simultánea, porque el tiempo

(108) GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *La prescripción en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 259. La cursiva es original.

(109) CARDENAL MONTRAVETA, S., «Constitución y prescripción de la pena», en MIR PUIG, S. (Coord.), *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2012, p. 333.

(110) TÉLLEZ AGUILERA, A., «La prescripción de las penas. Un estudio a la luz de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional (STC 97/2010, de 15 de noviembre)», *La Ley Penal*, n.º 85, septiembre 2011, p. 6.

(111) LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «El cumplimiento sucesivo de las penas. Acumulación y refundición», *Diario La Ley*, n.º 8007, 23 de enero de 2013, p. 12. Previamente, «Ejecución penal y analogía», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 25, 2011, p. 16.

corre para todas(112). Sin embargo, como puntualiza después, esa solución que plantea traería consigo consecuencias anómalas, tales como que prescribiese antes la condena por un delito continuado que la del condenado en concurso real de infracciones por los mismos hechos a una pluralidad de penas. Entre la doctrina científica, también admitía la eventual prescripción durante el cumplimiento de otras sanciones de ejecución no simultánea, dada la carencia de previsiones legales interruptivas, Serrano Butragueño(113). Para que se entendiera una pena prescrita, la duración de la pena anterior o anteriores debería de ser superior a su plazo de prescripción(114).

Los tribunales, con similares argumentos a los acabados de exponer, venían rechazando que los plazos de prescripción de las penas pudieran avanzar durante el cumplimiento efectivo de otras penas más graves no simultaneables. Así, verbigracia, la prescripción de la pena o penas y declaración de extinción de la responsabilidad penal del condenado era denegada por cuanto «una interpretación sistemática y lógica de los preceptos citados, debe llevar a concluir que el plazo de prescripción de la pena no transcurre mientras dicha pena está esperando el turno que le corresponde para su cumplimiento sucesivo con otras penas impuestas al mismo condenado» (AAP Madrid 418/2006, de 7 de septiembre). En alguna otra ocasión, por ejemplo, se excluyó la prescripción «dado que una cosa es el plazo de prescripción de la pena (la propia de un delito, o de diversos delitos, individualmente considerados) y otra el límite al cumplimiento sucesivo de las penas, conforme a las reglas de los artículos 75 y 76 del Código Penal» (AAP Madrid

(112) GUINARTE CABADA, G., «De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos», en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen 1 (Arts. 1 a 233)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 687. De acuerdo con ese autor, DE LAMO RUBIO, J., «arts. 125 al 137», en GARCÍA VICENTE, F., SOTO NIETO, F., DE LAMO RUBIO, J. y GUILLÉN SORIA, J.M., *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 478, que considera que, de las ofrecidas doctrinalmente, es «quizá la solución más ponderada».

(113) SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Las penas en el nuevo Código Penal*, Comares, Peligros (Granada), 1996, pp. 178 y 225. En la primera de las páginas referidas señala lo que transcribimos: «La razón de ello entiendo que estriba en la ficción penitenciaria de acumular todas las condenas que contengan penas privativas de libertad como si de una única se tratara. Mas esto no ha de ser así y el legislador tendría que haber dispuesto, al igual que hace para las medidas de seguridad sucesivas al cumplimiento de una pena, que: si el cumplimiento de una *pena* fuere inmediatamente posterior al de *otra* sin solución de continuidad (es decir, sin interrupción), el plazo de prescripción se computará desde la extinción de la pena anterior». La cursiva es original.

(114) Vid. GARCÍA SAN MARTÍN, J., «La interrupción del plazo de prescripción de las penas», *Diario La Ley*, n.º 8267, 10 de marzo de 2014, p. 3.

443/2007, de 29 de junio), si bien, en nuestra opinión, ello supone confundir un tema de cómputos con los plazos de la prescripción.

Para la AP de Tenerife en un auto de fecha 19 de abril de 2004, debía no admitirse la prescripción en tanto que «... si bien es cierto que en el indicado precepto no se establece plazo de prescripción de las penas como el anterior Código Penal se recogía, ello no quiere decir que por el hecho que se hubiese fijado para el año 2006 el inicio de su cumplimiento la misma se tenga que considerar prescrita pues entonces cuando el condenado estuviese cumpliendo otras, como aquí ocurre, y estas excediesen de los cinco años ya referidos jamás cumpliría las penas menos graves que se le hubiesen impuesto por hechos posteriores, de ahí el contenido del artículo 75 del citado texto legal previsto para los supuestos que una misma condena imponga diversas penas donde se contempla que cuando todas o algunas de las correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, “en cuanto sea posible”».

La opinión de Ramos Gancedo, antes referida, es seguida, literalmente, en el AAP Pontevedra 393/2007, de 22 de octubre: «Practicada refundición de condenas (se dice en el auto de 23.10.06) con respecto a (...), entre las que se encuentra la condena impuesta al mismo en Sentencia de 3.5.94 (apelada ante la A. Provincial) declarada firme por Auto de 14.12.94, y estándose en fase de ejecución de penas que no admiten cumplimiento simultáneo, sino sucesivo (art. 70.1.ª C.P. 1973 y arts. 73 y 75 C.P. 1995), la propia regulación legal (como dice Ramos Gancedo, en Comentarios al Código Penal) “tácitamente, excluye la prescripción de las penas cuando su cumplimiento resulta legalmente impracticable por la ejecución de otras”».

En el mismo sentido, la AP de Barcelona en auto 672/2009, de 13 de noviembre, declaró que «no corren los plazos de prescripción de las penas durante los períodos en que se dilata el comienzo de la ejecución por eventualidades previstas en la propia legislación penal y que de por sí suponen la no paralización de las actuaciones orientadas a su ejecución, como por ejemplo el cumplimiento sucesivo de las condenas por orden de gravedad, no pudiendo cumplirse simultáneamente diversas infracciones del mismo tipo y entidad por el condenado a todas ellas».

Como bien reflexiona Ragués i Vallès, en estos casos en los que aun estando ante una pena ejecutoria no puede darla cumplimiento el penado porque se halla cumpliendo otra más grave, «el hecho de que la regulación vigente no prevea (...) la interrupción de la prescripción de la pena, ni tampoco suspenda su avance, *plantea un evidente dilema*

al juez penal: si este opta por aplicar causas de suspensión (o interrupción) estará asumiendo un evidente riesgo de vulneración del principio de legalidad; pero si, por el contrario decide declarar la pena prescrita sin tener en cuenta las razones que han impedido su efectiva ejecución estará permitiendo que en determinados casos tenga que declararse extinguida la responsabilidad criminal aun cuando tal posibilidad parece quedar claramente fuera de los planes del legislador y se opone a la propia coherencia del sistema jurídico-penal»(115).

La cuestión que debe ocuparnos, por lo tanto, es la de examinar si recurrir a causas no reguladas, inexistentes, de paralización o interrupción de los plazos de prescripción atentaría contra el principio de legalidad, aunque ello pudiera parecer razonable y coherente con los fundamentos de la prescripción, porque sortea el antes aludido sentimiento de impunidad, y de la regla de cumplimiento sucesivo, así como si es dable acoger una interpretación en perjuicio del reo donde y cuando nada se indica.

A nuestro modo de ver las cosas, en tanto que no es legalmente posible que un mismo condenado cumpla a la vez dos o más penas incompatibles, porque, si lo fuera, la de mayor gravedad absorbería al resto de las concurrentes con ella, que devendrían ilusorias, y que el inicio del cumplimiento de las penas no simultaneables se aplaza en la práctica, siguiendo el orden de gravedad respectivo, hasta el momento de extinción de todas las anteriores más severas, parece razonable que la prescripción deba quedar excluida porque la falta de comienzo del cumplimiento de algunas penas responde a que otras deben ejecutarse primeramente con carácter prioritario. Como no puede iniciarse la ejecución de una pena posterior hasta que se tenga cumplida la anterior, las penas a ejecutar en último término no podrían prescribir debido a que el cumplimiento efectivo de la más grave o de las siguientes, mientras dure, provocaría que no se muevan los plazos prescriptivos para todas ellas hasta que realmente sean ejecutables. Al dilatarse el inicio del cumplimiento como consecuencia de una eventualidad legal, en definitiva, el transcurso del tiempo no tendría como efecto la extinción de la responsabilidad penal por prescripción de las penas.

También podríamos pensar que la paralización de los plazos es provocada, de manera implícita, porque todas las penas deben cum-

(115) RAGUÉS i VALLÈS, R., «La inaplazable reforma de la prescripción de la pena: razones y propuestas», en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. (Director), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, p. 552. Los casos a que se refiere son los de solicitud de indulto (art. 4.4 CP), suspensión de la ejecución (art. 80 CP), cumplimiento sucesivo (art. 75 CP) e interposición de recurso de amparo.

plirse consecutivamente, sin solución de continuidad, es decir, sin interrupciones, y puesto que el penado no está en rebeldía, sino más bien todo lo contrario, se encuentra a disposición del órgano competente para la ejecución y cumpliendo efectiva y realmente sus responsabilidades. A la misma conclusión se llegaría partiendo de la distinción entre los módulos pena y condena, porque el penado habría iniciado el cumplimiento de toda la «condena», como entidad comprensiva de las varias penas. En todos los casos subyace que se trata de evitar que el penado que cometió un gran número de delitos pueda ver irremediamente extinguidas sus responsabilidades penales por prescripción, quedando impunes buena parte de sus conductas, con el cumplimiento de una o de un número escaso de penas por un manifiesto descuido del legislador.

Pero, frente a lo que se acaba de decir, debe ponerse la atención en que la redacción primigenia del CP de 1995 no contemplaba formalmente ninguna causa de interrupción ni de suspensión de los plazos de prescripción de las penas, y el *dies a quo* venía fijado en la firmeza de la sentencia o en el quebrantamiento de la condena, lo que nos lleva a rechazar las interpretaciones anteriores. Comenzando por la propuesta de aplicación analógica del art. 135 CP, defendida por algunos autores, hemos de decir que en el texto originario de la LO 10/1995 solo se preveía para las medidas de seguridad en exclusiva que en los casos de cumplimiento sucesivo –posterior a otra medida o a una pena– se computaría el tiempo de prescripción desde que debiera empezar a cumplirse la medida concreta. Por esta razón, estamos de acuerdo con Ríos Martín, Rodríguez Sáez y Pascual Rodríguez cuando afirman que «si el legislador hubiera querido que el cumplimiento sucesivo de las penas interrumpiera el plazo de prescripción de la pena lo hubiera establecido en el art. 134 CP»(116). Pero como no lo hizo, no es posible recurrir a

(116) RÍOS MARTÍN, J. C., RODRÍGUEZ SÁEZ, J. A. y PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual jurídico para evitar el ingreso en la cárcel. Estudio doctrinal y jurisprudencial de las alternativas a la prisión*, Comares, Granada, 2015, p. 187. A lo que añadimos: «Con independencia del diferente fundamento de la pena y de la medida de seguridad, queda claro que si el legislador regula expresamente el inicio del plazo de prescripción en las medidas de seguridad (medida de seguridad más medida de seguridad –art. 135.2–, o pena más medida de seguridad –art. 135.3–) y no hacía ninguna referencia expresa al cumplimiento sucesivo de penas para la prescripción en el art. 134, en aplicación del principio de legalidad (art. 4 y 25.1 CP), insistimos a partir del 1 de julio sí, se puede afirmar que el plazo prescriptorio para las penas de prisión comenzaba exclusivamente con la firmeza de la sentencia sin que quede interrumpido por el cumplimiento previo de otra condena». SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ ha señalado también que «es dudoso que esa solución sea asumible, porque si el legislador reguló específicamente la cuestión para las medidas de seguridad y no para las penas, no parece posible aplicar analógicamente unas reglas previstas ex profeso para una figura

una analogía *in malam partem* que supone desbordar los límites del precepto, ni crear de manera encubierta en manifiesta contradicción con la redacción legal y en perjuicio del reo, un tercer *dies a quo*.

El art. 135 CP no contiene una disposición de carácter general, aplicable tanto a la prescripción de penas como de medidas de seguridad, sino que es propio y exclusivo de las últimas. Al no hacer ninguna mención a las penas, queda claro, en nuestra opinión, que únicamente para las medidas de seguridad se iniciarán los plazos de prescripción, y no antes de ese momento, cuando debieran comenzar a cumplirse en los supuestos de ejecución sucesiva. Las medidas de seguridad tienen su propio *dies a quo* y para ellas rigen reglas específicas que establecen también sus plazos particulares de prescripción, diferentes de las de las penas. Si el redactor de la LO 10/1995 hubiera querido que esas reglas fueran coincidentes, en todo o en parte, lo habría reflejado. Al igual que si su deseo era regular causas particulares de interrupción de la prescripción de la pena. Siendo un problema similar, no se entiende el porqué de dar una solución concreta a un supuesto, y no al otro, dejándolo completamente en el aire y abriendo el margen a una potencial impunidad. De hecho, estrictamente, la conclusión es que resultaría objeto, con esa normativa, de un tratamiento más riguroso el condenado a diferentes medidas de seguridad que el condenado a una multiplicidad de penas.

¿Por qué, por otra parte, una consideración global para entender que se inicia el cumplimiento de todas las penas, si, valiéndonos de las afirmaciones que contiene la STS 543/2001, antes referida, «una cosa es el plazo de prescripción de la pena (la propia de un delito, o de diversos delitos, individualmente considerados) y otra el límite al cumplimiento sucesivo de las penas»? Creemos, como hemos venido diciendo en líneas anteriores, que en ningún caso se deduce de la redacción del Código que la acumulación jurídica provoque una unificación de la penalidad, sino que la misma más bien lleva a sostener lo contrario: son varias las penas impuestas y cada una conserva su autonomía conceptual. Las penas se irán cumpliendo como simples sumandos acumulados, hasta que el penado agote el total aritmético o el límite de cumplimiento fijado por el sentenciador. Es cierto que para el cálculo de los beneficios penitenciarios y la concesión de la

jurídica pero no, en cambio, para otra, hallándose ambas tan próximas además en el Código Penal». «La prescripción de los delitos y las penas», en *Ejecución de sentencias penales*, CEJ, Ministerio de Justicia, 2006, p. 22. De la misma forma, al menos en relación con la no aplicación de las reglas previstas para las medidas de seguridad a las penas, PASTOR ALCOY, F., *Régimen jurídico de la prescripción en el Código Penal español*, Tesis Doctoral, Valencia, 2015, p. 521.

libertad condicional se opera en la práctica como si estuviésemos ante una sola pena, por exigencias del tratamiento penitenciario, pero solo a esos efectos, no a otros. En nuestra opinión, no puede pretenderse que, para un caso, opere una consideración global (cómputo de los plazos de prescripción), y para otros no (extensión del plazo).

El mismo entendimiento se predica respecto de las penas únicamente refundidas, aunque en este caso, si se nos permite, es más claro todavía: el art. 193.2.^a RP –principio de unidad de ejecución– es de carácter reglamentario, afecta únicamente a las condenas privativas de libertad pendientes de cumplimiento y debe valorarse tan solo en la ejecución penitenciaria –literalmente en orden al disfrute de la libertad condicional–, además de que la concesión de las figuras que se ven afectadas por esa ficción jurídica no es, en modo alguno, automática(117). Pero, al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta que no hay concurso real de delitos cuando las infracciones son de épocas diferentes, tratándose, antes bien, de condenas independientes que se enlazan únicamente en sede penitenciaria para no perjudicar a la resocialización del reo. Atribuir al enlace penitenciario efectos suspensivos de la prescripción es del todo excesivo(118). Esta institución, que, como bien afirma García Albero, «se predica exclusivamente de la ejecución»(119), tiene una finalidad limitada, que no es otra que facilitar el cómputo de los plazos penitenciarios para considerar las diferentes condenas como una sola y conceder sobre la suma total obtenida la libertad condicional.

Que dos penas no puedan cumplirse conjuntamente quiere decir, precisamente, que se tendrán que cumplir en distintos momentos; una antes (o después, según se mire) que la otra. Ante todo, una cosa es indiscutible: la razón por la que las penas no pueden cumplirse sucesivamente es porque así lo quiere y decide el legislador; no se debe a una causa imputable al condenado, de modo que, como resultado de

(117) RÍOS MARTÍN, J., RODRÍGUEZ SÁEZ, J. A. y PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual jurídico para evitar el ingreso en la cárcel. Estudio doctrinal y jurisprudencial de las alternativas a la prisión*, Comares, Granada, 2015, p. 188.

(118) Aunque en relación con el periodo de seguridad, GARCÍA ALBERO considera que las penas refundidas mantienen su autonomía conceptual y opina que «pretender transformar una suma de penas menos graves en pena grave a efectos de periodo de seguridad carecería por ello de cobertura no ya legal, como hemos visto, sino también reglamentaria (*inclusio unus exclusio alterus*)». «Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado», en GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 59.

(119) GARCÍA ALBERO, R., «Cumplimiento y ejecución de las penas privativas de libertad. El acceso al tercer grado», en GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J.M., *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 58.

las normas de Derecho positivo, no puede interpretarse un precepto *contra reo* desbordando su tenor literal, ni responsabilizar al penado o hacerle correr con los costes de la ausencia de referencias expresas a la interrupción de la prescripción. La omisión, en ningún caso, no puede ser salvada con interpretaciones analógicas ni integraciones perjudiciales, por mucho que una exégesis teleológica o sistemática pudiera llevar a entender que las penas no pueden prescribir cuando se está cumpliendo materialmente alguna otra. De otra parte, el argumento de que incluir, a efectos de los cálculos penitenciarios, penas que pueden prescribir, desconoce que deberá descontarse la duración de las penas prescritas del tiempo total de cumplimiento.

Quizá, el fundamento de la prescripción se oponga a la interpretación literal del art. 134 CP 1995 y favorable al condenado, porque el reo se encuentra en todo momento a disposición judicial, pero como recogió la FGE en su Memoria del año 2006, aunque «una interpretación lógica nos lleva a entender que el contenido esencial de la prescripción es la inactividad y que, por tanto, el simple transcurso del tiempo habrá de ir acompañado de dicha inactividad para que produzca efectos prescriptivos, *pero lo cierto que no es esto lo que dice la ley aun cuando convendría que se recogiera expresamente*» (cursiva añadida). La FGE, por tal motivo, reclamó tempranamente en ese documento una reforma legal que resolviera cuándo los plazos de prescripción quedarían expresamente interrumpidos⁽¹²⁰⁾. Propuesta que reiteró en su Consulta 1/2012, de 27 de junio, «sobre la interrupción del plazo de prescripción en los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad».

Pensamos, en definitiva, que hay argumentos más que suficientes para rechazar la interpretación, por analogía o no, que lleva a entender que los plazos prescriptivos de las penas de realización sucesiva quedan detenidos durante la ejecución de otras penas más graves o de ejecución preferente que impidan su cumplimiento simultáneo, porque hasta la LO 1/2015 el legislador no había previsto esa consecuencia explícitamente –a modo de suspensión de los plazos– para las penas a ejecutar de acuerdo con lo estipulado por el art. 75 CP. Ampliar en contra del reo el alcance de un precepto penal es causa de vulneración del principio de taxatividad del art. 4.1 CP y de la legalidad constitucional del art. 25.1 CE. Es sabido que el principio de

(120) La redacción que entonces propuso fue la siguiente: «Quedará interrumpido el plazo de prescripción cuando la condena comience a ejecutarse de cualquiera de las maneras legalmente previstas, incluida la suspensión, cuando se suspenda su ejecución por previsión legal o en tanto se ejecutan otras condenas que impidan su cumplimiento simultáneo».

legalidad impide aplicar una norma a un supuesto distinto del que está comprendido en ella, en garantía de los derechos de los ciudadanos.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional afirmó en su STC 97/2010 que el legislador solo enunciaba en el art. 134 CP 1995 cuáles son los plazos de prescripción de las penas, qué penas eran imprescriptibles y fijaba el *dies a quo*, omitiendo, por tanto, cualquier alusión expresa a causas de interrupción, si bien, «implícitamente cabe inferir de su redacción, como pacíficamente admite la doctrina, que en él se contempla el cumplimiento de la pena como causa de interrupción de la prescripción. Ninguna otra causa de interrupción de la prescripción de la pena se recoge en los preceptos dedicados a la regulación de este instituto»(121). Pero, tal y como se desprende de este pronunciamiento, el cumplimiento de una pena interrumpiría solamente para sí misma la prescripción, no para el resto. Que el plazo de prescripción se interrumpa supone que el tiempo previamente transcurrido se diluirá, sin que pueda recuperarse posteriormente. Nada concreto se dijo en dicha resolución respecto de los supuestos de imposibilidad de cumplimiento simultáneo de varias penas en orden a su posible prescripción.

La FGE, en su Consulta 1/2012, de 27 de junio, señaló que la exclusión interpretativa, no ya de causas extralegales, sino de causas interruptoras derivadas de una lectura integrada de los preceptos de la Parte General del Código, traería consigo consecuencias absurdas en otras esferas, con mención expresa de la regla de cumplimiento sucesivo del art. 75 CP. La extensión de los criterios de que se hace gala en la referida STC 97/2010, a juicio de la FGE, «llevaría, por ejemplo, a la prescripción inexorable de las penas no ejecutadas en primer lugar en los supuestos de cumplimiento sucesivo. Las penas privativas de libertad de menor gravedad prescribirían, de este modo, durante el tiempo de ejecución de las de mayor extensión. Sólo el inicio del cumplimiento de cada concreta pena impuesta interrumpiría su particular lapso prescriptivo. Se trata, evidentemente, de una interpretación abrogatoria de los mandatos del art. 75 del Código Penal. El mismo efecto abrogatorio que la traslación mecánica de la sentencia constitucional referida tendría sobre los plazos legales de suspensión y sustitución de penas». Por todo ello, se ordenaba allí a los Sres. Fisca-

(121) Al respecto, véanse RAGUÉS i VALLÈS, R., «La inaplazable reforma de la prescripción de la pena: razones y propuestas», en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. (Director), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, pp. 559 y ss.; CARDENAL MONTRAVETA, S., «Pasado, presente y futuro de la suspensión del cómputo de la prescripción de la pena», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 21, 2019, pp. 7 y ss.

les que se opusieran a una extrapolación indebida de los fundamentos de la mencionada sentencia, en especial para evitar una aplicación inadecuada de la prescripción en las hipótesis de cumplimiento sucesivo de múltiples penas.

Previamente, el Alto Tribunal, en sentencia 450/2012, de 24 de mayo, se pronunció en sentido favorable a entender que los plazos de prescripción se paralizan durante la ejecución de otras penas de cumplimiento sucesivo (art. 75 CP) –aunque no solo en esos supuestos, sino también en los casos de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad *ex arts. 80 y ss. CP*–. Comienza por afirmar la Sala Segunda del TS en dicha resolución que «una consideración simplista del art. 134 CP nos llevaría a entender que la pena prescribe en todo caso una vez transcurrido el periodo de tiempo previsto en la ley desde la firmeza de la sentencia, lo que podría llevar a soluciones absurdas y que atentan al sentido, como destacan algunas sentencias de la jurisprudencia menor». Por esa razón, declaró a continuación que «no deben correr los plazos de prescripción de la pena durante los periodos en que se dilata el comienzo de ejecución por eventualidades previstas en la propia legislación penal y que implican de suyo la no paralización de las actuaciones orientadas a la ejecución, eventualidades tales como la suspensión de la ejecución, en los términos de los arts. 80 y ss CP, el cumplimiento previo de las penas más graves, según dispone el art. 75 CP, pero también la sustanciación de todas aquellas actuaciones procesales que atienden las peticiones del condenado a propósito precisamente de la propia ejecución o sustituciones de las penas privativas de libertad». Para alcanzar dicha conclusión estima, como venía coligiendo un sector de la doctrina y otros tribunales de rango inferior, que «es suficiente con reducir teológicamente la norma que dispone el “dies a quo” del plazo prescriptivo de las penas y que no se sitúa inexorablemente en la fecha de la firmeza de la sentencia o el quebrantamiento de la condena, sino en el momento en que, resueltas todas las incidencias referidas a la ejecución de la pena y el modo de llevarle a cabo, debe dar comienzo el cumplimiento de la condena».

Como vemos, en esa sentencia se solventan dos cuestiones trascendentales, aunque en realidad una sea consecuencia inmediata de la otra: por un lado, que el *dies a quo* se sitúa materialmente en la fecha en la que pudiera realmente comenzar la ejecución de la pena de que se trate, aunque ello suponga contradecir la literalidad del art. 134 CP; y por otro, que el tiempo de prescripción de cualquiera de las penas de cumplimiento sucesivo queda paralizado, literalmente, no debe correr, entre tanto se produzca la ejecución efectiva de las penas más graves. El resultado interpretativo es que las penas de menor gravedad que

deban ejecutarse en última instancia no pueden prescribir aunque se hubiera franqueado su plazo prescriptivo desde la firmeza de la sentencia, sin necesidad de recurrir a lo dispuesto en otras normas por analogía. Advierte expresamente el TS de que llega a esa conclusión desde una justificación sustantiva de la prescripción, sin recurrir a la aplicación analógica de las causas de interrupción previstas para la prescripción de los delitos.

Por las razones que hemos expuesto *supra*, no podemos estar de acuerdo con esta exégesis. La que aquí defendemos, por mucho que pueda parecer demasiado literal o simplista, y aunque conllevaría una prescripción casi por sistema de las penas a cumplir en último lugar, es la que, ante el silencio legal, resulta más favorable para el penado, amén de la más respetuosa con el principio de legalidad. En verdad, solo se está produciendo el cumplimiento efectivo de una pena y no el de las varias, de modo que no puede interpretarse, como hemos dicho, en el sentido de perjudicar al penado, que el cumplimiento de una, mientras tenga lugar, interrumpe la prescripción de todas las penas. La interpretación adoptada por ese pronunciamiento, en cambio, vulnera, desde nuestro punto de vista, el art. 134 CP 1995, estableciendo un *dies a quo* fuera de los cauces legales(122).

Bien dijo Ragués i Vallès(123) que «la vigente regulación de la prescripción de la pena merece ser considerada, sin riesgo de error o exageración, como uno de los aspectos más deficientes del Código Penal de 1995». Esa deficiencia se traduce, en lo más relevante, en la falta de previsión de causas interruptoras. La eventual prescripción de las penas de cumplimiento sucesivo situadas al final de la hilera se convertiría así en un mecanismo paliativo frente a las condenas de excesiva duración, especialmente cuando una falta de conexión temporal entre algunos de los delitos conduce a condenas prácticamente perpetuas o vitalicias. Esto es, de las que parte de la doctrina deno-

(122) PASTOR ALCOY en su tesis doctoral, cuando analiza la posible prescripción en los casos de cumplimiento de una pluralidad de penas incompatibles, la rechaza con una interpretación sistemática de todo el ordenamiento jurídico. Si bien, advierte «que el tiempo de inexecución de la pena, o el tiempo de quebrantamiento de la pena computará simultáneamente como plazo de prescripción para todas las penas impuestas, ya que el CP no ha previsto un hipotético cumplimiento sucesivo de los plazos de prescripción. Es decir, quien ha sido condenado a tres penas de prisión, si es hallado deberá cumplir quince años de prisión, mientras que si permanece cinco años huido de la justicia le prescribirán las tres penas». *Régimen jurídico de la prescripción en el Código Penal español*, Tesis Doctoral, Valencia, 2015, p. 522.

(123) RAGUÉS y VALLÈS, R., «La inaplazable reforma de la prescripción de la pena: razones y propuestas», en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. (Director), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, p. 547.

mina condenas eternas(124). Por el contrario, penas de distinta naturaleza y efectos, susceptibles de cumplimiento simultáneo, aunque leves, no podrían prescribir como consecuencia, precisamente, de esa forma de cumplimiento en paralelo.

Muy interesantes son las reflexiones de López López: «Por supuesto, ninguna de estas causas de interrupción de la prescripción de las penas tiene un apoyo legal explícito y solo cabe aceptarlas como resultado de un proceso de interpretación extensiva o analógica de las causas de interrupción de la prescripción de los delitos y las medidas de seguridad. Razón más que suficiente para haber sido objeto de rechazo por ciertos Tribunales y recientemente, ya con mucho más predicamento, por el Tribunal Constitucional es la sentencia 97/2010, de 15 de noviembre. En cualquier caso y con independencia del curso que nuestra jurisprudencia haya de seguir tras esta última resolución, lo cierto es que, hasta ahora mismo, hemos estado admitiendo causas de interrupción de la prescripción de las penas no previstas en el art. 134 CP y que solo pueden ser explicadas como formas de aplicación equitativa de la norma a un supuesto no previsto por ella, pero con el que guarda afinidad»(125).

Nos gustaría, finalmente, traer a colación dos inteligencias que apoyan que era viable antes de la modificación legal de 2015 la prescripción de algunas penas durante el cumplimiento de otras según el art. 75 CP. Históricamente, la virtualidad de la regla de cumplimiento sucesivo quedaba reducida a la ejecución «en cuanto sea posible, por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas o por haberlas ya cumplido» el sentenciado (art. 70 CP 1944/1973), aunque la doctrina rebatiese, fundadamente, que esas dos circunstancias no agotaban todas las posibilidades de aplicación del precepto. Suprimida dicha condición con el CP de 1995, con independencia de cuál sea la causa por la que se extinguiera la responsabilidad penal, incluida, pues, la prescripción, debería iniciarse la ejecución de la siguiente pena de realización sucesiva (aunque, lógicamente, si una pena anterior de mayor duración ha prescrito también lo habría hecho la ulterior) o devenir no posible. El Código vigente no limita las posibilidades de cumplimiento sucesivo más que a los casos en que este no sea posible, abstractamente; de manera que la cláusula «en cuanto sea posible»

(124) RÍOS MARTÍN, J.C., ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. y PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, 2.^a edición, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2018, pp. 743 y ss.

(125) LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «Ejecución penal y analogía», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 25, 2011, p. 15. La transcripción es literal.

englobaría también los casos de imposibilidad de ejecución por prescripción de las penas(126).

Por último, en la Instrucción 11/2011 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, sobre el cumplimiento de la pena de localización permanente en centro penitenciario, se establece que, cuando sean varias las penas de esta clase, provenientes de diferentes sentencias, se cumplirán sucesivamente comenzando por la que tenga un plazo de prescripción más perentorio (y no por la más grave, ni siquiera por la primera impuesta en el tiempo). De tal manera se evita la prescripción de las penas cuyo plazo prescriptivo es menor y viene a reconocerse que era posible que, durante el cumplimiento de las penas a ejecutar en primer lugar, prescribieran aquellas otras cuyo plazo de prescripción fuera inferior a la magnitud temporal que restara para poder iniciar su cumplimiento (*id est*, a la duración de las primeras penas).

3.1 Situación resultante de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo

La LO 1/2015 incorporó en el art. 134.2 CP, letra b), con mención expresa al art. 75 CP, una fórmula específica para evitar que las penas incompatibles de menor duración puedan prescribir en espera de que finalice el cumplimiento de las más graves, declarando que los plazos prescriptivos de todos los castigos en concurso quedarán en suspenso cuando aquel precepto resulte aplicable (si las penas, claro está, vienen cumpliéndose)(127). Aunque en realidad, nada habría cambiado,

(126) Similar, RÍOS MARTÍN/RODRÍGUEZ SÁEZ y PASCUAL RODRÍGUEZ: «El legislador ha introducido en el art. 75 Cp los términos “*en cuanto sea posible*”. ¿Qué quiere decir el legislador: ¿qué no siempre el cumplimiento sucesivo es posible?, ¿qué no es posible porque cumple el tope máximo de 20/25 o 30 años?, ¿qué no es posible porque el reo haya muerto?, o ¿qué no es posible porque las penas estén prescritas? Creo que todas estas interpretaciones son aceptables. Lo que refuerza la tesis de que las penas pueden cumplirse de mayor a menor gravedad o al revés. Esta es la tesis que venimos manteniendo: si las penas se ordenasen de menor a mayor no prescribirían nunca, pero como la administración penitenciaria las ordena de mayor a menor, se está permitiendo que prescriban las más pequeñas». *Manual jurídico para evitar el ingreso en la cárcel. Estudio doctrinal y jurisprudencial de las alternativas a la prisión*, Comares, Granada, 2015, p. 188.

(127) Como ya solicitaba, entre otros, RAGUÉS i VALLÈS R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 205. De nuevo, en «La inaplazable reforma de la prescripción de la pena: razones y propuestas», en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. (Director), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, pp. 566-567.

pese a la reforma, si se entiende que la prescripción «se interrumpe de manera natural cuando el pronunciamiento se esté ejecutando en los términos legalmente previstos, que no es otro que el cumplimiento sucesivo por orden de gravedad de las penas privativas de libertad que hayan de llevarse a término» (STS 692/2018, de 21 de diciembre)(128). Las penas menos graves, con plazos de prescripción inferiores, ya no se exponen a su eventual prescripción durante el cumplimiento de las más severas. La reforma, en este sentido, es de aplaudir, porque vino a corregir un grave descuido legislativo.

Con la modificación, el legislador se posiciona con la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia que postulaban que, en los casos de cumplimiento sucesivo, por imposibilidad legal de una ejecución simultánea, quedaba tácitamente paralizado el cómputo de prescripción de todas las penas mientras se estuviera cumpliendo efectivamente alguna de ellas, y opta explícitamente –ahora sí– por suspender el plazo de prescripción de las penas durante el cumplimiento de otras *ex art. 75 CP*. La redacción del inciso adicionado por la LO 1/2015 como apartado segundo del art. 134 CP es la siguiente: «El plazo de prescripción de la pena quedará en suspenso: a) Durante el período de suspensión de la ejecución de la pena. b) Durante el cumplimiento de otras penas, cuando resulte aplicable lo dispuesto en el artículo 75»(129).

Conforme se expone en el número VII del Preámbulo de la LO 1/2015, «las penas de la misma naturaleza –en particular, las penas privativas de libertad– se cumplen de forma sucesiva por orden de gravedad (artículo 75 del Código Penal), por lo que resulta conveniente excluir expresamente, en la regulación del plazo de prescripción de la pena

(128) De esta idea, por ejemplo, señala MOLINA FERNÁNDEZ que «tampoco merece reparo alguno la nueva regulación que prevé expresamente la suspensión, solución a la que ya se podía llegar antes mediante una adecuada interpretación, ya que el propio Código Penal prevé el cumplimiento sucesivo de las penas (CP art.75), lo que entraña tácitamente la interrupción de la prescripción de las penas que se cumplen tras otras». «Causas que extinguen la responsabilidad penal», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coordinador), *Memento práctico penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 735. Escribe CARDENAL MONTRAVETA por su parte que, considerar que el cómputo se suspende o interrumpe tan solo en los casos en que se produce el cumplimiento de la condena por ejecución de alguna de las penas impuestas «supone primar esta circunstancia y dejar en un segundo plano el hecho de que el cumplimiento sucesivo de las penas y la suspensión de su ejecución retrasan este último momento, un retraso que, normalmente, supondrá una pérdida de la eficacia preventiva general de la ejecución de la pena que, sin embargo, no basta para justificar la prescripción». «Pasado, presente y futuro de la suspensión del cómputo de la prescripción de la pena», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 21, 2019, p. 14.

(129) Sobre la primera de las previsiones, véase CARDENAL MONTRAVETA, S., «Pasado, presente y futuro de la suspensión del cómputo de la prescripción de la pena», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 21, 2019, pp. 18 y ss.

pendiente de cumplimiento, el tiempo durante el cual el penado está cumpliendo otra pena de la misma naturaleza que forzosamente tiene que ser cumplida en primer lugar». En su valoración, Delgado Muñoz(130) afirma al respecto que «parece que el legislador realiza esta excepción en base al presupuesto del “cumplimiento”, que como el Tribunal Constitucional contempla [...] es la única causa de interrupción del plazo de prescripción. Así, en lo referente a la excepción del art. 75 CP la causa reside en el cumplimiento sucesivo de penas de la misma naturaleza que impiden el cumplimiento simultáneo [...]».

El presupuesto fáctico del que parte la letra b) del art. 134.2 CP es el de un sujeto condenado por diferentes delitos en concurso real a una pluralidad de penas de imposible ejecución simultánea, en el mismo o en diferentes procesos(131). La regla de cumplimiento sucesivo es extensible a toda clase de penas incompatibles para simultanearse, sin que quede limitada su aplicación en exclusiva a las penas privativas de libertad, pese a que la jurisprudencia del TS viene declarando que el art. 76.1 CP solo puede beneficiar al condenado a esa clase de penas. La suspensión de los plazos, por este motivo, afectará al sentenciado a penas que, independientemente de su naturaleza, deban cumplirse respetando un orden sucesivo, de más a menos gravedad. En cualquier caso, lo más frecuente es que estemos en presencia de múltiples penas de privación de libertad.

Coincidiendo con lo dicho por Guinarte Cabada(132), el CP regula actualmente la suspensión de los plazos de prescripción de las penas menos graves «cuando se esté cumpliendo otra de igual naturaleza y

(130) DELGADO MUÑOZ, L.J., «La prescripción de la pena. Situación tras la LO 1/2015 y sus vicisitudes en cuanto al cómputo del plazo respecto de las penas concretas», *Diario La Ley*, n.º 9445, 27 de junio de 2019, p. 8.

(131) Así, MORALES PRATS: «En suma, se trata esencialmente de los supuestos de concurso real de delitos castigados con varias penas de prisión en una misma sentencia o bien de los casos de varias condenas sucesivamente dictadas en diversas sentencias». «Artículo 134», en QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios al Código Penal español*, 7.ª edición, Tomo I (Artículos 1 a 233), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 936. De la misma forma, GUINARTE CABADA: «Es, básicamente, lo que sucede en los supuestos de concurso real de varios delitos castigados con penas de prisión en un mismo fallo, o en el caso de varias condenas sucesivas en sentencias distintas». «Prescripción de los delitos y de las penas», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch [recurso digital], Valencia, 2015, p. 440. En similares términos, también, PÉREZ FERRER, F., «La extinción de la responsabilidad criminal: prescripción de los delitos y las penas y cancelación de antecedentes penales», en MORILLAS CUEVA, L. (Director), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 322.

(132) GUINARTE CABADA, G., «Prescripción de los delitos y de las penas», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch [recurso digital], Valencia, 2015, p. 440.

de ejecución anterior», lo cual goza de pleno sentido, ya que, de no ser así, resultaría que cuando debiera iniciarse la ejecución de una pena de menor gravedad que otra, encontraríamos que podría estar inevitablemente prescrita. Sin embargo, es necesario realizar una pequeña matización, en un sentido al que ya hemos aludido: puede, perfectamente, haber penas de diferente naturaleza que resulten no compatibles para ejecutarse de forma simultánea, si coinciden sus efectos, por lo que no es dable predicar, según lo hace el legislador en el preámbulo de la LO 1/2015, con carácter general, que deberá tratarse de penas, todas ellas, de la misma clase o especie para que se active la suspensión. Si solamente viniera referida la regla al condenado a penas de la misma naturaleza incompatibles, fuera de esta previsión quedarían los sentenciados a penas de diferente naturaleza, aunque también de necesaria ejecución sucesiva, lo que no parece razonable ni estimamos que sea la voluntad real del legislador.

La regla que nos ocupa es aplicable a las varias penas que deban cumplirse sucesivamente *ex art. 75 CP*. La cuestión, seguidamente, es preguntarnos acerca de cuál es el alcance del efecto suspensivo para los casos de acumulación jurídica y de refundición penitenciaria. Quede claro que la referencia directa que se contiene en el art. 134.2 CP no es a la acumulación jurídica practicada al amparo de los arts. 76 CP y 988 LECrim, sino a la acumulación material sucesiva. Creemos, no obstante, que debe respetarse la suspensión ordenada siempre y cuando estemos ante un concurso real de delitos con penas no simultaneables, porque, en cualquier caso, y pese a fijarse la limitación mitigadora, las penas conservan su autonomía y deben cumplirse una tras otra respetando el orden de su gravedad, aunque a efectos penitenciarios el principio de unidad de ejecución conduzca a operar –con el límite– como si estuviésemos ante una sola condena.

El criterio de acumulación jurídica no establece más que un límite temporal al cumplimiento sucesivo. La solución suspensiva alcanza, pues, a las penas acumulables materialmente del art. 75 CP y a las penas sometidas al principio de acumulación jurídica, que en realidad introduce una corrección parcial a la acumulación pura. De diferente opinión, sin embargo, es García San Martín: «La solución apuntada en nada afecta a las penas acumuladas jurídicamente, siendo así que su singularidad y la incidencia que la consiguiente fijación de un límite máximo de cumplimiento y la extinción de las que excedan del mismo, puede representar para la prescripción de las mismas, sigue sin haber sido tenida en consideración por el Legislador»(133).

(133) GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La acumulación jurídica de penas*, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior, Madrid, 2016, p. 111.

Ahora bien, a nuestro entender, cuando de una simple refundición se trate, por sobrevenir nuevas condenas, por hechos independientes y no conexos temporalmente con los anteriores, a quien ya se encuentra en un centro penitenciario cumpliendo sus responsabilidades, la suspensión del art. 134.2 CP no afectaría a dicho condenado porque, aunque las penas deban cumplirse sucesivamente, ello no es por mandato directo del art. 75 CP. Estas situaciones, incomprensiblemente, no han sido resueltas por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

Por otro lado, como explica Cardenal Montraveta, desde la entrada en vigor de la LO 1/2015, el inicio del cumplimiento de la pena más grave suspenderá todos los plazos de prescripción, suspensión que finalizará cuando lo haga la ejecución de tal pena, salvo que se haya quebrantado, lo cual provocará, según dice, la interrupción del cómputo y su reinicio. A juicio de este autor, las penas más leves, como no se estaban cumpliendo, no se habrían quebrantado y en su cómputo se conservaría el tiempo de prescripción previo a que empezara a cumplirse la sanción más severa(134). Esto no está carente de sentido, decimos por nuestra parte, porque cada una de las penas conserva su individualidad.

Opta el legislador por la suspensión y no por una interrupción de los plazos de prescripción. Como señalan Guinarte Cabada(135), Morales Prats(136) o Pérez Ferrer(137), esto quiere decir que el tiempo de prescripción transcurrido antes de la suspensión del plazo, de existir, se tendrá en cuenta a la finalización de la causa que motivó la paralización. Tanto la interrupción como la suspen-

(134) CARDENAL MONTRAVETA, S., «Artículo 134», en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 485-486; el mismo, con referencia a las penas de multa, *Ejecución y prescripción de la pena de multa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 154.

(135) GUINARTE CABADA, G., «Prescripción de los delitos y de las penas», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2.^a edición, Tirant lo Blanch [recurso digital], Valencia, 2015, p. 440.

(136) MORALES PRATS, F., «Artículo 134», en QUINTERO OLIVARES, G. (Director), *Comentarios al Código Penal español*, 7.^a edición, Tomo I (Artículos 1 a 233), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 936.

(137) PÉREZ FERRER, F., «La extinción de la responsabilidad criminal: prescripción de los delitos y las penas y cancelación de antecedentes penales», en MORILLAS CUEVA, L. (Director), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 323. En concreto: «Cabe señalar, que lo que el precepto prevé, en ambos supuestos comentados, es la suspensión, –no la interrupción del plazo–, por lo que el tiempo de prescripción transcurrido antes de la suspensión, si lo hubiere, o durante el periodo de cumplimiento de otra pena de imposible cumplimiento simultáneo, se computará para la prescripción, y se sumará a partir del momento en que finalice propiamente el periodo de suspensión de la pena».

sión conllevan la paralización del cómputo, pero la primera, como principal efecto, implica que se perderá lo ganado hasta el momento, lo que no sucede con la suspensión. La diferencia entre una y otra, por lo tanto, estriba en la eficacia que se da al tiempo transcurrido previamente (138). En los casos que nos ocupan, luego, no se reiniciará el cómputo, sino que el tiempo de prescripción ganado antes de la suspensión se tendrá en cuenta cuando se alcance la misma, con posibilidad de acumular o sumar varios periodos.

En este nuevo contexto normativo, se aprecia en la STS 692/2018, de 21 de diciembre, que el legislador no habría modificado el régimen jurídico de la prescripción, o sea, que no habría introducido una limitación o restricción que antes de julio de 2015 no existiera. El alcance de la reforma quedaría restringido, según dicha resolución judicial, a decidir que se produce una mera paralización del plazo y no el reinicio del periodo de cómputo. El legislador habría actuado, en suma, «buscando un mejor conocimiento del criterio y una mayor seguridad jurídica en su aplicación». Se opta en esa resolución, además, por amparar una consideración global de las penas de cumplimiento sucesivo, que no afectaría únicamente a la paralización de los plazos, sino que operaría también «para el momento del cómputo inicial (dies a quo)».

En lo referido al *dies a quo*, se indica en tal sentencia que «debe significarse que el cómputo del plazo prescriptivo no viene referenciado a cada pena concreta de manera individual». A partir del término «condena», seguidamente, se subraya que su «contenido semántico trasciende la observación singularizada de cada una de las sanciones que debe cumplir el reo, obligando a contemplar el cumplimiento de todo el complejo y ligado reproche punitivo que le fuera exigible». Consideración que, según se dice, también resultaría de la concepción unitaria de la ejecución proclamada con ocasión de la acumulación de penas (con cita de las SSTC 127/1984, 148/2013 y 12/2016). En el FD 3 de la STS 692/2018 afirma la Sala que, con la reforma de 2015, únicamente, se normativizan los términos del cómputo «que ya se recogían con anterioridad».

(138) CARDENAL MONTRAVETA, S., «Artículo 134», en CORCOY BIDASOLO, M y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 483. Del mismo autor, «Pasado, presente y futuro de la suspensión del cómputo de la prescripción de la pena», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 21, 2019, p. 4.

A diferencia de la hermenéutica exhibida en esa sentencia, la modificación que introdujo el legislador es de suma trascendencia. Con anterioridad al 1 de julio de 2015, como hemos venido diciendo en líneas anteriores, no existían legalmente para las penas causas tasadas de interrupción ni de suspensión de la prescripción y, por ese mismo Tribunal, se sostenía, por ser la interpretación más favorable para el penado, que los plazos de prescripción son siempre individuales, aspecto que, en la precitada resolución, parece desconocerse, cuando no rechazarse. Las penas acumuladas no prescriben de forma conjunta o en bloque, sino que debe atenderse a cada uno de sus plazos particulares, independientemente, reiteramos, de que en sede penitenciaria se opere con las penas enlazadas conformando una sola unidad de cumplimiento por exigencias del principio de individualización científica. Pero ese enlace o unidad de cumplimiento en nada influye sobre la prescripción. Las penas que se tienen en cuenta a los efectos prescriptibles son las individual e inicialmente impuestas, y no las penas «globales» que resultan por acumulación material sucesiva, limitada o no, o por refundición.

La letra b) del art. 134.2 CP, al solventar que se suspenden los plazos de prescripción, no hace que el momento de inicio del cómputo se aplace en el tiempo, sino que el *dies a quo* se mantiene en la sentencia firme. Lo que indica el legislador de 2015 es que no podrán computarse los plazos prescriptivos mientras el condenado se encuentre cumpliendo otras penas de mayor gravedad, a ejecutar con anterioridad. Así las cosas, el periodo que transcurra en estas situaciones de efectivo cumplimiento de alguna pena carcerá de repercusión para la prescripción de la propia y del resto. Suspensión que, como se ha dicho, es una forma de paralización, pero que, desde el plano más práctico, no viene acompañada, a diferencia de la interrupción, de una eliminación del tiempo transcurrido con anterioridad a comenzar a regir.

Una cuestión muy importante: si esta solución ya existía, ¿cuál es el motivo por el que se ha incluido un apartado segundo en el art. 134 CP en los términos y con los efectos indicados? Sin duda, la rectificación legal excluye de la prescripción el tiempo durante el que no es posible cumplir algunas penas por estar el penado cumpliendo otras (aunque solo en los casos del art. 75 CP). Pero lo cierto, es que viene a avalar que con la normativa precedente era posible, en respeto al principio de legalidad, y con una interpretación *pro reo*, que prescribieran algunas de las penas de menor duración a cumplir en último lugar por no haber reparado en ello el

legislador. Haciéndonos eco de las palabras de García San Martín, el legislador de 2015 «viene a constatar que no debía resultar tan evidente y concluyente, como defendía una doctrina mayoritaria, la solución imperante, que pasaba por entender el cumplimiento de otras penas anteriores como una causa “natural” de interrupción del plazo prescriptivo de las llamadas a ser cumplidas ulteriormente en virtud del art. 75 del Código Penal»(139).

Finalmente, de no haberse iniciado el cumplimiento de la pena más grave o de otra por el reo, ha de entenderse, como ya venía destacando la corriente doctrinal mayoritaria con anterioridad a 2015, que la prescripción de las penas será simultánea, en el sentido de que habrá un único inicio del cómputo, y sin paralizaciones efectivas(140). Ausente un cumplimiento material, no puede haber suspensión de los plazos. Las penas, aquí sí, podrán prescribir en bloque, y nada impedirá que, por la tardanza excesiva en el inicio o reinicio de la ejecución de las más severas, prescriban las de menor duración. Esta consecuencia, propia de las penas de ejecución simultánea, es extensible a las penas de cumplimiento sucesivo. La justificación de esta forma de proceder, en palabras de Gili Pas-

(139) GARCÍA SAN MARTÍN, J., *La acumulación jurídica de penas*, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior, Madrid, 2016, p. 111.

(140) GUINARTE CABADA, G., «De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos», en VIVES ANTÓN, T. S (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I (Arts. 1 a 233)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 687; MORALES PRATS, F., «De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos», en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2.ª edición, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, p. 660; GILI PASCUAL, A., *La prescripción en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 169. Después de la LO 1/2015, CARDENAL MONTRAVETA, S., «Artículo 134», en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Directores), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 485; GILI PASCUAL, A., «Artículo 134», en GÓMEZ TOMILLO, M. (Director), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo I. Parte general. Artículos 1-137*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1.125; PASTOR ALCOY, F., *Régimen jurídico de la prescripción en el Código Penal español*, Tesis Doctoral, Valencia, 2015, pp. 522-523; PÉREZ FERRER, F., «La extinción de la responsabilidad criminal: prescripción de los delitos y las penas y cancelación de antecedentes penales», en MORILLAS CUEVA, L. (Director), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 323. GUINARTE CABADA afirma que la nueva regulación «no impide la prescripción simultánea de varias penas si la primera que ha de ser cumplida precisamente prescribe por no estar ejecutándose». «Prescripción de los delitos y de las penas», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Director), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch [recurso digital], Valencia, 2015, p. 440. Lo indica, de nuevo, CARDENAL MONTRAVETA en «Pasado, presente y futuro de la suspensión del cómputo de la prescripción de la pena», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 21, 2019, p. 28.

cu(141), se encuentra en que «la prescripción no pretende ser otra forma de cumplimiento, teniendo cada causa de extinción de la responsabilidad sus propios fines y presupuestos». Tal solución fue acordada por la STS 921/2001, de 23 de mayo, en un caso en el que el reo no se reincorporó al centro penitenciario tras un permiso de salida, declarándose la prescripción de la pena, y también en la STS de 29 de marzo de 2001 antes citada. La prescripción de las sanciones, por falta de inicio de ejecución, se estima, entre otras muchas resoluciones, en el AAP Tarragona 218/2009, de 14 de mayo, en un supuesto de imposición de varias medidas a un menor de edad. Ya después de la reforma de 2015, puede traerse a colación en el mismo sentido el AAP Barcelona de fecha 8 de marzo de 2019(142).

Sin embargo, frente a lo anterior, parte de la doctrina, aunque minoritariamente, sostenía que si las penas de menor gravedad solo pueden empezar a cumplirse cuando se hayan extinguido las anteriores, dicha conclusión sería extrapolable al cómputo de la prescripción cuando no tenga lugar ninguna actividad ejecutiva. Las penas prescribirían individualmente y el *dies a quo* sería el momento en el que quedó extinguida la pena anterior por su prescripción. Prescripción de las penas que, como el propio cumplimiento, sería sucesiva, porque, siendo otra la solución,

(141) GILI PASCUAL, A., «Artículo 134», en GÓMEZ TOMILLO, M. (Director), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo I. Parte general. Artículos 1-137*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1.125.

(142) Así se aprecia en el FJ 2 del citado auto: «En el caso que nos ocupa al igual que en el caso de la Sentencia referenciada se aprecia que por el penado no se ha dado inicio al cumplimiento de la pena impuesta, no constando siquiera que por el mismo se hayan efectuado pagos parciales de la pena de multa, por lo cual se acordó declarar la insolvencia del penado y por auto de fecha 6-3-14, se acordó la responsabilidad personal por impago de multa. Pese a que por auto de fecha 16 de abril de 2014, se acordó que la mencionada responsabilidad personal subsidiaria se cumpliría mediante TBCs, no consta que se cumpliera ningún día, por lo cual debe entenderse que no se ha iniciado el cumplimiento de la pena. Por ello el “*dies a quo*” para el cómputo de la prescripción es el de la firmeza de la Sentencia. Es de tomar en consideración que ninguna de las resoluciones de insolvencia ni la que impone los TBCs anteriormente indicadas tiene virtualidad interruptiva del instituto de la prescripción de acuerdo con el contenido de la jurisprudencia constitucional antes citada y de la redacción actual del artículo 134 del Código Penal, por lo que, habiéndose constatado que desde la firmeza de la sentencia, (13-12-12) han transcurrido más de cinco años sin que se haya dado inicio al cumplimiento de la pena a la que fue condenado el Sr. Herminio, procede declarar prescrita la pena de multa inicialmente impuesta a éste en virtud de sentencia firme de fecha 7 de marzo de 2012».

según se dice, se estaría dando un trato privilegiado al rebelde(143). Así debería ser para mantener un criterio uniforme. En cualquier caso, con la normativa vigente en la actualidad, como no habría tenido lugar ninguna actividad de ejecución, los plazos no pueden quedar hoy en suspenso de acuerdo con el art. 134.2 b) CP, y varias penas podrían prescribir colectivamente a partir de un mismo momento inicial.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La reforma penal de 2015 vino a dar una respuesta a la laguna legal previa, resultado de una regulación muy deficiente de la prescripción de la pena, con una previsión que afecta a cualquier clase de penas de imposible cumplimiento simultáneo, impuestas en el mismo o en diferentes procesos por hechos delictivos en relación de concurso real. La modificación devenía forzosa para evitar la prescripción sistemática y, si se quiere, también absurda, de las penas que imperativamente deben cumplirse después que otras, al ser menos graves, por mandato del art. 75 CP. Para que la suspensión de los plazos sea eficaz, será necesario, no obstante, que se desarrolle una actividad ejecutiva en sentido material (no meramente formal).

El cumplimiento es una causa de suspensión de los plazos de prescripción, no de su interrupción, lo cual provoca, en beneficio del penado, que el tiempo ganado entre periodos sucesivos de inejecución de las penas no desaparezca, sin que el cómputo haya de reiniciarse. Por lo demás, el texto del apartado primero del

(143) De esta opinión, GONZÁLEZ TAPIA sostiene que admitir, en supuestos de no inicio de la ejecución de la sentencia por rebeldía del condenado o en caso de quebrantamiento después de iniciada la ejecución, el cómputo paralelo de los distintos plazos de prescripción y permitir que cada una de las penas impuestas comience a prescribir desde el día de sentencia firme, solo sería viable en los casos de pena única o de varias penas que pueden ejecutarse simultáneamente. El motivo por el que se opone la autora es debido a que «permitiría la sistemática prescripción de las penas menos graves; y ahora, porque, de nuevo, esta solución provocaría la paradoja de que, de esta forma, se da un tratamiento más benigno a quien se encuentra en situación de rebeldía, que a quien se halla a disposición judicial, cumpliendo la condena impuesta». Todo ello sobre la base de que «solo podría ser ejecutada inmediatamente la pena más grave, primera del orden establecido por el art. 75, las demás solo podrían empezar a ejecutarse tras la extinción de la primera de ellas». *La prescripción en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 260.

art. 134 CP no fue objeto de ninguna alteración. Para evitar la prescripción de las penas que deben cumplirse sucesivamente, optó el legislador por suspender los plazos, aunque también podría haber recurrido a fijar un tercer día de inicio de la prescripción en el art. 134.1 CP, alternativo a los dos conocidos, al estilo de lo previsto en el art. 135 CP para las medidas de seguridad de ejecución subsiguiente a otras medidas o a una pena. El resultado, en el fondo, aunque con algunos matices, habría sido el mismo: imposibilitar la prescripción de las penas que cuenten con plazos prescriptivos más reducidos.

Dado que la LO 1/2015 no es de aplicación retroactiva en esta materia, porque gozaría de un carácter perjudicial, es admisible concebir que, en relación con delitos cometidos antes de su entrada en vigor, pueden prescribir individualmente las penas de menor duración mientras se están cumpliendo primeramente, y con carácter forzoso, las más graves (art. 75 CP), por ser esta la interpretación más respetuosa con el principio de legalidad y la más favorable para el penado, aunque pueda comportar un controvertido sentimiento de impunidad(144). A pesar de lo dicho, los tribunales vienen negándose reiteradamente a dar la razón a los penados que, con apoyo en la inexistencia previa en la Ley de causas de interrupción de la prescripción, y de que el cómputo debe hacerse desde la firmeza de la sentencia o sentencias, cursan sus solicitudes de declaración de la prescripción(145).

(144) Al respecto, véase RÍOS MARTÍN, J., SÁEZ RODRÍGUEZ, J. A. y PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual jurídico para evitar el ingreso en la cárcel. Estudio doctrinal y jurisprudencial de las alternativas a la prisión*, Comares, Granada, 2015, p. 190.

(145) Así, v. gr., AAP Guipúzcoa 199/2018, de 9 de abril: a) la respuesta a la cuestión planteada ha de venir de una interpretación adecuada y racional del art. 75 CP, especialmente poniéndolo en relación con el art. 73 del mismo Código; b) el inicio del cumplimiento efectivo de las penas más graves determina la interrupción del plazo de prescripción de las menos graves pendientes; y c) no ha existido por parte del Estado ningún abandono o dejación en cuanto al cumplimiento efectivo de las penas, sino una imposibilidad de cumplimiento simultáneo de las mismas, cumplimiento que habrá de ajustarse a lo que prevén los artículos citados, incluso la posibilidad, si concurren los requisitos para ello, de la refundición de condenas. En el mismo sentido, el AAP Tarragona 268/2019, de 8 de mayo: «De las STC antedichas, que sin duda constituyen un origen a la reforma introducida por el legislador en 2015, se decanta que existen lapsos de tiempo en los que el plazo de prescripción no correrá, tal y como sucede con los supuestos de suspensión de la pena privativa de libertad impuesta o tal y como debe suceder en los casos de cumplimiento sucesivo de penas previsto en el artículo 75 del C.P., en el que por causa material y legal la pena menos grave no puede empezar a ejecutarse hasta que se haya cumplido con la pena más grave». O AAP Lleida 55/2018, de 7 de febrero: «Por consiguiente, en estos casos no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción ya que por parte del Estado no ha exis-

Mayores problemas, pese a la reforma, se plantean cuando coexisten diferentes condenas a privación de libertad y el cumplimiento debe ser también sucesivo, pero como resultado de que sobrevengan nuevas penas a quien se encuentra en un centro penitenciario cumpliendo sus responsabilidades, por hechos que no conforman un concurso de delitos con los anteriores. No hay duda de que, manteniendo las penas su autonomía conceptual, estaríamos ante una imposibilidad de su cumplimiento al mismo tiempo por el condenado, y ello para garantizar la observancia de cada fallo judicial y evitar que en la práctica se terminara cumpliendo una sola pena, la de mayor duración, por el reo. En estos casos, como no habría concurso real de delitos y no resultarían atendibles las reglas de los arts. 73 y 75 CP, suscita serias dudas que sea de aplicación el art. 134.2 b) y la suspensión que instituye, que exige expresamente estar ante un supuesto de ejecución sucesiva de los comprendidos en el art. 75 CP.

Bajo nuestro punto de vista, puesto que no existe causa legal de suspensión (ni de interrupción) más que en los dos supuestos tasados por las letras a) y b) del art. 134.2 CP, nada impediría apreciar la prescripción de algunas penas refundidas cuando llegue el momento en el que deba iniciarse su cumplimiento por extinción de las anteriores, aun reconociendo que ello supondría dar un trato más beneficioso a quien se encuentre en tal situación que al responsable de varios delitos en concurso material.

Con todo, debe tenerse en cuenta que en estos casos el orden de cumplimiento no respetará normalmente lo preceptuado por el art. 75 CP, sino que, habitualmente, se producirá en función de la fecha de llegada al centro penitenciario de las condenas y mandamientos (146), es decir, de acuerdo con un criterio puramente cronológico, aspecto que repercutirá, sin duda, en la posible prescripción. Lo que debe quedar claro es que no puede atribuirse a la refundición penitenciaria efectos interruptivos de la prescripción, que en ningún caso le son propios, sino que resultan totalmente

tido ningún abandono o dejación en cuanto al cumplimiento efectivo de la pena, sino, una imposibilidad de cumplimiento simultáneo de las penas, cumplimiento que habrá de ajustarse entonces a las reglas que prevén los artículos antes citados, incluso la posibilidad, si es que concurrieran los requisitos para ello, de la refundición de condenas». De la misma forma, véase el AAP Pontevedra 901/2017, de 25 de octubre.

(146) LÓPEZ LÓPEZ, A. M., «El cumplimiento sucesivo de las penas. Acumulación y refundición», *Diario La Ley*, n.º 8007, Sección Doctrina, 23 de enero de 2013, pp. 8-9; VIVANCOS GIL, P. A., «Refundición y acumulación de condenas. Liquidación de condena y licenciamiento definitivo», *Diario La Ley*, n.º 8517, Sección Doctrina, 13 de abril de 2015, p. 1.

ajenos a su fundamento y contenido. Pero incluso admitiendo la eficacia interruptora (o suspensiva) de la refundición, la misma no podría extenderse al condenado en distintas sentencias a varias penas no privativas de libertad, para las que no despliega sus efectos el principio de unidad de ejecución ni está pensada ninguna figura de similar calado(147).

(147) Previamente a la reforma, señalaba LÓPEZ LÓPEZ en relación con las penas de naturaleza distinta a las privativas de libertad, no incluibles en una refundición, que «para esta clase de penas, si el plazo de prescripción se ha de contar desde la fecha de la sentencia y no existe, ni se ha previsto, ficción alguna, ejecución unitaria o enlazada que lo interrumpa, parece claro que muchas de ellas habrán caducado cuando puedan empezar a cumplirse». «El cumplimiento sucesivo de las penas. Acumulación y refundición», *Diario La Ley*, n.º 8007, 23 de enero de 2013, p. 12. En una contribución anterior, este autor proponía como solución para evitar la prescripción estar a lo dispuesto por el art. 135 CP para las medidas de seguridad que hayan de ejecutarse después de extinguida una pena, o bien que «podría entenderse que, por *analogía legis*, “si el cumplimiento de una pena fuere inmediatamente posterior al de otra, el plazo de prescripción debe computarse desde la extinción de ésta”». «Ejecución penal y analogía», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 25, 2011, p. 17.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el principio de proporcionalidad en el proceso penal

AGUSTÍN EMMANUEL BLANCO(1)

Profesor de la Universidad Nacional del Nordeste
Abogado

RESUMEN

El Derecho penal es la esfera del ordenamiento jurídico donde quizás, con mayor intensidad, pueden restringirse derechos fundamentales. Es así que el principio de proporcionalidad surge como un mecanismo que permite determinar la legitimidad de esas limitaciones. En este sentido, el mencionado principio no solo encauza los tipos delictivos y las escalas penales, sino que debe operar como rector de todo el proceso penal, ya que es en el marco de este donde se llevarán a cabo diversas diligencias probatorias y medidas cautelares que significarán afectaciones, mayores o menores, a los derechos fundamentales de los investigados. En el presente trabajo se exponen y analizan algunos de los lineamientos brindados por el Tribunal Constitucional español sobre la aplicación e interpretación del principio de proporcionalidad en el proceso penal.

Palabras clave: *Derecho penal, proceso penal, derechos fundamentales, principio de proporcionalidad, control de constitucionalidad.*

(1) Abogado, escribano y profesor universitario en Abogacía, egresado por la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE). Magíster en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE).

ABSTRACT

Criminal law is the sphere of the legal system where perhaps, with the greatest intensity, fundamental rights can be restricted. Thus, the principle of proportionality arises as a mechanism that allows determining the legitimacy of these limitations. In this sense, the aforementioned principle not only channels the criminal types and the criminal scales, but it must govern entire criminal process, since it is within the framework of this that various evidentiary proceedings and precautionary measures will be carried out. they will mean major or minor effects on the fundamental rights of those investigated. In this paper, some of the guidelines provided by the Spanish Constitutional Court on the application and interpretation of the principle of proportionality in criminal proceedings are exposed and analyzed.

Keywords: *Criminal law, criminal process, fundamental rights, principle of proportionality, control of constitutionality.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Los derechos fundamentales y su delimitación por el poder público. 1. Los derechos fundamentales en la constitución española. 2. El carácter limitado y el contenido esencial de los derechos fundamentales. 3. ¿En qué casos puede el estado restringir derechos fundamentales?–III. El principio de proporcionalidad como límite al poder del estado. 1. El principio de proporcionalidad en el Derecho penal material. 2. El principio de proporcionalidad en el proceso penal. 2.1 La presunción de inocencia 2.2 La prisión provisional 2.3 Intervención de comunicaciones telefónicas 2.4 Entrada y registro del domicilio 2.5 Otras medidas que afectan la intimidad de las personas 2.5.1 Intervenciones corporales 2.5.2. ADN 3. Posibles consecuencias de la violación del principio de proporcionalidad: la doctrina de la prueba ilícita.–IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales (en adelante DDFF) son aquellos inherentes al ser humano, pertenecientes a todos por el hecho mismo de ser persona, en razón a su dignidad y que tienen plena fuerza normativa. Sin embargo, estos derechos no son absolutos, ya que, como todos, deben convivir con otros derechos y pueden ser limitados o restringidos.

El llamado «principio de proporcionalidad» (en adelante PP) surge como límite de toda intervención de los poderes públicos que afecte a DDFF, con sus tres requisitos clásicos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a los que puede sumarse un cuarto, la finalidad lícita de la restricción. Asimismo, el Derecho penal es la esfera del ordenamiento jurídico donde quizás, con mayor intensidad, pueden

restringirse DDFP, desde la tipificación de conductas como prohibidas u obligadas, hasta la imposición de una pena y su ejecución.

Mucho se ha dicho, tanto en doctrina como en jurisprudencia, acerca del PP en la imposición de las penas, ya sea en abstracto (dirigido al legislador) o en concreto (dirigido al juez). Sin embargo, en ese recorrido intermedio de la previsión general a la aplicación en particular, existe el proceso penal. Es en el marco de este donde se llevarán a cabo diversas diligencias probatorias y medidas cautelares, donde algunas de ellas significarán afectaciones, mayores o menores, a los DDFP de los investigados.

En este trabajo se expondrá cómo opera el PP en el proceso penal. Para ello, la metodología propuesta es la siguiente. En un primer apartado se abordará la concepción de los DDFP en la Constitución española, el carácter limitado y contenido esencial de los mismos, para luego precisar en qué casos pueden ser restringidos. En una segunda instancia, se mencionará brevemente la función del PP en el Derecho penal material o de fondo, para luego, ahondando en el núcleo de nuestra tarea, exponer como opera el PP como mecanismo lógico para la delimitación de los DDFP en el proceso penal. A ese fin, se analizará la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de presunción de inocencia, restricciones concretas de DDFP (la prisión provisional, intervención de comunicaciones telefónicas, entrada y registro del domicilio y otras medidas que afectan la intimidad de las personas) y se dedicará un breve apartado a las consecuencias de la violación del PP.

Se destaca que el objeto del trabajo consiste en exponer y analizar los lineamientos brindados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español con respecto al PP y su ponderación en las medidas que restringen DDFP durante el proceso penal, por lo que la profundización teórica de los temas a tratar excede el marco del presente.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU DELIMITACIÓN POR EL PODER PÚBLICO(2)

1. Los derechos fundamentales en la Constitución española

La Constitución de 1978 institucionalizó en España el Estado constitucional democrático. Los elementos básicos de este modelo de Estado

(2) En este acápite se hará una breve reseña de los DDFP –su expresión constitucional, límites y contenido esencial–, necesaria para el abordaje de la temática central del presente trabajo.

son el reconocimiento de la dignidad humana y de los DDFF, la atribución a la Constitución de un carácter supremo y rígido, la proclamación de los principios del Estado de Derecho, del Estado Social y de la Democracia y el establecimiento de la jurisdicción constitucional. Los DDFF se sitúan en el centro del sistema integrado por estos elementos(3).

Los DDFF se caracterizan por su importancia material y su rango formal. Desde un punto de vista material son los derechos más importantes del ciudadano, pues consisten en facultades o pretensiones relativas a ámbitos vitales del individuo en su libertad, relaciones sociales o participación y constituyen el núcleo básico de su status jurídico(4).

A través de los DDFF, el Estado social y democrático de derecho que la CE consagra (art. 1.1, CE), viene a otorgar a estas manifestaciones inmediatas y concretas de la «dignidad de la persona» (art. 10.1, CE) la máxima protección jurídica de que dispone: la norma constitucional. En este sentido, bien puede decirse que los DDFF son «derechos constitucionales», es decir, derechos subjetivos dotados de la fuerza normativa propia de la Constitución y, más específicamente, de una Constitución que pretende imponerse de modo efectivo a todos los poderes públicos(5).

2. El carácter limitado y el contenido esencial de los derechos fundamentales

El TC declaró tempranamente que no existen en el ordenamiento español derechos ilimitados(6), ya que todo derecho tiene sus límites (con

(3) BERNAL PULIDO, C., «Los derechos fundamentales y la teoría de los principios: ¿es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española?», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 2007, pp. 273-291, Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.35>.

(4) SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «Los derechos fundamentales en la constitución española», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 105, 1999, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27574>.

(5) CRUZ VILLALÓN, P. y PARDO FALCÓN, J., «Los derechos fundamentales en la constitución española de 1978», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIII (97), 2000, pp. 65-154. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3621/4384>.

(6) «...*En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, como señalaba este Tribunal en Sentencia de 8 de abril de 1981 («Boletín Oficial del Estado» de 25 de abril) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino tam-*

excepción del derecho a no sufrir torturas, tratos inhumanos o degradantes(7)), manifestación que ha sido repetida en numerosas sentencias del Alto Tribunal. Esta idea de la limitación de los derechos responde a la pretensión de que el reconocimiento de un derecho no lleve, *de facto*, a una situación de abuso o de uso antisocial del derecho y permite, también, avalar la tesis de que para que todos los derechos reconocidos puedan ser ejercitados ninguno de ellos puede ser ilimitado(8).

Ahora bien, encontrar el límite de los derechos consistiría, en definitiva, en determinar la extensión de cada uno de ellos, o cómo alcanzar su convivencia armónica. Es así que el interrogante resulta claro, ¿cómo delimitamos el alcance de los derechos?

Los DDFE establecen lo constitucionalmente necesario (los mandatos) y lo constitucionalmente imposible (las prohibiciones) y a la vez, ceden al legislador el amplio terreno de lo constitucionalmente posible (lo permitido). Lo constitucionalmente imposible es aquello que deriva de la faceta de vinculación negativa de los DDFE y consiste en la prohibición de que la ley intervenga en exceso en la libertad personal y en los demás derechos del individuo. Lo constitucionalmente necesario es aquello que ordenan los derechos de protección, es decir, que los bienes más preciados del individuo sean protegidos por el legislador de manera eficaz y suficiente contra las injerencias del Estado y de los particulares. Lo constitucionalmente posible es aquello que tiene cabida dentro de los márgenes de acción del legislador, lo que no está decidido ni prefigurado por la Constitución; en otras palabras, es el espacio que se abre a la política criminal y punitiva en la democracia(9).

bién otros bienes constitucionalmente protegidos [...] Un límite de cada derecho es respetar el derecho de los demás, aunque esta delimitación de esferas pueda ser de difícil concreción en cada caso...» (STC 2/1982, FJ 5).

(7) «Dado que la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son actos intolerables de violación de la dignidad humana, a la par que una negación frontal de la transparencia y la sujeción a la ley del ejercicio del poder propias de un Estado de Derecho, su prohibición constituye un valor fundamental de las sociedades democráticas [...]. Por ello, tal prohibición se configura en la Constitución española y en los tratados internacionales de derechos humanos como una prohibición absoluta en el doble sentido de que queda proscrita para todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas, por una parte y, por otra, de que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales» (STC 34/2008, FJ 5).

(8) GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*, Sanz y Torres, Madrid, 2015.

(9) BERNAL PULIDO, C., «Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal». *El principio de proporcionalidad penal*, Directores: Juan Antonio Lascurain Sánchez y Maximiliano Rusconi, *Ad Hoc*, Buenos Aires, 2014, pp. 93-117.

Si se sigue esta metodología, aparece de súbito la pregunta de si existe algún criterio racional y plausible para determinar el ámbito de lo constitucionalmente posible, evitando la degradación del contenido esencial de un derecho, convirtiéndolo en un derecho puramente formal, en una mención constitucional sin alcance efectivo alguno(10). En aras a tal fin, cabe reconocer que el respectivo contenido de los derechos está fijado en la Constitución española y es al TC a quien corresponde la tarea de hacer explícito cuál sea ese contenido partiendo de sus límites lógicos o, si se quiere, conceptuales, y atendiendo, seguidamente, a los que resultan de su inserción en un sistema que, para seguir siendo tal, recaba la necesidad de articular tales derechos de manera que todos puedan coexistir(11).

Profundizando la idea expresada, el legislador no debe alterar el núcleo básico o contenido esencial de los DDFF. Esta exigencia se encuentra en el art. 53.1 de la Constitución, que determina que el desarrollo legislativo deberá respetar el contenido esencial del Derecho, y ha tenido amplia repercusión en la jurisprudencia constitucional tanto nacional como foránea. Sin embargo, nada dice la Constitución acerca del concepto y alcance del contenido esencial de los derechos, como reconoció el TC(12), el cual ha ido progresivamente delimitando lo que debe entenderse por contenido esencial de un derecho en abstracto y, a través de sus sentencias, también el de derechos concretos(13).

En la sentencia 11/1981, el TC expuso las dos maneras a través de las cuales se puede alcanzar y conocer el contenido esencial de los derechos. En primer lugar, propuso acudir a la naturaleza jurídica de cada derecho, remitiéndose al lenguaje utilizado y las concepciones armónicas existentes entre los juristas, jueces y especialistas del Derecho(14).

(10) GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *op. cit.*, p. 208.

(11) CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y efecto de desaliento. Su proyección sobre los nuevos tipos de apología», *El principio de proporcionalidad penal*, Directores: Juan Antonio Lascuráin Sánchez y Maximiliano Rusconi, *Ad Hoc*, Buenos Aires, 2014, pp. 151-201.

(12) «...No determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal al que, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), corresponde, en último término y para cada caso concreto, llevar a cabo esa determinación...» (STC 37/1981, FJ 2).

(13) GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *op. cit.*, p. 209.

(14) «Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos; siguiendo esta idea, se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección(15).

Añade el TC, por último, que estos dos caminos para encontrar el «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos, sino que por el contrario se pueden considerar como complementarios.

3. ¿En qué casos puede el Estado restringir derechos fundamentales?

Esbozado un esquema para la delimitación del contenido esencial de los derechos, fuera de ese núcleo es que los DDFP pueden ser restringidos, para ser realizados en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas de cada situación.

Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales...» (STC 11/1981, FJ 8).

(15) «...El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección...» (STC 11/1981, FJ 8).

Esto es así en tanto la expansión ilimitada del ámbito de protección de los DDFP implicará indefectiblemente el choque y contradicción entre los mismos, en una descarnada pugna por imponerse unos sobre otros(16). El PP, en sentido amplio, surge de esta necesidad de tener en cuenta el coste que tiene para un DDFP dar preferencia a otro bien jurídico relevante.

En consonancia, no es necesario que la Constitución se refiera expresamente a la exigencia de proporcionalidad, porque esta se deriva del propio reconocimiento constitucional de los DDFP, que por su naturaleza no tienen determinados sus límites en abstracto, sino que estos se manifestarán en el caso concreto, evitando que la limitación de un derecho, para que otro prevalezca, suponga un mayor coste que beneficio(17).

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE AL PODER DEL ESTADO

Los principios son normas básicas del ordenamiento jurídico, que se inspiran en valores y encauzan las reglas concretas del mismo, indicando si una norma es tolerable o no desde una perspectiva axiológica(18). Entre los principios que el TC ha ido reconociendo y desarrollando, se encuentra el PP(19).

Entendido en su sentido amplio, el PP es reconocido por la doctrina y jurisprudencia constitucionales como el que impone los límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte a

(16) CASTILLO CÓRDOVA, L., «Los derechos fundamentales no se suspenden ni se restringen en un régimen de excepción», *Revista de derecho de la Universidad de Piura*, 9, 2008, pp. 11-49, Disponible en: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2020/Derechos_fundamentales_suspenden_ni_restringen_regimen_excepcion.pdf?sequence=1.

(17) MIR PUIG, S., «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal». *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal, Tomo II*, Directores: CARBONELL MATEU J. C., GONZÁLEZ CUSSAC J. L. y ORTS BERENGUER E, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp. 1357-1382.

(18) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. y FAKHOURI GÓMEZ, Y., «Principios del derecho penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del derecho penal». *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Coordinador JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ. Madrid: Boletín Oficial del Estado (BOE), 2019, pp. 37-68.

(19) Además del principio de proporcionalidad, completan el cuadro de principios penales democráticos los siguientes: legalidad, culpabilidad, igualdad, prohibición de penas inhumanas y el mandato de resocialización.

DDFF. Es un límite que han de encontrar las restricciones de derechos por parte del Estado, «el límite de límites»(20).

En el ámbito internacional, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en su art. 49.3, reconoce expresamente una de sus clásicas manifestaciones: la proporcionalidad de las penas. Asimismo, la proporcionalidad como límite infranqueable a cualquier restricción de los derechos de los ciudadanos europeos, por parte de los poderes públicos (europeos y nacionales), ha sido reconocida, primero por vía jurisprudencial, como principio general de derecho comunitario, y después como principio positivo en el art. 52,1 de la Carta(21).

Retornando al ordenamiento español, en sus primeras sentencias, el TC consideró implícito el PP en la proclamación del art. 1,1 de la Constitución de un Estado social y democrático de Derecho que propugna la justicia como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico, en el reconocimiento que el art. 10 de la Constitución efectúa de la dignidad humana, y en el principio de culpabilidad(22). Sin embargo, más adelante acabó reconociendo que no constituye un canon de constitucionalidad independiente, sino un criterio de interpretación(23).

En primera instancia, la idea de proporcionalidad no estuvo necesariamente ligada al Derecho penal o procesal penal. Por ejemplo, en la STC 22/1981, FJ 3, al referirse al derecho a la igualdad, el TC sostuvo que la misma es solo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, reiterando esta idea en sentencias posteriores(24). A su vez, en la STC 26/1981, FFJJ 13 y 15, el Tribunal Constitucional habló de la regla de proporcionalidad de los sacrificios, para delimitar si existió una violación al derecho a huelga. Por otra parte, en la STC 241/1991, FJ 4, el TC pondera los bienes en conflicto al objeto de determinar si el ejercicio del derecho a comunicar información reconocido en el art. 20 CE,

(20) MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 1361.

(21) MUÑOZ DE MORALES MORELO, M., «El principio de proporcionalidad en el derecho penal europeo: un puzle con muchas piezas», *El principio de proporcionalidad penal*, Directores: JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ Y MAXIMILIANO RUSCONI, *Ad Hoc*, Buenos Aires, 2014, pp. 359-415.

(22) SSTC 65/1986, FJ 2, y 150/1991, FJ 4.

(23) MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 1374.

(24) SSTC 34/1981, FJ 3, c; 76/1990, FJ 9; 6/1991, FJ 5 y 158/1993, FJ 2, b.

cumple con las exigencias de proporcionalidad y se manifiesta o no constitucionalmente legítimo(25).

Como se aprecia, el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el PP es el de los DDFF. Así ha venido reconociéndolo el TC en numerosas sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza(26).

Incluso el TC ha hecho referencia al PP como derivado de los principios de valor justicia(27), del Estado de Derecho(28), interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos(29) o de la dignidad de la persona(30). También se ha aludido a este principio en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos(31).

El TC declaró expresamente, por primera vez, en la STC 66/1995 que el examen de constitucionalidad de las intervenciones en los DDFF debe llevarse a cabo mediante el PP, con relación a una medida de prohibición de una concentración de personas. En concreto dijo: *«Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto –la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes–; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto»* (FJ 5).

(25) PERELLO DOMENECH, I., «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», *Revista Jueces para la Democracia*, (28), 1997, pp. 69-75, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174691>.

(26) SSTC 62/1982, FJ 5; 66/1985, FJ 1; 19/1988, FJ 8; 85/1992, FJ 5; 50/1995, FJ 7 y STC 55/1996, FJ 3.

(27) SSTC 160/1987, FJ 6; 50/1995, FJ 7 y 173/1995, FJ 2.

(28) STC 160/1987, FJ 6.

(29) SSTC 6/1988, FJ 3 y 50/1995, FJ 7.

(30) STC 160/1987, FJ 6.

(31) STC 55/1996, FJ 3.

En efecto, tal como es concebido el PP en su acepción amplia por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales, incluye los tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los tres conceptos se afirman respecto a una finalidad beneficiosa para intereses públicos o particulares que ha de perseguir toda intervención estatal que limite derechos de los ciudadanos(32).

En consonancia, la idea de proporcionalidad debe respetar lo que dicho concepto significa. En concreto, expresa una relación entre dos realidades apreciables con arreglo a una magnitud o criterio de medición y exige un parámetro de comparación o medición, que debe ser conocido para poder afirmar si se da o no proporcionalidad; de lo contrario, cualquier par de realidades puede ser proporcionado o no, de una manera arbitraria(33). Nada es proporcionado o desproporcionado ontológicamente, sino en referencia a unos criterios que deben concretarse. No existe un juicio de proporcionalidad absoluto, sino temporal y localmente determinado, relacional y teleológicamente definido, formado en base a consideraciones de política-criminal que se consideren asentadas en cada ámbito penal(34).

1. El principio de proporcionalidad en el Derecho penal material

Sin perjuicio de que el presente trabajo tiene por objeto principal analizar las implicancias y la utilización del PP en el proceso penal, previamente formularemos algunas referencias con relación al Derecho penal de fondo o sustantivo.

Abocado a ello, debemos comenzar remarcando que toda ley penal implica una limitación de DDDFF(35), desde la tipificación del delito hasta la imposición de la pena y su ejecución, por cuanto elimina la posibilidad de que el individuo lleve a cabo determinadas conductas o

(32) MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 1362.

(33) SÁNCHEZ OSTIZ GUTIÉRREZ, P., «Sobre la proporcionalidad y el “principio” de proporcionalidad en derecho penal», *El principio de proporcionalidad penal*, Directores: JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ y Maximiliano Rusconi, *Ad Hoc*, Buenos Aires, 2014, pp. 511-534.

(34) DE LA MATA BARRANCO, N. J., «La actuación proporcionada. Una exigencia de la finalidad preventiva del derecho penal», *El principio de proporcionalidad penal*, Directores: JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ y MAXIMILIANO RUSCONI, *Ad Hoc*, Buenos Aires, 2014, pp. 201-234.

(35) No obstante, partiendo de la aseveración efectuada oportunamente por el TC, acerca de que la ley penal no siempre debe ser orgánica, podría darse el caso (inusual) de que ni la conducta sancionada ni la pena afecten DDDFF.

disfrute de ciertas posiciones jurídicas protegidas por tales derechos(36).

Con todo, esta sujeción del Derecho penal a los DDFP no implica ni mucho menos reconocer que la Constitución haya definido *ab initio* y de una vez para siempre el contenido de la legislación penal. Dentro de los amplios márgenes de la Constitución, el legislador está dotado de un ámbito de discrecionalidad para determinar el contenido de la ley penal que sea apropiado a las circunstancias sociales, políticas y económicas(37).

Es por ello que, para delimitar la restricción de DDFP por parte del legislador, se busca trasladar al ámbito penal la concepción del PP en sentido estricto, surgida y desarrollada en el campo del Derecho administrativo. Este principio exige una ponderación entre el medio y el fin elegidos, de forma que, si preponderan los perjuicios generados por sobre la medida, esta no debe adoptarse(38).

El PP, entendido como proporcionalidad entre el delito y la pena, tiene una raíz garantista que pretende evitar la instrumentalización del individuo, actuando como freno a la actividad punitiva del Estado(39). A su vez, en tanto que la exigencia de proporcionalidad abstracta, comprendida como proporción entre la gravedad del injusto y la de la pena con la que este se conmina, se dirige al legislador, la exigencia de proporcionalidad concreta, percibida como la necesaria proporción entre la gravedad del hecho concreto cometido y la pena aplicada al autor, tiene como destinatario al juez o tribunal(40).

Retomando los requisitos del PP, la idoneidad y necesidad, en relación con la finalidad última de protección de los intereses de los ciudadanos mediante la prevención de delitos, son congruentes con una fundamentación utilitarista del Derecho penal. Ello presupone que la intervención penal sea idónea, esto es, un medio capaz de conseguir el fin de protección pretendido y exige, además, que resulte necesaria, es decir, que la finalidad perseguida no pueda ser conseguida con un menor coste en afectación de derechos, esto es, que no

(36) BERNAL PULIDO, C., *op. cit.*, 2014, p. 96.

(37) BERNAL PULIDO, C., *op. cit.*, 2014, p. 98.

(38) NAVARRO FRÍAS, I., «El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?». Indret: *Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 2010. Disponible en: <http://agora.edu.es/ejemplar/242320>

(39) NAVARRO FRÍAS, *op. cit.*, p. 14.

(40) AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, EDERSA, Madrid, 1999, p. 69.

haya alternativas menos lesivas que la respuesta penal, en respeto del principio de intervención mínima(41).

El tercer requisito, el de proporcionalidad en sentido estricto, requiere un juicio de ponderación de la importancia respectiva de la afectación del derecho que implica la intervención penal y la de los bienes a cuya protección ha de servir aquella. Una vez comprobada la idoneidad (capacidad de protección) y la necesidad (ausencia de otras alternativas menos lesivas para conseguir la finalidad de protección), aún falta comprobar que el coste de la intervención penal, representado por la limitación de derechos que supone, no sea mayor que el beneficio (protección) que con ella se puede conseguir.

Como cuarto requisito «previo» el TC incorpora, a partir de la STC 55/1996, la finalidad lícita de la restricción de DDFP. En referida oportunidad, sostuvo el máximo Tribunal que deben fijarse los fines inmediatos y mediatos de protección de la norma cuestionada, lo que constituye el basamento lógico para la determinación de si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas, vulnerador del art. 17.1 C.E., al introducir un sacrificio patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado de DDFP(42). A *contrario sensu*, este análisis permite descartar toda posibilidad de sujeción mínima al PP si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no solo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes(43).

2. El principio de proporcionalidad en el proceso penal

Al poseer rango constitucional, no puede exigirse el respeto del PP exclusivamente en el ámbito de las penas, sino también en el resto de las consecuencias que se pueden derivar de un proceso penal para los investigados(44).

En otras palabras, el PP no solo encauza los tipos delictivos y las escalas penales, sino que debe operar como un principio rector de todo el proceso penal, ya que en este se adoptan diversas medidas que restringen los DDFP, con la nota distintiva de que, mientras no exista condena, el imputado goza de la presunción de inocencia y

(41) MIR PUIG, S., *op. cit.*, p. 1364.

(42) STC 55/1996, FJ 7.

(43) STC 111/1993, FJ 9.

(44) AGUADO CORREA, T., *op. cit.*, 64.

podríamos estar limitando derechos de un inocente que finalmente no será penado.

En virtud de ello, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de DDFF y más, en particular, las adoptadas en el curso de un proceso penal⁽⁴⁵⁾, viene determinada por la estricta observancia del PP.

En este sentido, se ha destacado que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: *«si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)»*⁽⁴⁶⁾.

A continuación se verán algunos lineamientos otorgados por el TC, para analizar cómo opera la restricción de los DDFF en el proceso penal, previo a la existencia de una sentencia condenatoria o absolutoria.

2.1. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Al tratar el PP en el Derecho penal material, fundamentalmente tenemos en miras a la pena en abstracto (proporcionalidad dirigida al legislador) o en concreto (dirigida al juez o tribunal), pero ambos casos comparten el presupuesto de un delito comprobado, de la presencia de una condena. Es decir, el Derecho penal de fondo no se preocupa por la posibilidad de restringir DDFF de un inocente, mientras que todas las medidas del proceso penal se ven atravesadas por el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que impone una carga aún mayor al PP.

La presunción de inocencia tiene tres significados claramente diferenciados: (i) garantía básica del proceso penal, (ii) regla de tratamiento del imputado durante el proceso y (iii) regla relativa a la prueba⁽⁴⁷⁾. En razón del objeto del presente trabajo, nos centraremos en la segunda de estas acepciones.

(45) SSTC 37/1989, FJ 7; 85/1994, FJ 3 y 54/1996, FJ 7.

(46) STC 66/1995, FJ 5.

(47) MONTAÑÉS PARDO, M. Á. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «La presunción de inocencia», *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I*, Directores: MIGUEL

Como regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal, se parte de la idea de que el imputado es inocente y, en consecuencia, debe ser excepcional la restricción de sus derechos durante el proceso, lo que el TC ha reflejado desde sus primeras sentencias(48).

Asimismo, el TC aclaró ya en la STC 108/1984, FJ 2, que la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares, siempre que se adopten por resolución fundada en derecho. En referida oportunidad el Alto Tribunal determinó que, cuando no es reglada, la cautelar ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso. En consonancia con ello, la presunción de inocencia, como regla de tratamiento, no permite que las medidas cautelares privativas de libertad se adopten sin que existan indicios racionales de criminalidad, ni como pena anticipada(49).

Ahora bien, analizaremos algunos supuestos concretos en los que se restringen DDFE, aún con la vigencia de la presunción de inocencia y cómo ha reaccionado la jurisprudencia del TC al respecto.

2.2. LA PRISIÓN PROVISIONAL

La prisión provisional es la mayor restricción a un derecho fundamental (la libertad) que se puede dar durante el proceso penal. Esta institución está emparentada directamente con las penas privativas de libertad, con cuyo contenido material coincide básicamente(50); y, en segundo lugar, en divergencia ahora con la pena, en que el sujeto que sufre la medida no ha sido declarado culpable de la realización de un hecho delictivo y goza, en consecuencia, de la presunción de su inocencia(51). En cuanto a los principios en juego en la aplicación de la prisión provisional, estos son: legalidad(52), adopción judicial de la

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER Y MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE, Coedición de la AEBOE con la Fundación Wolters Kluwer, *El Tribunal Constitucional y el Ministerio de Justicia de España*, 2018, pp. 840-859.

(48) SSTC 66/1984, FJ 2 y 109/1986, FJ 1.

(49) SSTC 217/2001, FJ 5; 140/2012, FJ 2 o 21/2018, FJ 6.

(50) STC 32/1987, FJ 3.

(51) STC 128/1995, FJ 3 y 4.

(52) Entre otras, SSTC 99/2006, FJ 4 y 95/2007, FJ 5.

medida(53), excepcionalidad(54), modificabilidad(55) y temporalidad(56).

A su vez, la pena de privación de libertad ha de ser así una medida proporcionada, lo que supone, en primer lugar, que no puede estar dirigida a la preservación de bienes o intereses, no solo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes; y, en segundo lugar, que no puede suponer un sacrificio patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad(57).

Por otra parte, sin perjuicio del principio de legalidad, el TC ha remarcado que la regulación legal de la prisión provisional y sus presupuestos no supone una legitimación automática de la misma, al decir que: *«la excepcionalidad de la restricción o privación exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan —aun previstas en la ley— restricciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación»*(58). Referida idea fue matizada en la STC 341/1993, FJ 4: *«la ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad»*.

La prisión provisional nace así con una sed intensa de legitimación que solo colma con su respeto a los principios de legalidad y de proporcionalidad, con su imposición a un probable culpable y, en lo procedimental, con el respeto a las garantías de judicialidad, imparcialidad, oralidad, contradicción y motivación(59). En la STC 128/1995, FJ 3, se ha consignado expresamente que la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios

(53) STC 147/2000, FJ 4, B y referencias jurisprudenciales allí contenidas.

(54) STC 88/1988, FJ 1; 98/2002, FJ 3 y 95/2007, FJ 4.

(55) STC 66/2008, FJ 3.

(56) STC 95/2007, FJ 5.

(57) SSTC 55/1996, FJ 7; 161/1997, FFJJ 8 y ss.; 136/1999, FFJJ 22 y ss.; 45/2009, FJ 8; 127/2009, FJ 9.

(58) STC 178/1986, FJ 3.

(59) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Artículo 17.4. Hábeas corpus y prisión provisional». *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I*, Directores: MIGUEL RODRÍGUEZ-PÍÑERO y BRAVO FERRER y MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE, Coedición de la AEBOE con la Fundación Wolters Kluwer, *El Tribunal Constitucional y el Ministerio de Justicia de España*, 2018, pp. 493-509.

racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos.

En efecto, ausente la posible virtualidad en cuanto tal del principio de culpabilidad, debe asimismo acentuarse, tal como hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos(60), que la constatación de «razonables sospechas» de responsabilidad criminal opera como *conditio sine qua non* de la adopción y del mantenimiento de tan drástica medida cautelar que, además, en cuanto «*particularmente gravosa para uno de los derechos fundamentales más preciados de la persona*»(61), queda supeditada en su aplicación a una estricta necesidad y subsidiariedad, que se traduce tanto en la eficacia de la medida como en la ineficacia de otras de menor intensidad coactiva y queda también gobernada por los principios de provisionalidad, en el sentido de que debe ser revisada si cambian las circunstancias que dieron origen a su adopción; y de proporcionalidad(62), limitativo tanto de su duración máxima como de la gravedad de los delitos para cuya efectiva sanción y prevención pueda establecerse(63).

En cuanto a la legitimidad de los fines, la jurisprudencia del TC ha consagrado tres metas posibles de la prisión provisional y lo ha negado a otras tres. Integran el primer grupo la necesidad «*de garantizar el normal desarrollo del proceso penal en el que se adopta la medida, especialmente el de asegurar la presencia del imputado en el juicio y de evitar posibles obstrucciones a su normal desarrollo*»(64). Y, junto a este objetivo principal, se contemplan también los siguientes: 1) asegurar el sometimiento del investigado al proceso, mediante la evitación del riesgo de fuga o sustracción de la acción de la administración de

(60) SSTEDH caso Stögmüller c. Austria, 10 de noviembre de 1969, FJ 4; caso B. c. Austria, 28 de marzo de 1990, párrafo 42; caso Letellier c. Francia, 26 de junio de 1991, párrafo 35; caso Kemmache c. Francia, 27 de noviembre de 1991, párrafo 45; caso Toth c. Austria, 12 de diciembre de 1991, párrafo 67; caso Clooth c. Bélgica, 12 de diciembre de 1991, párrafo 36; caso Tomasi c. Francia, 27 de agosto de 1992, párrafo 84 y caso W. c. Suiza, 26 de enero de 1993, párrafo 30 (todas citadas en la STC 128/1995, FJ 3).

(61) STC 71/1994, FJ 7.

(62) SSTC 108/1984, FJ 2, b; 178/1985, FJ 3; 8/1990, FJ 1 y 9/1994, FJ 3 y 5.

(63) STC 128/1995, FJ 3.

(64) STC 138/2002, FJ 4.

justicia(65); 2) prevenir el riesgo de obstrucción en la instrucción del proceso(66); y 3) conjurar el peligro de reiteración delictiva(67).

Conforman el club de las finalidades constitucionalmente proscribas, en primer lugar, las punitivas o de anticipación de la pena(68); en segundo, la obtención de declaraciones de los imputados que impulsen la instrucción(69); y en tercer lugar, la genérica alarma social presuntamente causada por un delito(70). Estas finalidades declaradas como constitucionalmente admisibles coinciden con las que reconoce como legítimas la Recomendación (80) 11 del Consejo de Europa(71), que no obstante añade: *«aun no pudiendo determinarse la existencia de los peligros anteriormente enunciados, la prisión preventiva podrá sin embargo estar excepcionalmente justificada en casos de infracciones particularmente graves»*(72).

Por otra parte, en la STC 55/1996, FJ 8, el TC ha reconocido que al dictarse la prisión provisional deben evaluarse la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas, pero de la misma eficacia que la analizada y lo ha reiterado en la STC 161/1997, FJ 11, al afirmar que las medidas alternativas han de ser, pues, palmariamente de

(65) *«Al constatar la existencia de ese peligro deberán, en todo caso, tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. En efecto, la relevancia de la gravedad del delito y de la pena para la evaluación de los riesgos de fuga –y, con ello, de frustración de la acción de la Administración de la Justicia– resulta innegable tanto por el hecho de que, a mayor gravedad, más intensa cabe presumir la tentación de la huida, cuanto por el hecho de que a mayor gravedad de la acción cuya reiteración o cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la Justicia. Sin embargo, ese dato objetivo inicial y fundamental, no puede operar como único criterio –de aplicación objetiva y puramente mecánica– a tener en cuenta al ponderar el peligro de fuga, sino que debe ponerse en relación con otros datos relativos tanto a las características personales del inculcado –como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones en otros países, los medios económicos de los que dispone, etc.–»* (STC 128/1995, FJ 4, b).

(66) Tal y como reconoce el propio art. 503.1 3 b) LECrim, y contemplan, entre otras, las SSTC 128/1995, FJ 3; 333/2006, FJ 3 y 27/2008, FJ 4.

(67) STC 128/1995, FJ 3; 191/2004, FJ 4 y 27/2008, FJ 4.

(68) STC 41/1982, FJ 3; 128/1995, FJ 3 y STC 140/2012, FJ 2.

(69) STC 128/1995, FJ 3.

(70) STC 66/1997, FJ 6; 98/1997, FJ 9, STC 47/2000, FJ 5.

(71) *«La prisión preventiva solo podrá ordenarse en caso de sospecha legítima de que el interesado ha cometido la infracción de que se trate y cuando existan serias razones para pensar que existen uno o varios de los siguientes peligros: peligro de huida, peligro de obstrucción del curso de la justicia, peligro de que la persona cometa una infracción grave».*

(72) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *op. cit.*, p. 500.

menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporción.

Es así que, por exigencia del PP, la prisión provisional ha de perseguir fines legítimos, ha de ser necesaria y ha de ser ventajosa o estrictamente proporcionada. Esta última exigencia incide en la institución en, al menos, tres aspectos: recorta su ámbito objetivo por abajo, al proscribir su adopción en supuestos de imputación de un delito de escasa gravedad; supedita su duración al plazo razonable para la resolución procesal del conflicto en el que se enmarca y limita su duración en función de un plazo máximo indeclinable e independiente de la pervivencia del presupuesto y de los fines para los que se decreta(73).

Finalmente, en cuanto a las garantías procesales que rodean a la prisión provisional –imparcialidad, intermediación, cosa juzgada y motivación–, será necesario que esta última tenga los elementos suficientes para la realización de un análisis de proporcionalidad de la medida, sin que sea imprescindible que ello se exprese en el auto judicial. Estos elementos habrán de ser, por de pronto, los caracteres esenciales de la imputación y la finalidad que persigue la medida privativa de libertad(74). Deben consignarse, además, respecto al primero de los elementos citados, los datos que aporta la investigación respecto a la probabilidad de culpabilidad y, respecto al segundo, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado(75), que sostienen la concurrencia del riesgo que se quiere conjurar y, con ello, la funcionalidad concreta de la medida(76).

2.3. INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

Desde la STC 49/1999, FJ 7, el TC, apoyándose en su propia jurisprudencia(77) y en la del TEDH(78), viene afirmando que del PP se infiere inmediatamente que, tanto la regulación legal como la práctica de las intervenciones telefónicas ha de limitarse a las dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas (sobre todo la prevención de los delitos calificables como graves) y solo en la medida en que supongan un sacrificio del derecho funda-

(73) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *op. cit.*, p. 501.

(74) STC 44/1997, FJ 5, b.

(75) STC 128/1995, FJ 4, b.

(76) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *op. cit.*, p. 506.

(77) SSTC 85/1994, FJ 3; 181/1995, FJ 5; 49/1996, FJ 3; 54/1996, FJ 7 y 123/1997, FJ 4.

(78) SSTEDH de 24 de abril de 1990, caso Huvig c. Francia y caso Krušlin c. Francia; de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela Contreras c. España.

mental estrictamente necesario para conseguirlo y resulten proporcionadas a ese respecto(79).

A partir de ello, se advierte que el primer presupuesto que habilita constitucionalmente la adopción de la decisión judicial de intervención de las comunicaciones telefónicas es la existencia de una investigación en curso por un hecho constitutivo de una infracción punible grave, en atención a las circunstancias concurrentes en el momento de la adopción de la medida(80).

Empero, para la legitimidad constitucional de la medida, no basta invocar frente al secreto de las comunicaciones el interés público propio de la investigación de un delito grave, sino que es preciso verificar también la existencia de un ligamen entre el sujeto o sujetos que van a verse afectados por la medida y el delito investigado, para analizar después si el juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad e imprescindibilidad, para asegurar la defensa del interés público (juicio de proporcionalidad)(81). Esa conexión constituye el presupuesto habilitante de la medida y es un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad.

Son numerosas las sentencias que hacen referencia a la importancia de identificar las concretas personas investigadas como titulares o usuarias del teléfono intervenido, como expresión del alcance subjetivo de la medida(82). Ahora bien, lo relevante para preservar el PP, al que se orienta la exigencia de identificar a los sujetos que van a verse afectados por la medida, es la exclusión de las escuchas prospectivas, por cuanto estas suponen un sacrificio desproporcionado del derecho fundamental(83).

En cuanto a la forma de efectuar el análisis en el caso concreto, la STC 145/2014 ha sido bastante ilustrativa, al decir que el órgano judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, los que han de ser algo más que simples sospechas(84). Además, se debe determinar con pre-

(79) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Art. 18.3. El secreto de las comunicaciones», *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I*. Directores: MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER y MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE. Coedición de la AEBOE con la Fundación Wolters Kluwer, *El Tribunal Constitucional y el Ministerio de Justicia de España*, 2018, pp. 544-561.

(80) SSTC 166/1999, FJ 3, a; 299/2000, FJ 2; 167/2002, FJ 4 y 104/2006, FJ 3.

(81) STC 49/1999, FJ 8.

(82) SSTC 171/1999, FJ 7; 138/2001, FJ 5 o 184/2003, FJ 10.

(83) STC 150/2006, FJ 3.

(84) SSTC 167/2002, FJ 2; 184/2003, FJ 11 y 197/2009, FJ 4; todas referenciadas en la STC 145/2014, FJ 2.

cisión los números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, al igual que los períodos en los que deba darse cuenta al juez(85).

2.4. ENTRADA Y REGISTRO DEL DOMICILIO

El derecho a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito espacial determinado, el «domicilio»(86), por ser aquel en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada(87). La protección constitucional del domicilio en el art. 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas: la inviolabilidad(88) y la interdicción de las posibles formas de injerencia –entrada y registro–, permitiéndose esta última en tres supuestos: a) consentimiento del titular; b) resolución judicial; c) flagrante delito.

Asimismo, el derecho a la inviolabilidad del domicilio aparece protegido por la garantía judicial, siendo el método idóneo para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del art. 18.2 C.E. u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos(89). Se trata, por tanto, de encomendar a un órgano jurisdiccional que realice una ponderación previa de intereses, antes de que se proceda a cualquier entrada o registro, y como condición ineludible para realizar este, en ausencia de consentimiento del titular(90).

En cuanto al contenido de esa resolución judicial, para ser suficiente debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamen-

(85) SSTC 261/2005, FJ 2 y 219/2009, FJ 4.

(86) Se consideran domicilio a efectos constitucionales: las segundas viviendas, los vehículos o caravanas, las habitaciones de hotel (STC 10/2002, FJ 8).

(87) SSTC 22/1984, FJ 5; 94/1999, FJ 5; y 119/2001, FJ 6.

(88) En cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma resulte «exento de» o «inmune a» cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos (STC 22/1984, FJ 5).

(89) STC 160/1991, FJ 8.

(90) STC 160/1991, FJ 8.

tal limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo. Así, el órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro y, de ser posible, también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión)(91). La ausencia de tales extremos ostentará *prima facie* relevancia constitucional, dando lugar a la lesión del derecho fundamental. Así, por ejemplo, la STC 50/1995 declaró vulnerado el art. 18.2 CE porque el Auto habilitante no fijó los días en los que debía de practicarse el registro, dando a los policías que habían de efectuarlo un mandamiento indefinido en el tiempo, lo que a juicio de la sentencia supone «*de alguna manera una suspensión individualizada de este derecho*»; motivo adicional para otorgar el amparo en este caso fue que el Auto omitió toda referencia a la obligación de comunicar al juez el resultado de la entrada y registro, «*dación de cuenta imprescindible para que aquel pueda cumplir con plenitud su función de garantía y corregir, en su caso, los excesos*»(92).

A su vez, para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e, igualmente, habrá de tenerse en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial origen, justamente, de la instrucción penal(93).

Es así que el juicio de proporcionalidad debe efectuarse teniendo en cuenta todos los elementos y datos disponibles en el momento en que se adopta la medida restrictiva del derecho fundamental. Lo expresado se ilustra en la STC 239/2006, cuando al momento de autorizar el registro, el delito que se estaba investigando era grave (tráfico de drogas a gran escala y en el marco de banda organizada), habiéndose incautado la misma noche en la que se solicita el registro más de 1.000 kilos de hachís y resultando que todas las personas cuyo domicilio se pretendía registrar, entre las que se encontraba el demandante de amparo, estaban sometidas a investigación desde hacía meses en las diligencias previas abiertas, constandingo en las mismas múltiples

(91) STC 239/1999, FJ 5, y las demás SSTC allí citadas (SSTC 62/1982, 13/1985, 151/1997, 175/1997, 200/1997, 177/1998, 18/1999).

(92) STC 50/1995, FJ 7.

(93) ALCÁCER GUIRAO, R., «Artículo 18.2. El derecho a la inviolabilidad del domicilio». *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I*, Directores: MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER y MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE, Coedición de la AEBOE con la Fundación Wolters Kluwer, *El Tribunal Constitucional y el Ministerio de Justicia de España*, 2018, pp. 530-543.

indicios de su implicación en tal delito, por lo que no se hizo lugar al cuestionamiento del juicio de proporcionalidad efectuado(94).

2.5. OTRAS MEDIDAS QUE AFECTAN LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS

Partiendo del carácter no ilimitado de los DDFE, el TC viene declarando(95) que será legítima aquella injerencia o intromisión en el derecho a la intimidad que «*encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos*»(96). En ese sentido, aunque el art. 18.1 CE no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad, su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al de la persona en mantener la privacidad de determinada información(97).

Siguiendo esa doctrina, en la STC 70/2002, FJ 10(98), se dijo que los requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad son los siguientes: 1) la existencia de un fin constitucionalmente legítimo; 2) que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); 3) que como regla general se acuerde mediante una resolución judicial motivada(99) y, finalmente, 4) la estricta observancia del PP, concretado, a su vez, en los presupuestos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto(100). De esta manera, debe tratarse de una medida idónea para la investigación del

(94) STC 239/2006, FJ 6.

(95) Entre otras: STC 173/2011, FJ 2.

(96) STC 159/2009, FJ 3.

(97) STC 173/2011, FJ 2.

(98) Resumiendo lo establecido en la STC 207/1996, FJ 4.

(99) Si bien reconociendo que, debido a la falta de reserva constitucional a favor del juez, la ley puede autorizar a la policía judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad (STC 70/2002, FJ 10).

(100) En este sentido, el STC (SSTC 66/1995 y 55/1996) ha destacado que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «*si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)*» (STC 207/1996, FJ 4, E).

delito en cuestión, imprescindible en el caso concreto (no existían otras menos gravosas) y ejecutada de modo tal que el sacrificio del derecho fundamental no resulta desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes.

En cuanto a la exigencia de que la medida que supone una injerencia en el derecho a la intimidad esté orientada a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, en reiteradas oportunidades el TC ha afirmado que lo es la investigación del delito y, en general, la determinación de los hechos relevantes del proceso penal(101), *«pues la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE»*(102).

Precisando la idea de «hechos relevantes del proceso penal», la medida que restrinja o afecte el derecho a la intimidad debe tener por objeto acreditar los hechos constitutivos de la infracción penal, no únicamente un hecho indiciario(103), ya que de ser así la medida deja de ser «necesaria» a los fines del aseguramiento del *ius puniendi*, ni por tanto acorde con la regla constitucional de la proporcionalidad de los sacrificios. Dicho en otras palabras, un acto instructorio que limite un derecho fundamental no puede estar dirigido exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el objeto del proceso penal(104).

Por otra parte, para determinar si una medida restrictiva del derecho a la intimidad de una persona es o no constitucionalmente proporcionada, se deben tener en cuenta todas las circunstancias particulares que concurran en el caso, así como la forma en que se ha de llevar a la práctica la medida limitativa de que se trate; todo ello, como es obvio, con el fin de no ocasionar al sujeto pasivo de la misma más limitaciones en sus DDF que las estrictamente imprescindibles en el caso concreto(105).

De las intromisiones al derecho a la intimidad más comunes en un proceso penal, nos referiremos en concreto a las intervenciones corporales y los análisis de ADN, por su importancia y relevancia.

(101) SSTC 25/2005, FJ 6 y 206/2007, FJ 6.

(102) STC 199/2013, FJ 8, que referencia las siguientes: SSTC 127/2000, FJ 3, a; 292/2000, FJ 9 y 173/2011, FJ 2.

(103) El cual, como el TC ha podido declarar en repetidas ocasiones (SSTC 174 y 175/1985), no es suficiente por sí solo para destruir el derecho a la presunción de inocencia.

(104) STC 207/1996, FJ 6, b.

(105) STC 207/1996, FJ 6, c.

2.5.1. *Intervenciones corporales*

En la STC 7/1994, FJ 3, se esquematizaron una serie de exigencias específicas relativas a la práctica de las intervenciones corporales, derivadas del art. 15 CE y referibles al PP, que a continuación se exponen:

1) En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud.

2) En cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario, que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características.

3) Y, en todo caso, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos estos sobre los que pesa una prohibición absoluta (arts. 10.1 y 15 C.E.).

2.5.2. *ADN*

En la STC 199/2013, el Tribunal Constitucional analizó un caso donde se efectuó una prueba pericial consistente en la obtención del ADN del demandante a partir de su saliva, con la finalidad de ser comparado con el obtenido a partir de la muestra biológica hallada en una manga utilizada en la realización de un hecho delictivo de notable gravedad, como lo son los de daños terroristas por los que finalmente fue condenado el demandante. En el caso mencionado se concluyó que no existían dudas del fin legítimo en la medida adoptada por la policía judicial.

Asimismo, se especificó que se había respetado el PP en la realización del análisis de ADN, toda vez que: 1) su comparación con el obtenido a partir del resto biológico hallado en la manga utilizada por uno de los intervinientes en los hechos delictivos investigados resultaba un medio adecuado para revelar la identidad de este último (idoneidad); 2) no existía un medio alternativo para comprobar si el demandante había participado o no en los hechos delictivos enjuiciados (necesidad), siendo tales hechos relativos a la llamada violencia callejera de la que el demandante admitió en sus declaraciones policiales ser dinamizador y haber participado en acciones preparando artefactos explosivos caseros con pólvora de pirotecnia, cartuchos de *camping* gas, gasolina y mecha iniciadora y, 3) finalmente, el modo en

el que el análisis del ADN se practicó fue el menos invasivo de la intimidad personal en cuanto solo afectó a las regiones no codificantes del ADN, esto es, a aquellos que tan solo proporcionan datos identificativos mediante un análisis comparativo con el ADN obtenido a partir de otra muestra, excluyéndose por ello la revelación o puesta de manifiesto de toda característica personal que afectase a la intimidad personal.

Sumado a lo hasta aquí expresado, cabe destacar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado legítima la práctica de los análisis de ADN cuando está «*destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido*»(106).

3. Posibles consecuencias de la violación del principio de proporcionalidad: la doctrina de la prueba ilícita

Dejando atrás las medidas cautelares en particular del proceso penal, debemos referirnos brevemente a la llamada «doctrina de la prueba ilícita», ya que, al obtener elementos probatorios, por ejemplo, a través de toma de muestras de ADN, intervenciones corporales o una escucha telefónica, violando la regla de proporcionalidad, una posible consecuencia es que esa prueba sea considerada «ilícita» y, en consecuencia, excluirse del proceso penal en cuestión.

Según el TC, son necesarios dos pasos para dilucidar la posible violación del art. 24.2 CE como consecuencia de la recepción probatoria de elementos de convicción ilícitamente obtenidos(107): a) se ha de determinar, en primer lugar, si esa ilicitud originaria ha consistido en la vulneración de un derecho fundamental sustantivo o de libertad; b) se ha de verificar, en caso de que el derecho fundamental haya resultado, en efecto, comprometido, si entre dicha vulneración originaria y la integridad de las garantías del proceso justo que la Constitución garantiza (art. 24.2 CE) existe un nexo o ligamen que evidencie una necesidad específica de tutela, sustanciada en la exclusión radical del acervo probatorio de los materiales ilícitamente obtenidos.

La constatación de la lesión del derecho fundamental sustantivo no determina, por sí sola, la automática violación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), generando la necesidad imperativa de inadmitir la correspondiente prueba.

(106) STEDH caso S. y Marper c. Reino Unido, 4 de diciembre de 2008, párrafo 100.

(107) STC 97/2019, FJ 4.

La apelación al art. 24.2 CE sería superflua si toda afectación de un derecho fundamental llevara consigo, *per se*, la consiguiente imposibilidad de utilizar los materiales derivados de ella. Si así fuera, la utilización de ese producido dentro del proceso penal sería, de por sí, una violación del derecho sustantivo mismo, sin que el recurso al art. 24.2 CE para justificar la exclusión tuviera ninguna relevancia o alcance. No se impone semejante automatismo, sino que lleva, antes bien, a la realización de un juicio ponderativo de los intereses en presencia(108).

El sentido específico de la garantía del proceso debido incluida en el art. 24.2 CE es, así, el de proteger a los ciudadanos de la violación instrumental de sus DDFD para la obtención de pruebas. Con ello, se protege la integridad del sistema de justicia, la igualdad de las partes y se disuade a los órganos públicos, en particular a la policía, pero también a los propios particulares, de realizar actos contrarios a los DDFD con fines de obtener una ventaja probatoria en el proceso. Fuera de tales supuestos, esto es, cuando no existe una conexión o ligamen entre el acto determinante de la injerencia en el derecho fundamental sustantivo y la obtención de fuentes de prueba, las necesidades de tutela de dicho derecho son ajenas al ámbito procesal y pueden sustanciarse en los procesos penales o civiles directamente tendentes a sancionar, restablecer o resarcir los efectos de la vulneración verificada en aquel.

IV. CONCLUSIÓN

Los DDFD son los derechos más importantes de una persona, íntimamente ligados a su dignidad y libertad, formando así los cimientos de todo Estado de Derecho y gozando de la máxima protección jurídica de que este dispone: la norma constitucional. De esta manera, estos «derechos constitucionales» conforman un escudo legal que protege a las personas de los posibles embates de los poderes públicos del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones.

No obstante, tempranamente el TC declaró que no existen en el ordenamiento español derechos ilimitados, ya que todo derecho tiene sus límites, y la expansión indiscriminada del ámbito de protección de los DDFD implicaría, inexorablemente, el choque y contradicción entre los mismos, por lo que es necesario encontrar una forma en que

(108) STC 97/2019, FJ 4.

estos puedan coexistir, permitiendo que el Estado cumpla correctamente con sus funciones, en los marcos de su competencia.

Es por ello que el PP, aunque no esté expresamente instituido en la Constitución, surge indefectiblemente unido a la concepción de los DDF, con sus requisitos: idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto y finalidad lícita de la restricción; reconocido por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales como el que impone los límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte a DDF.

El Derecho penal es la esfera del ordenamiento jurídico donde más se limitan estos derechos. Sin embargo, el PP no solo encausa los tipos delictivos y las escalas penales, sino que debe operar como un principio rector de todo el proceso penal, ya que en este se adoptan diversas medidas que restringen los DDF.

Como se ha observado en el presente trabajo, dependiendo del tipo de limitación que estemos tratando, los requisitos o elementos que componen el principio de proporcionalidad van adquiriendo aristas particulares. Así, por ejemplo, en la prisión provisional adquiere especial relevancia la cuestión de los fines permitidos y los proscritos, que determinan la posible aplicación legítima de este instituto; mientras que materia de medidas que restringen la intimidad de las personas se torna un componente esencial que aquella tenga por objeto adquirir elementos que permitan acreditar hechos relevantes, ya que un acto instructorio que limite un derecho fundamental no puede estar dirigido exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el objeto del proceso penal.

Así, a partir de los lineamientos brindados por el TC, puede advertirse que el principio de proporcionalidad es un mecanismo lógico transversal de todo el proceso penal, que de acuerdo a las necesidades del caso concreto amolda sus requerimientos, pero siempre teniendo como base lógica sus presupuestos compartidos: idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto y licitud de la restricción.

Desistimiento de la tentativa.
Su consideración a la luz de la distinción entre norma
de comportamiento y norma de sanción (1)

FEDERICO MONTERO

Investigador pre-doctoral en Derecho penal
Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN

Para el análisis de la naturaleza jurídica del desistimiento de la tentativa, el artículo incorpora la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción (I). A partir de esa perspectiva, se resumen los postulados de aquellas posiciones que entienden al desistimiento como un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma (II. 1) y se presentan las principales objeciones contra ellas (II. 2). Por último, se esgrimen algunos de los argumentos sistemáticos de la hipótesis de base: el desistimiento debe considerarse un presupuesto negativo de aplicación de la norma secundaria; como consecuencia, su concurrencia impide al Estado imponer la pena de la tentativa (III).

Palabras clave: teoría de las normas, norma de comportamiento, norma de sanción, tentativa, desistimiento de la tentativa, equivalentes funcionales de la pena, retribución.

(1) El contenido del trabajo coincide, en gran medida, con la ponencia presentada en la segunda edición del «Premio Susana Huerta», organizado por la Universidad Complutense de Madrid. Los miembros del tribunal (Prof. Martínez Escamilla, Molina Fernández y García Valdés) lo juzgaron merecedor del primer premio y formularon valiosos comentarios que, junto a las observaciones de los Prof. Silva Sánchez, Robles Planas y Palermo (así como también de Mauro Roccasalvo y Vicente Valiente Ivañez), contribuyeron a darle forma definitiva. A todos ellos, un especial agradecimiento.

ABSTRACT

In order to analyse the legal nature of the abandonment of a criminal attempt, the article incorporates the widespread distinction between “conduct rules” and “decisions rules” (I). From this perspective, I summarize those accounts that interpret the abandonment as a negative condition of the perpetration of a crime –the infringement of the rule of conduct– (II. 1) and develop the main objections against them (II. 2). Finally, I present some systematic arguments that support the following basic hypothesis: an attempt’s abandonment should be considered a negative condition of the decision rule –blocking the possibility to apply this rule– and, as a consequence, the State loses its right to the infliction of punishment due to the previous attempt (III).

Keywords: theory of norms, rule of conduct, decision rule, attempt, abandonment of attempt, functional equivalents of punishment, retribution.

SUMARIO: I. Planteamiento del problema.–II. El desistimiento como presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento: 1. Breve exposición. 2. Los problemas: A. Las modalidades del desistimiento como reverso de la tentativa acabada e inacabada. B. La intervención delictiva. C. Desistimiento y deber de garante por injerencia ¿un sistema cerrado de imputación? D. Los requisitos objetivos del desistimiento: efectiva evitación del resultado y criterios de imputación. E. El requisito subjetivo del desistimiento: la voluntariedad.–III. El desistimiento como presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción.–IV. Conclusiones.–V. Bibliografía

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A mediados del siglo pasado, las «*teorías jurídicas*» sobre el desistimiento hicieron resurgir la tesis de la consideración global (según la cual, tentativa y desistimiento deben analizarse como una unidad valorativa) (2) y la comprensión del instituto como un obstáculo para el nacimiento del injusto culpable de tentativa. (3) A pesar

(2) Esta idea no es propia del siglo XX; de hecho, el Código Penal Prusiano de 1851 hacía referencia al desistimiento voluntario en la propia definición de tentativa (SILVA SÁNCHEZ, J. M., 1997, p. 140). Véase, con mayores referencias, ROXIN, C., 2014, § 30/29 y ss., § 30/187 y ss. Las teorías jurídicas supusieron, entonces, un fuerte cuestionamiento tanto de la tesis de la consideración individual (partidario de esta tesis, JAKOBS, G., 1997 (a), p. 332 y nota 13) como también del fundamento «político-criminal» del instituto. Desde una perspectiva distinta, HAAS, V., ZStW (123), pp. 245 y ss., concibe a la tentativa y al desistimiento como dos partes integrantes de una «única figura de imputación».

(3) Sobre el particular, en detalle, SCHUMANN, A., 2006, pp. 72 y ss.

de no contar con muchos adeptos en la actualidad, debe reconocerse a esas «teorías jurídicas» –al menos– lo siguiente: desde su aparición, los estudios sobre el desistimiento comenzaron a prestar atención (en mayor o menor medida) a la ubicación sistemática del instituto en el marco de las categorías dogmáticas de la teoría del delito. (4)

«Se debate entonces si el desistimiento constituye [a] un elemento negativo del tipo de la tentativa (5) (ya del tipo subjetivo, como reverso del dolo de la tentativa, ya del tipo objetivo, como inversión del peligro creado); [b] una causa de exclusión de la antijuridicidad (que se entiende «sometida a condición»); (6) [c] un presupuesto negativo del juicio de culpabilidad (distinguiéndose entre quienes lo consideran una causa de exclusión de la misma (7) y aquellos que lo entienden como una verdadera causa de exculpación); [d] o una causa de exclusión de la punibilidad de la tentativa». (8)

En lo que sigue; sin embargo, se prescinde de esta «ubicación dogmática» (9) y se propone un punto de vista distinto para la consideración del problema que, en esencia, toma como punto de referencia la distinción básica entre norma de comportamiento y de sanción. Desde esta perspectiva, el debate debe quedar planteado del siguiente modo: el desistimiento puede considerarse un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento o, por el contrario, puede constituir un presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción (de la tentativa). Cambiar el punto de referencia es, en mi opinión, necesario para comprender los postulados básicos de las nuevas posiciones teóricas en materia de desistimiento de la

(4) Destacando la actualidad de los aportes materiales de esas teorías jurídicas, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1994, p. 44.

(5) Durante el siglo XX, los exponentes más importantes de estas ideas fueron, v. HIPPEL, R., 1966, *passim*; LANG-HINRICHSSEN, D., 1969, pp. 352 y ss.; y v. SCHEURL, G., 1972.

(6) Desde esta perspectiva, la conducta solo se considera antijurídica cuando produce el *resultado* previsto por el tipo. Por tanto, el desistimiento se presenta como una conducta que elimina alguna de las condiciones causales necesarias para la producción del resultado. En esta línea, BINDING, K., 1877, p. 251.

(7) Respecto de lo primero, el principal exponente ha sido ROXIN, C., 2014, § 30/29; en la línea segunda, ULSSENHEIMER, K., 1976, *passim*. Una crítica detallada en SCHUMANN, A., 2006, pp. 132 y ss.

(8) Esto último depende, como es lógico, de si se reconoce o no a la punibilidad como una categoría dogmática autónoma en el propio concepto de delito.

(9) La ubicación sistemática, como señala SCHÖNKE, A., /SCHRÖDER, H., 2010, § 24/4, está estrechamente vinculada a la *ratio* o fundamento del instituto, pero de esto no nos podemos ocupar aquí. Sobre la ubicación sistemática del desistimiento, MUÑOZ CONDE, F., 1972, pp. 43 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1994, pp. 45 y ss.; POZUELO PÉREZ, L., 2003, pp. 217 y ss. y 267 y ss.; DAVID, A., 2009, pp. 97 y ss.; SCHUMANN, A., 2006; SCHUMANN, A., *ZStW* (130), pp. 1-22.

tentativa (*infra*, II. 1) y advertir sus potenciales deficiencias (*infra*, II. 2). A partir de allí, se esquematizan algunos de los argumentos sistemáticos por los que considero que el desistimiento constituye un presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción de la tentativa (*infra*, III).

II. EL DESISTIMIENTO COMO PRESUPUESTO NEGATIVO DEL QUEBRANTAMIENTO CULPABLE DE LA NORMA DE COMPORTAMIENTO

1. Breve exposición

El abandono de las «teorías jurídicas» sobre el desistimiento se debió a que, para explicar la impunidad que ese instituto acarrea, sus defensores recurrieron principalmente a «*ficciones*»: es evidente que un comportamiento posterior a la tentativa no puede *eliminar* (o probar la *inexistencia* de) una voluntad criminal ya manifestada o una puesta en peligro ya acaecida. (10) A pesar de su formal abandono, muchos autores de orientación normativista siguen concibiendo al desistimiento como un presupuesto negativo del injusto culpable de tentativa. Incorporando la perspectiva de la teoría de las normas, afirman que si el autor desiste, no hay quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento de la tentativa. Para fundamentar esa afirmación, a diferencia de las «teorías jurídicas», las construcciones dogmáticas modernas sostienen que –en verdad– no se trata de suprimir nada del mundo: los *hechos* existieron pero, a raíz del desistimiento, no constituyen una *tentativa*; dicho a la inversa: el quebrantamiento culpable de la norma de la tentativa solo es tal cuando esta *no ha sido desistida*. Me interesa mencionar aquí, a fines expositivos, las premisas básicas de dos modelos teórico-sistemáticos en esta línea.

[a] Pozuelo Pérez considera que si bien el desistimiento no puede eliminar la antijuridicidad del comportamiento ya ejecutado, sí puede impedir la configuración del *tipo legal (penal)* de tentativa; el desistimiento convierte la conducta del agente (globalmente conside-

(10) Que el desistimiento es siempre un comportamiento posterior al hecho de la tentativa, no puede ser seriamente discutido. Véase, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1994, p. 47.

rada) en algo *jurídico-penalmente irrelevante*. (11) Para explicar esto, debe recordarse que la autora define a la tentativa como «el fracaso de una consumación», (12) de manera tal que si el agente revoca voluntariamente el riesgo, no fracasa sino que desiste y, por tanto, no hay tentativa. (13) Desde el punto de vista de la teoría de las normas, que es el que aquí interesa, Pozuelo Pérez sostiene que [el deber originariamente impuesto por] la norma de comportamiento puede ser cumplida de dos maneras diferentes. De modo «tradicional», mediante el no inicio de actos ejecutivos; o de modo «extraordinario» (una vez que se ha dado inicio a la ejecución), mediante el desistimiento; son dos modalidades diferentes pero «en ambos casos se trata de un deber idéntico». (14) Quien desiste, entonces, cumple el mismo deber cuya infracción había iniciado: «el desistimiento ha *de entenderse como el cumplimiento de la norma en concreto*», eliminando la relevancia jurídico-penal del comportamiento y el merecimiento de pena. (15)

[b] La segunda línea, desarrollada recientemente por Dold, es un poco más compleja y considera que el desistimiento *impide* la configuración del *injusto de tentativa*. Explicar el planteamiento requiere aclarar primero que, para este autor, el injusto jurídico-penalmente relevante consiste en el quebrantamiento culpable de una norma de comportamiento cuyo contenido, en términos generales, prohíbe al ciudadano perder el control de los riesgos que haya creado de forma responsable. (16) A partir de allí, deben distinguirse dos clases de injustos de tentativa: quien ya ha perdido el control del riesgo, realiza una «tentativa cerrada»; quien todavía lo conserva, una «tentativa no cerrada». (17) En el primer caso, estamos ante un *injusto del hecho punible*, un quebrantamiento directo de la norma que, como tal, ya no

(11) El uso que hacemos aquí del término «tipo» es en sentido amplio, equiparado a la idea de *tipo legal* de tentativa (que por supuesto es más comprensivo que la noción de tipicidad estricta). Con base en la distinción entre antijuridicidad general y específicamente penal, MIR PUIG, S., 2016, L. 13/97, resume la idea del siguiente modo: «[el] *desistimiento voluntario no puede excluir la peligrosidad ex ante ni, por tanto, la prohibición de la conducta. [...] Mas si se concibe –como aquí– el tipo como tipo de injusto penal (y no solo como tipo de injusto), cabe entender que el desistimiento voluntario excluye el tipo (penal) de la tentativa sin que niegue el injusto anterior; sino solo su relevancia penal, por falta de necesidad de pena*».

(12) POZUELO PÉREZ, L., 2003, p. 243.

(13) La tentativa fracasada y el «intento» desistido solo se asemejan respecto de una cuestión fáctica (la no consumación), pero normativamente significan cosas completamente distintas.

(14) POZUELO PÉREZ, L., 2003, p. 244.

(15) POZUELO PÉREZ, L., 2003, p. 247.

(16) DOLD, D., 2017, pp. 45-46.

(17) DOLD, D., 2017, p. 45.

puede ser desistido; (18) en el segundo, se trata de una especie de *injusto ficticio* que, si bien no representa una infracción de la norma de comportamiento, permite al Estado tratar al agente *como si* la hubiera infringido. (19) Bajo estas premisas, el desistimiento de la «tentativa no cerrada» (o imperfecta) constituye, según el autor, una causa de impedimento del injusto del hecho punible, en la medida en que dicho comportamiento pareciera obstaculizar la configuración de un quebrantamiento directo de la norma: «en caso de desistimiento, el injusto de la tentativa [como caso particular del injusto del hecho punible] no se materializa». (20)

«Si bien el autor reconoce que el comienzo de ejecución y el desistimiento constituyen dos acciones analíticamente diferenciables, esto no obsta a que, bajo determinadas condiciones, (21) ambas pueden interpretarse como una unidad valorativa. En efecto, si se dan tales condiciones, estamos ante una toma de posición única frente a la norma de comportamiento que, en virtud del desistimiento, no puede considerarse infringida. Con el desistimiento, el autor emite una expresión que contradice la declaración negativa anterior y, en esa medida, su comportamiento resulta en sí mismo contradictorio. Ese carácter contradictorio implica que toda tentativa (no cerrada) desistida constituye un «enunciado perplejo», una *contradictio in*

(18) DOLD, D., 2017, p. 115: si se «ha infringido directamente una norma de comportamiento, el desistimiento no puede suprimir el injusto que ya se ha materializado». Esta restricción está vinculada a la idea *jakobsiana* de «modificación de un hecho todavía actual» y, en términos breves, implica que solo puede desistirse una tentativa en la que el autor todavía conserva el control del riesgo creado. Quien pierde el control del riesgo, por el contrario, ha realizado ya una toma de posición definitiva (de ahí el carácter «cerrado» de la tentativa) que lesiona directamente la norma de comportamiento. Véase JAKOBS, G., 1997 (a), pp. 325 y ss. Similar, MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2019, pp. 673 y ss., aceptando que, en lo que él llama «tentativa irreversible», solo existiría un «desistimiento impropio». Con esa denominación, el autor se refiere a «cualquier acto posterior a la tentativa irreversible que reduzca el desvalor material del hecho delictivo» (p. 679), por lo que desistimiento propio, impropio, cumplimiento de deber de garante por injerencia, reparación, compensación, etc., quedan equiparados.

(19) DOLD, D., 2017, pp. 85 y ss.

(20) DOLD, D., 2017, p. 109. Similar, KÖHLER, H., 1997, p. 469, caracteriza al desistimiento (no como causa de impedimento sino) como causa de supresión del injusto (*Unrechtsaufhebungsgrund*).

(21) Acerca de las condiciones bajo las cuales el autor entiende que resulta legítima esa vinculación entre desistimiento (la acción posterior) y tentativa imperfecta (acción anterior con la que se ha dado comienzo a la ejecución sin perder todavía el control absoluto del riesgo), no cabe entrar aquí. Basta mencionar que el autor utiliza, para esa vinculación, las herramientas analíticas proporcionadas por el *linking principle* y el principio de la *identidad numérica* de las personas. Véase, DOLD, D., 2017, pp. 111 y ss.

adiecto que, desde el punto de vista comunicativo, “no es ningún enunciado”». (22)

Al margen de sus diferencias y la breve explicación, lo anteriormente expuesto alcanza para evidenciar lo que ya hemos adelantado: lo relevante en estos modelos no es tanto la ubicación sistemática del instituto en la teoría del delito, sino su *ubicación normológica*. En este sentido, el núcleo de ambos planteamientos radica en comprender al desistimiento como un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de la tentativa. En el punto siguiente se resumen los problemas más relevantes que, según creo, aquejan a esta posición.

2. Los problemas

Un sector de la doctrina ha señalado que esta posición exhibiría una cierta contradicción conceptual: si el desistimiento impide el nacimiento de la tentativa, entonces se estaría impidiendo a sí mismo, pues la concurrencia de ese injusto es una condición necesaria para que exista, conceptualmente, el desistimiento. En breve: sin injusto de tentativa no hay nada que pueda ser desistido. (23) Los problemas que me interesa analizar, sin embargo, no son conceptuales sino dogmáticos. Y tales problemas se originan porque, en este esquema, es inevitable que el desistimiento se transforme (al menos en cierta medida) en un *reverso especular* del injusto culpable de tentativa. (24) En términos más bien formales, la idea es la siguiente: si ‘a’ es desistimiento, ‘b’ es el injusto culpable de tentativa, y resulta que el primero es un presupuesto negativo del segundo, entonces es posible concluir que «a = -b». Este difundido “*Spiegelbild-axiom*” (25) es lo que ha dado lugar a la idea de *contra-imputación* que reina en el desistimiento y que, en mi opinión, genera problemas no menores. A continuación, se resumen los más importantes.

(22) DOLD, D., 2017, p. 114: “*eine perplexen Aussage ist keine Aussage*”.

(23) En esta línea, MAURACH R./GÖSSEL, K./ZIPF H., 1995, § 41/9: «[el] desistimiento en nada afecta el delito intentado, sino más bien lo presupone»; AMELUNG, K., ZStW (120), p. 206, se refiere también al injusto de tentativa como la *situación objetiva* que la legislación presupone para desistir.

(24) En la doctrina española, partidario de esta concepción es MUÑOZ CONDE, F., 1972, pp. 77-78: «el desistimiento voluntario no es más que el reverso del delito frustrado o intentado punible» (véase también p. 88 y p. 100).

(25) La expresión es de BLOY, R., *JuS*, p. 533; KOLSTER, H., 1992, p. 113, utiliza las expresiones «*Symmetrieverhältnis*» o «*Spiegelbildlichkeit*».

A. LAS FORMAS DEL DESISTIMIENTO COMO REVERSO DE LA TENTATIVA ACABADA E INACABADA

El reverso especular entre tentativa y desistimiento se utiliza de forma recurrente para formular el siguiente paralelismo: las concretas formas que debe adoptar el desistimiento dependen del mayor o menor grado de ejecución fáctica que haya alcanzado el injusto de tentativa. De esta forma, a la hora de determinar el comportamiento exigible para conceder la impunidad por desistimiento, la distinción fáctica entre tentativa *inacabada-acabada* adquiere una relevancia fundamental. (26) Así las cosas, para desistir de la tentativa *inacabada* basta con «*hacer menos*» (*abandonar* la ulterior ejecución); mientras que, para desistir de la tentativa *acabada*, sería necesario «*hacer más*» (*impedir* la consumación).

El problema está en que, como es sabido, esa distinción está vinculada al pensamiento naturalista de que las omisiones no causan nada y que, por tanto, todo lo relevante tiene lugar durante la fase activa, finalizada la cual, pareciera que el hecho se sigue desarrollando automáticamente. En breve: tal distinción hace coincidir la tentativa *acabada* con la terminación de la fase activa y, con ello, se oculta un dato fundamental, a saber, que toda tentativa activa también tiene una fase omisiva (27) (lo cual se manifiesta, de forma particularmente gráfica, en los casos de autoría mediata). Una vez reconocido su corte naturalista, tal distinción no debería tener ninguna relevancia en la determinación del comportamiento exigible al agente para conceder impunidad por desistimiento. A decir verdad, el paralelismo fáctico señalado es bastante débil, pues se asienta en la poco convincente idea de que es posible entablar una relación proporcional entre el estadio de ejecución material del injusto y la actividad fácticamente necesaria para desistir. En función de esa relación pareciera que, a menor cantidad de ejecución de injusto, menos desistimiento se necesita; y a mayor cantidad de ejecución, más desistimiento se exige. Esta idea, de hecho, ha sido reiteradamente criticada por un sector importante de la doctrina y la jurisprudencia (28) e incluso caracterizada, directa-

(26) Conforme con el criterio tradicional, la tentativa está *acabada* cuando el autor ha realizado todo lo que, según su representación, era necesario para la producción del resultado; véase, con mayores referencias, WESSELS, J., 2018, § 14, IV, 3; MAURACH R./GÖSSEL, K./ZIPP H., 1995, § 41/15 y ss.

(27) Ha vuelto a destacar esta cuestión, recientemente, MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2019, p. 675.

(28) La jurisprudencia española se ha expresado en numerosas ocasiones acerca de la inutilidad que presenta, en materia de desistimiento, la distinción clásica entre tentativa *acabada* e *inacabada*. En este sentido, la STS 804/2010 afirma que «la

mente, como un «falso problema». (29) Y es que, en verdad, «el concepto de delictum perfectum y la fórmula para la determinación a él asociada, no funcionan en el contexto del desistimiento». (30)

B. LA INTERVENCIÓN DELICTIVA

Este problema ha sido señalado en diversas ocasiones por la doctrina: si el desistimiento suprime o impide el nacimiento del injusto culpable de tentativa, entonces decae el hecho principal doloso, indispensable para castigar a los partícipes. Más simple: en este esquema, el desistimiento del autor beneficia a los partícipes, lo que contradice la totalidad de los textos legales. (31) Frente a este problema, si se quiere conservar la idea del desistimiento como presupuesto negativo del injusto, las opciones son (como es lógico) básicamente dos. La primera consiste en modificar aquello que tradicionalmente entendemos por «*injusto*»; la segunda, eliminar o modificar el carácter accesorio de la participación.

[a] El primer camino ha sido transitado por Dold. Según afirma este autor, el desistimiento es una «*causa de impedimento del injusto (del hecho punible)*», pero de esa caracterización no puede derivarse «*ninguna consecuencia dogmática*» (32) para la teoría de la intervención delictiva ni para la justificación de las acciones defensivas. Para hacer viable su propuesta, Dold necesita *partir o escindir* el concepto de injusto, de modo que, por un lado, encontraríamos el «*injusto del hecho punible*». Es un «*sentido general o amplio*» (33) del concepto de injusto, que designa «*el conjunto de propiedades necesarias para la imposición justificada de una pena*». (34) Por el otro, encontramos un «*sentido particular*» del concepto de injusto, que se define como la «*infracción de una norma de comportamiento*» y del cual sí se derivan consecuencias dogmáticas. (35) A partir de esta distinción, el autor

misma se muestra en realidad artificiosa y en ocasiones [...] puede llegar a producir más confusión e inconvenientes que claridad y ventajas». En la doctrina, en lugar de muchos y con mayores referencias, ROXIN, C., 2014, § 30/152 y ss.; GILI PASCUAL, A., *InDret* (2), pp. 24 y ss.

(29) MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1994, p. 119.

(30) WEINHOLD, I. E., 1990, p. 75. De hecho, esta autora califica el paralelismo fáctico como una «*Milchmädchenrechnung*».

(31) ROXIN, C., 2014, § 30/12 y § 30/32. Véase, en detalle y con mayores referencias, POZUELO PÉREZ, L., 2003, pp. 270 y ss., especialmente nota 65.

(32) DOLD, D., 2017, p. 115.

(33) La expresión pertenece a SCHEINFELD, J., *GA* (8), p. 526.

(34) DOLD, D., 2017, p. 114.

(35) DOLD, D., 2017, p. 114. La tentativa imperfecta («no cerrada») ni siquiera llega a configurar un injusto en «sentido particular», puesto que no hay allí violación

entiende que el desistimiento debe ser visto como una causa de impedimento del injusto en sentido amplio, pero no del injusto en sentido estricto; de modo tal que su concurrencia no debería producir consecuencia alguna para la intervención delictiva o la justificación de las acciones defensivas.

«En mi opinión, trabajar con dos conceptos de injusto no nos ayuda en absoluto. Cabe preguntarse aquí: si todas las consecuencias dogmáticas se derivan del concepto de injusto tradicional, ¿qué sentido tiene distinguir dos conceptos de injusto? Bien mirado, el “*concepto amplio*” de injusto parece coincidir con lo que, tradicionalmente, llamamos *hecho punible*. Por esa razón, creo que en el modelo presentado por Dold, el desistimiento constituye una causa de exclusión de la pena *disfrazada* de una supuesta causa de impedimento del injusto». (36)

[b] El segundo camino admite dos variables. La primera y más radical, que fue emprendida por V. Hippel, es generalmente sostenida por los defensores de una concepción subjetiva del ilícito y consiste en *eliminar* el principio de accesoriedad e independizar completamente el injusto del partícipe. (37)

«El partícipe infringe su propia norma de comportamiento (se elimina la accesoriedad cualitativa) y, como consecuencia, el comienzo de ejecución de la tentativa por parte del autor es completamente irrelevante para la existencia del injusto del partícipe (se elimina también la accesoriedad cuantitativa)».

La segunda variable (menos radical) mantiene la dimensión cuantitativa del principio de accesoriedad, pero *modifica* su dimensión cualitativa. En esta línea, Pozuelo Pérez (38) cambia el objeto de referencia de la participación: en lugar de exigir actos *típicos* y *antijurídicos*, la punibilidad de la intervención delictiva solo requeriría la realización de (los ya mencionados) *actos ejecutivos* que, si bien pueden ser antijurídicos, no necesariamente deben ser típicos. (39)

a la norma de comportamiento (de lo contrario, no tendría sentido afirmar que el autor debe dejarse tratar *como si* la hubiera infringido).

(36) DOLD, D., 2017, p. 115: «[El desistimiento] *solo puede tener como efecto el hecho de que el autor, antes de infringir la norma de conducta, no pueda ser tratado como si la hubiera quebrantado, porque su posición sobre esa norma de conducta es perpleja*». También críticos a este respecto, MAÑALICH, J. P., *InDret* (3), 2020, nota 77.

(37) V. HIPPEL, E., 1966, pp. 77; SANCINETTI, M., 2005, pp. 374 y ss.

(38) POZUELO PÉREZ, L., 2003, p. 279.

(39) Dicho en palabras de POZUELO PÉREZ, L., 2003, p. 280: «una vez que el autor principal haya comenzado los actos ejecutivos –aunque estos no sean todavía típicos– la punición de la conducta del partícipe solo dependerá de que este haya

«El desistimiento, entonces, impide la configuración del tipo legal de la tentativa *del autor*, pero deja subsistente esta nueva categoría de *actos ejecutivos* que, a los fines de la punibilidad del partícipe, son suficientes. En mi opinión, la propuesta es valiosa, pero necesita de mayor concreción: la punibilidad del partícipe exige establecer, de forma clara, cuál es la norma de comportamiento por él infringida».

C. DESISTIMIENTO Y DEBER DE GARANTE POR INJERENCIA: ¿UN SISTEMA CERRADO DE IMPUTACIÓN?

Quienes entienden el desistimiento como un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento, normalmente equiparan el instituto con el cumplimiento de los deberes de garante por injerencia. En su núcleo, la idea es la siguiente: quien comienza la ejecución de una tentativa se convierte en garante por injerencia, de modo tal que el desistimiento no es más que el cumplimiento de su deber de garantía. (40) Esta equiparación entre desistimiento y deber de garante por injerencia es, según creo, inexacta. No es cierto

realizado un injusto culpable, puesto que se parte de que el partícipe realiza su propio injusto». Explora una posibilidad original, VACCHELLI, E., 2020, pp. 217 y ss.; para quien debe aplicarse la solución individual a nivel de la norma de comportamiento (la tentativa perfecta de participación implica la pérdida del control del riesgo sobre el aporte y, por tanto, una plena infracción de la norma de conducta del partícipe, todavía no punible), pero la solución global a nivel de la norma de sanción (solo el comienzo de ejecución «cose todas las intervenciones individuales en una unidad de sentido» típica). Como consecuencia, la intervención en fase pre-ejecutiva constituiría una «conducta *antinormativa no-típica*», que solo genera deberes de tolerancia y la posición de garantía por injerencia que le obliga a retirar lo aportado (o tolerar que el Estado lo retire a su costa). A partir del comienzo de ejecución de la tentativa, el hecho parece transformarse en *típico* y el estatus normativo, así como el contenido fáctico del comportamiento que VACCHELLI exige al partícipe que desiste, se modifica sustancialmente. A partir de ese punto, el desistimiento del partícipe parece transformarse en un *verdadero deber jurídico-penalmente garantizado*, pues su incumplimiento resulta sancionable con pena y cuyo contenido obliga a *frustrar todo el proyecto delictivo*. Similar, JÄGER, C., 2017, § 24/107. En contra, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1994, pp. 119 y ss. y, especialmente, p. 130; FARRÉ TREPAT, E., *ADPCP*, pp. 711 y ss.; quienes consideran que, para conceder la impunidad por desistimiento, es suficiente con que el partícipe se limite a retirar su aporte. En este sentido también se expresa un gran sector de la doctrina alemana y, de hecho, fue la propuesta legislativa del § 26. II del Proyecto Alternativo del Código penal alemán; véase STRATENWERTH, G., 2005, §12/167-168.

(40) En breve: deber de garante por injerencia y desistimiento formarían un «sistema cerrado de imputación». Por el contrario, si el curso causal peligroso no le resulta imputable al agente, entonces no hay posición de garantía y, por tanto, no hay deber de evitar la producción del posible resultado. Al respecto y con mayores referencias, WEINHOLD, I. E., 1990, pp. 92, 78 y 88. Partiendo de premisas diferentes y

que injerencia y desistimiento constituyan un sistema cerrado de imputación: ambas cosas no pueden identificarse porque el espectro de casos que abarca cada instituto difiere en una medida considerable.

[a] En primer lugar, *no todo cumplimiento del deber del garante por injerencia constituye, al mismo tiempo, un desistimiento de la tentativa*. Si se acepta la restricción *jakobsiana* según la cual el desistimiento solo es posible en la medida en que el autor no haya perdido el control del riesgo (tentativa *no cerrada* o *imperfecta*), entonces la discordancia se manifiesta en aquellos casos en que el autor ha perdido ese control del riesgo (*tentativa cerrada* o *perfecta*). En efecto, quien primero pierde y luego recupera ese control del riesgo, podrá cumplir perfectamente con su deber de garante por injerencia –evitando la consumación–, pero no podrá desistir. En un caso:

«Ø planea asesinar a su pareja Π y luego suicidarse. A tal fin, Ø ha adquirido un poderoso veneno y, en caso de arrepentirse, el antídoto respectivo. Luego de que la víctima ingiere el veneno, Ø traga también su dosis. Π cae al suelo inconsciente, comienza a convulsionar. Ø sabe que pronto será su turno y se sienta a su lado. De forma repentina, Ø vomita y expulsa el veneno. Para Ø, se trata de una señal divina y, aprovechando la ventana temporal, administra el antídoto a Π, salvando su vida».

Sin embargo, no es necesario aceptar aquella restricción para que tal discordancia se ponga de manifiesto. De hecho, dar cumplimiento a un deber de garante por injerencia que deriva de la comisión de un delito imprudente (el caso más frecuente) no puede ser considerado desistimiento porque tal delito, en verdad, ya está consumado. Dicho de otro modo, el quebrantamiento imprudente de un deber negativo no puede ser realizado en grado de tentativa y, tal como ha quedado expresado anteriormente, sin tentativa no puede haber desistimiento. Una cuestión distinta es que tal cumplimiento del deber de garante por injerencia pueda ser considerado, dado el caso, desistimiento de una tentativa del delito doloso de omisión de socorro, pero en tal caso estaríamos ante una tentativa imperfecta. Esta potencial equiparación se analiza a continuación.

[b] En segundo lugar, tampoco es posible afirmar que *todo desistimiento implique cumplimiento de un deber de garante por injerencia*, ni siquiera cuando se lo reduce a los casos de tentativa no cerrada o imperfecta. Reaño Peschiera sostiene, en esta línea, lo siguiente: si el agente todavía conserva el control del riesgo, el desistimiento no es

circunscribiendo el paralelismo a la tentativa inacabada, parece llegar a las mismas conclusiones MAÑALICH, J.P., *InDret* (3), 2020, p. 15.

más que la expresión de un deber de aseguramiento. (41) Esta última equiparación es, en mi opinión, también inexacta porque la injerencia es un instituto que pertenece al campo de las relaciones negativas, mientras que la tentativa es posible mediante infracción de deberes positivos. (42) Desde el punto de vista teórico, entonces, es posible que existan tentativas imperfectas mediante la infracción de deberes positivos cuyo desistimiento (por definición) no puede implicar el cumplimiento de un deber de aseguramiento. Para poner en evidencia lo dicho, basta pensar en las omisiones puras de garante: (43) en esas omisiones, la posición de garantía no deriva de una injerencia previa sino de una posición institucional, por lo que el desistimiento de la tentativa de tales omisiones nunca puede interpretarse como el cumplimiento de un deber de aseguramiento. Lo mismo sucede con los casos de omisión por comisión mediante infracción de un deber de solidaridad pasiva; es decir: los casos de infracción de un deber de tolerancia derivado del estado de necesidad agresivo mediante la actuación dentro de la propia esfera. En un caso:

«II se encuentra nadando en un lago cuando, repentinamente, sufre un calambre. Para evitar morir ahogado, nada desesperadamente hasta una boya flotante, propiedad de Ø. Mientras II se acerca, pero todavía lejos de la boya, Ø advierte la evidente situación de peligro en la que se encuentra el necesitado. Sin embargo, comienza a retirar su boya del lago pues, en verdad, necesitaba una limpieza. Los gritos de II hacen cambiar de opinión al egoísta Ø, quien decide finalmente dejar la boya en el lago y permitir que II se aferre a ella, salvando su vida».

Según la doctrina mayoritaria, el deber de *no retirar* la boya (que recae sobre el tercero ajeno al conflicto) constituye un *deber de tolerancia* fundamentado exclusivamente en solidaridad interpersonal, de manera tal que su infracción (el retiro de la boya) no podría generar ninguna posición de garantía por injerencia, pues se trata de un delito

(41) Véase REAÑO PESCHIERA, J., *RDPUC* (58), p. 477: «antes de que el sujeto renuncie o pierda la posibilidad de revocar de modo seguro el riesgo creado, el [...] desistimiento voluntario es una exigencia derivada de un deber de aseguramiento fundamentado en una competencia organizativa (injerencia)». En la tentativa perfecta, en cambio, «el desistimiento voluntario no es más que una exigencia derivada de un deber de salvamento fundamentado en consideraciones de solidaridad intersubjetiva (competencia *institucional*) ...» (p. 456). Desde mi punto de vista, la posición es inconsistente: sobre quien todavía conserva el control del riesgo, parece recaer un deber más intenso (fundado en responsabilidad por organización) que aquél que recae sobre quien ya lo ha perdido (fundado en solidaridad).

(42) Véase JAKOBS, G., *ADPCP* (LII), p. 19.

(43) Por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2003, pp. 467 y ss.

de omisión pura. (44) Como consecuencia, el desistimiento de la tentativa de omisión de socorro (45) ejecutado por \emptyset (abandonar el retiro de la boya), no puede constituir la expresión del cumplimiento de un deber derivado de la injerencia (en todo caso, se trataría del cumplimiento de un deber de solidaridad pasiva).

[c] Por último, pueden esgrimirse dos argumentos adicionales por los que desistimiento y deber de garante por injerencia no pueden identificarse. El primero radica en que los niveles de exigibilidad aplicables al desistimiento son mayores que los aplicables al deber de garantía por injerencia. (46) El segundo consiste en recordar que este deber último admite ser cumplido, perfectamente, por un tercero a través de delegación -en sentido amplio- e incluso de forma coactiva. (47) En el caso del desistimiento voluntario, la delegación es completamente inviable y la coacción excluye su carácter voluntario.

D. LOS REQUISITOS OBJETIVOS DEL DESISTIMIENTO: EVITACIÓN DEL RESULTADO Y CRITERIOS DE IMPUTACIÓN

En la medida en que el desistimiento se equipara con el cumplimiento de un deber de garante por injerencia, la doctrina interpreta el requisito de la eficacia como efectiva evitación de la consumación. (48) En breve: evitar la producción del resultado lesivo es una condición necesaria para la impunidad por desistimiento. Ahora bien,

(44) Se trata, entonces, de una omisión de auxilio. Sobre el particular, fundamental y con mayores referencias, LERMAN, M., 2013, pp. 229 y ss.; en particular, afirma en p. 262: «[quien] *debe omitir actuar en función de la existencia de un estado de necesidad agresivo justificante, que autoriza a un tercero a utilizar ese bien a favor de la víctima, [...] responderá exclusivamente por el delito de omisión propia*». Véase también COCA VILA, I., *ADPCP* (LXIX), p. 107; ROBLES PLANAS, R., 2007, pp. 95 y ss.; HAAS, V., 2001, pp. 234 y ss. De otra opinión, SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2005, pp. 1007 y ss.; también publicado en *Revista Discusiones* (7), pp. 25 y ss.

(45) Según se dice, cuando la «tentativa de salvamento» esté inacabada, el «desistimiento de *la misma*» solo constituye un delito de *omisión propia*, en tanto no empeora la situación del bien jurídico. Por lo tanto, no habría problemas en afirmar lo siguiente: quien ha comenzado a retirar ese medio salvador (especialmente si está actuando dentro de su propia esfera de autonomía), pero luego cesa en su retiro y permite que la víctima lo alcance, habría comenzado una tentativa de omisión propia de la cual habría desistido.

(46) ALCÁCER GUIRAO, R., 2002, pp. 81 y ss.

(47) VOGEL, J., 1993, p. 172.

(48) Adviértase una cuestión adicional: la eficacia, así concebida, es heredera de una comprensión del desistimiento como elemento definitorio del concepto mismo de tentativa, entendida a su vez como *no consumación*. Dicho de otro modo: la eficacia del desistimiento es un presupuesto negativo del injusto consumado y, en esa medida, un requisito de la existencia misma de la tentativa.

si el desistimiento es un reverso especular del injusto culpable de tentativa (Spiegelbild-axiom), entonces tal condición no es suficiente: el proceso causal de evitación debe poder ser imputado normativamente al agente, (49) para lo cual deben invertirse los criterios de imputación utilizados en la teoría del injusto culpable. (50) Conforme con ello, se replicaría en la atribución de mérito (la evitación del resultado) la discusión dogmática que tiene lugar en la imputación de demérito (imputación objetiva del resultado). (51) A partir de aquí, se advierten las posiciones siguientes:

+) La «teoría de la apertura de oportunidades o incremento de la probabilidad de salvación» es el reflejo de la teoría de la imputación objetiva (a través del criterio del incremento del riesgo): la imputación positiva del desistimiento exige que el sujeto incremente las posibilidades de salvación del bien jurídico y que tal incremento se haya materializado en la evitación del resultado. (52)

+) La «teoría de la prestación óptima» concede mayor relevancia al valor de acción: no basta con la evitación imputable del resultado, debe exigirse una «prestación óptima» (esfuerzo serio) dirigido a evitar la producción del resultado. (53)

(49) Véase, con mayores referencias, ALCÁCER GUIRAO, R., 2002, pp. 4 y ss.; ROXIN, C., 2014, § 30/211. Las posiciones subjetivistas, por el contrario, entienden que el desistimiento es un reverso del ilícito subjetivo; y dado que el resultado no representa ningún papel para la configuración del injusto, tampoco la evitación de este es una condición necesaria ni suficiente para el desistimiento; véase SANCINETTI, 2005, pp. 140 y ss.

(50) ALCÁCER GUIRAO, R., 2002, p. 10.

(51) ROXIN, C., 1999, p. 333: «para la evitación del resultado deben regir los mismos criterios de imputación que para su producción».

(52) Cuando el sujeto tenga varias opciones para la evitación del resultado, basta con que realice una de ellas, aun cuando sea la menos adecuada. Lo único que interesa es que la acción realizada sea *ex ante* adecuada para evitar el resultado y esta se materialice efectivamente en la salvación. El principal exponente de esta tesis es JÄGER, C., 1996, pp. 64 y ss.; similar, BLOY, R., *JuS*, pp. 533 y ss. Véase también ROXIN, C., 2014, § 30/221; WESSELS, J./BEULKE, W., 2018, pp. 241-242, donde expresan que «la consumación o no consumación no deben depender meramente del azar»; SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H., 2010, § 24/59: en contra de lo que exige el principio de optimización, «en todo caso, el autor debe hacer aquello que objetivamente o al menos desde su punto de vista aparezca como necesario para evitar el resultado»; STRATENWERTH, G., 2005, § 11/90; ALCÁCER GUIRAO, R., 2002, pp. 32 y ss.

(53) Sin embargo, los autores difieren respecto de si tal elección debe ser solo subjetivamente óptima (aquella que desde la perspectiva del sujeto sea la mejor disponible) o si esa prestación subjetivamente óptima también requiere ser objetiva o al menos intersubjetivamente adecuada. Véase, con mayores referencias, ALCÁCER GUIRAO, R., 2002, pp. 78 y ss.; HERZBERG, R. D., *NJW*, pp. 1636 y ss., MURMANN, U., 1999, pp. 60 y ss.

+) Las posiciones intermedias, como la «teoría de la compensación» propuesta por Kolster, (54) e incluso mixtas, como la «teoría de la diferenciación» de Roxin. (55)

Determinar los requisitos objetivos del desistimiento mediante una inversión del sistema de imputación del injusto ha generado un estado caótico y asistemático de criterios de atribución de impunidad. Tal estado se refleja, entre otras cosas, en la diversidad de soluciones propuestas por la doctrina para los casos de desistimiento malogrado en contextos donde el resultado no puede ser imputado al dolo del autor. Para utilizar un conocido ejemplo:

«Ø se propone matar a II vertiendo 5 dosis de veneno en su comida, de forma cumulativa y a razón de una gota por día y plato de comida. Transcurridos los primeros dos días y habiendo vertido ya las dos gotas correspondientes, el agente Ø, acongojado por la idea de la muerte de la víctima, abandona su plan delictivo. Sin embargo, las dosis administradas fueron suficientes para provocar la muerte de la víctima».

En la doctrina española, Muñoz Conde (56) distinguió cinco posibles soluciones para el caso: a) No hay desistimiento, debe condenarse por (a. a) delito consumado doloso; (a. b) con la (entonces vigente) atenuante de preterintencionalidad; (a. c) con la (entonces vigente) atenuante de arrepentimiento espontáneo; b) Hay desistimiento, pero puede condenarse por (b. a.) delito imprudente; (b. b.) tentativa con la atenuante de arrepentimiento espontáneo u otra análoga (la solución propiciada por Muñoz Conde). A estas cinco posibilidades cabría agregar la solución diferenciadora de Martínez Escamilla, quien distinguió entre los casos de: a) desistimiento activo ineficaz de la tentativa acabada, (57) para los que propicia el castigo por delito consumado con la atenuante de reparación del 21.5 CPE; y

(54) La idea es exigir algo más que una contribución causal, pero sin llegar a exigir una prestación óptima. Debe tratarse de un comportamiento que *neutraliza los presupuestos* para la imposición de una pena: en definitiva, se trata de compensación del merecimiento de pena; véase KOLSTER, H., 1992, pp. 112 y ss.

(55) El autor utiliza, para algunos casos, el criterio de la prestación óptima; para otros, el criterio del incremento en la probabilidad de salvación; véase ROXIN, C., 2014, § 30/243.

(56) Véase, MUÑOZ CONDE, F., 1972, pp. 147 y ss.

(57) El desistimiento activo tiene lugar una vez realizados todos los actos ejecutivos necesarios para que pueda producirse el resultado (tentativa acabada) sin que este haya tenido lugar todavía (y conociendo, además, el autor esta ausencia de producción).

b) los casos de consumación anticipada propiamente dicha (58) (desistimiento pasivo ineficaz de una tentativa inacabada), para los que adopta la solución propiciada por Muñoz Conde: castigo por tentativa (y, en caso de que el resultado fuera previsible, en concurso por delito consumado imprudente), con la atenuante de reparación del art. 21.5 CPE. (59) Por último, queda por mencionar las ulteriores subdistinciones formuladas por Álvarez Vizcaya (60) para los casos de tentativa acabada, y por Benlloch Petit para los casos de consumación anticipada propiamente dicha.

«En relación con lo primero, la autora española entiende que la solución de la consumación atenuada no puede aceptarse para todos los casos de desistimiento activo ineficaz. Hay que diferenciar aquí los casos de «desistimiento idóneo fracasado» (61) en los que, según esta autora, también debe castigarse por tentativa en concurso ideal con el delito imprudente. En relación con lo segundo, Benlloch Petit distingue aquí el siguiente esquema de análisis: (62) [a] si el autor inicia el desistimiento (finalmente ineficaz) cuando la producción adelantada del resultado era previsible, entonces puede condenarse por tentativa (en concurso ideal con delito imprudente), con aplicación de la atenuante analógica del 20.7. [b] si el adelantamiento de la producción del resultado no le era previsible, entonces no se puede aceptar la solución anterior. En este caso, cabría distinguir todavía dos subgrupos distintos: b. a.) El autor inicia su «desistimiento» luego de advertir que ya es imposible detener la producción del resultado. b. b) El autor inicia el desistimiento tras haber advertido la posibilidad de consumación anticipada, pero cuya evitación aparece todavía como posible. En el primer grupo de supuestos, se trata de un «desistimiento fracasado» y cabe condenar por tentativa; en el segundo, hay verdadero desistimiento de la tentativa imperfecta: si el autor «se esfuerza seriamente por evitar el resultado, merece igual impunidad». (63) La eficacia, entonces, ha dejado de ser aquí una condición necesaria para el desistimiento».

(58) El desistimiento pasivo ineficaz tiene lugar cuando el sujeto abandona la ejecución del hecho creyendo que todavía no ha realizado todos los actos ejecutivos necesarios para que pueda producirse el resultado.

(59) Como puede advertirse, la idea de que el desistimiento es el reverso del injusto de la tentativa genera tal repercusión en la determinación de la eficacia del desistimiento que, en verdad, tal requisito depende de que la tentativa se encuentre subjetivamente perfecta o no.

(60) ÁLVAREZ VIZCAYA, M. A., *ADPCP* (49-3), p. 906.

(61) Casos de tentativa acabada en los que, antes de que se produzca el resultado, el autor todavía conserva el dominio del hecho e intenta evitar su producción mediante actos idóneos, pero a la postre ineficaces.

(62) BENLLOCH PETIT, G., 1998, pp. 335 y ss.

(63) BENLLOCH PETIT, G., 1998, pp. 340. El fundamento de esta solución radica en que «el autor desiste en un momento en que lo realizado por él no entra».

Como puede advertirse, la discusión relativa a los criterios de imputación en la eficacia del desistimiento no es más que una réplica desordenada de lo que conocemos como imputación objetiva y subjetiva en el injusto culpable. Todo ello, entiendo, es el costo de haber adoptado un punto de partida desacertado: es cierto que el desistimiento no puede prescindir de la idea de imputación, (64) pero eso no nos obliga a trabajar aquí con los criterios normativos oportunamente desarrollados para la atribución de responsabilidad por el injusto culpable.

Contra esta estrategia pueden formularse dos argumentos teórico-metodológicos. En primer lugar, en el lado positivo de la ecuación (desistimiento) no disponemos de las categorías dogmáticas con las que se cuenta en el lado negativo (injusto culpable). Cuando se intentan trasladar esas complejas herramientas de imputación negativa hacia el ámbito de lo positivo, nos encontramos con escasas categorías conceptuales para ubicarlos. Gráficamente: no disponemos de los cajones necesarios, de modo tal que, al introducir muchas herramientas en una sola caja, generamos confusión. (65) En segundo término, no es cierto que los criterios normativos para atribuir méritos consistan en un reverso especular de aquellos que utilizamos para los deméritos. Por el contrario: la imputación de responsabilidad por resultados desvalorados es una práctica más laxa (se hace con mayor facilidad) que la atribución de méritos (esta última es bien restringida). (66) En la dimensión de los méritos positivos, quien lo intenta y no lo consigue,

ñaba, tanto desde una perspectiva objetiva (es decir, partiendo de lo objetivamente cognoscible y evitable) como desde su perspectiva individual, ningún peligro para el bien jurídico protegido al mantener el autor un perfecto control del curso causal y de la eventualidad de la producción del resultado [...]; p. 339.

(64) La idea de *imputación* resulta necesaria porque no se puede construir una adecuada teoría del desistimiento sin tomar como punto de partida la idea de atribución del comportamiento, como obra propia, al agente que desiste.

(65) El concepto de delito es una herramienta dogmática altamente compleja, llena de matices y categorías específicas. El desistimiento, por su parte, aparece como una herramienta más bien simple, compuesta por dos requisitos básicos: la evitación o esfuerzo serio dirigido a impedir la consumación, y la voluntariedad. La estructura conceptual del desistimiento es, en este sentido, mucho más tosca que aquella que presenta el injusto culpable. Advierte el problema y; sin embargo, desestima su relevancia BENLLOCH PETIT, G., 1998, p. 437.

(66) Sobre el particular, se ha afirmado que *«no es posible pensar los reconocimientos y los castigos como las dos caras de una moneda. La forma en la que nos premiamos no puede ser equiparada al modo en la que distribuimos reproches y condenas»*; BEADE, G., *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo* (II-1), p. 120. Si se toma la distinción entre merecimiento formal y merecimiento material, podría decirse (simplificando al máximo) que, en la dimensión de los méritos, el merecimiento formal parece tener más peso que el material; mientras que en la dimensión de los deméritos, sucede a la inversa.

nada recibe; por el contrario, las prisiones podrían formar un buen pabellón destinado a los autores de tentativa. En un ejemplo: nadie se pregunta por el mérito del taxista que lleva hasta el hospital, espera en la puerta y luego ayuda a volver a casa al donante de médula ósea; pero cuestionar la responsabilidad penal del taxista que, después de llevar hasta el banco y esperar en la puerta, finalmente se adapta al plan delictivo y ayuda a escapar a los ladrones, parece extremadamente difícil. Los resultados de los estudios empíricos, que han dado lugar al denominado efecto Knobe, confirman el núcleo de esta objeción. (67)

E. EL REQUISITO SUBJETIVO DEL DESISTIMIENTO: LA VOLUNTARIEDAD

La voluntariedad es uno de los problemas más complejos del desistimiento y no es posible entrar en esta cuestión aquí. (68) Solo me interesa destacar que, si el instituto se concibe como reflejo especular del injusto culpable de tentativa, entonces la voluntariedad que exige el primero representa, mínimamente, la contracara de la libertad de voluntad que se requiere para la comisión de un injusto culpable. (69) A partir de aquí, resurge la herencia de las «teorías jurídicas»: la ubicación sistemática que damos al desistimiento (causa de atipicidad, justificación o exculpación) determinará el contenido de este requisito.

(67) Sin entrar en detalles, se denomina *efecto knobe* a la asimetría con la que se atribuye responsabilidad intencional por las consecuencias colaterales de las acciones, según se trate de consecuencias malas o buenas, comportamientos meritorios o reprochables. Los estudios realizados demostraban que las personas consultadas exhibían una gran predisposición para atribuir responsabilidad intencional al agente en virtud de los daños (ambientales) que generaba de forma indirecta con su actividad empresarial. Cuando se trataba de atribuir mérito por los efectos beneficiosos (ambientales) generados, también de forma indirecta por esa misma actividad, la predisposición disminuía de forma radical. Véase, con mayores referencias, ROSAS, A./ ARCINIEGAS, M. A., *Manuscrito: Revista Internacional de Filosofía* (36-2), pp. 311 y ss.

(68) Para ello, en detalle, HERRMANN, M., 2013, pp. 75-189; ROXIN, C., 2014, § 30/354 y ss.; en la doctrina española, fundamental, MUÑOZ CONDE, F., 1972, pp. 67 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1994, pp. 3 y ss.; POZUELO PÉREZ, L., 2003, pp. 125 y ss. y 246 y ss.

(69) En esta línea, señala MUÑOZ CONDE, F., 1972, p. 88: «Dogmáticamente, el desistimiento voluntario impune no es más que el reverso del delito frustrado o intentado punible. Para castigar este no basta solo con la constatación de la capacidad de acción, sino que es preciso también la constatación del fin que pretendía el autor [...]. Para dejarlo impune, en el caso del desistimiento voluntario, [...] habrá que constatar *no solo la posibilidad de seguir actuando, sino también los fines que pretendía el autor con su desistimiento y los motivos que le impulsaron a él*».

[+] Si el desistimiento se concibe como un presupuesto negativo del tipo, la voluntariedad queda estructurada como el reverso del dolo o la resolución al hecho que requiere la tentativa. (70) Esta equiparación ha dado lugar a que la idea del fracaso de la tentativa se utilice como elemento definitorio de la voluntariedad del desistimiento: la posibilidad/imposibilidad de consumar el delito determina el carácter voluntario/involuntario del desistimiento. (71) Sin embargo, la doctrina ha demostrado en reiteradas oportunidades lo erróneo de utilizar el criterio de la imposibilidad de consumación para determinar la voluntariedad del desistimiento, evidenciando que genera resultados ampliamente deficientes. (72)

«Identificar la voluntariedad del desistimiento con el dolo de evitación del resultado es, siempre que se siga un concepto de dolo avalorado, directamente erróneo: la mayoría de los casos en los que el desistimiento es producto de la coacción está presente el dolo de evitación del resultado. Dicho con un ejemplo: quien desenfunda el arma, apunta a su víctima pero se detiene súbitamente ante la voz de alto de la policía, entregándose, tiene dolo de evitar el resultado, pero no desiste de forma voluntaria».

[+] Si el desistimiento constituye un presupuesto negativo del juicio de culpabilidad, la voluntariedad se transforma en el reverso del estado de necesidad exculpante. En este esquema, la voluntariedad decae solo cuando la libertad del agente se ve coaccionada por motivos que, en caso de presentarse en sede de culpabilidad, darían lugar a un estado de necesidad exculpante. Esta tesis ha sido desarrollada principalmente por Jäger (73) y su punto de partida (esencialmente correcto), consiste en interpretar a la voluntariedad del desistimiento a partir del sinalagma jurídico fundamental «libertad-responsabilidad». El paso en falso se encuentra, según creo, en pretender solucionar el problema de la voluntariedad, directamente, a través de una mera inversión de la noción de coacción característica del estado de necesidad exculpante. (74) Y es que la idea de la libertad de voluntad puede

(70) Paradigmático es, en este sentido, el trabajo de KRAUSS, D., *JuS*, pp. 885 y ss.

(71) La conocida tesis de Frank resulta bastante gráfica en este sentido: habrá voluntariedad si el sujeto, a pesar de que resulta posible consumar el delito, desiste; pero no habrá voluntariedad cuando el sujeto abandone el hecho una vez que ya no pueda consumarlo.

(72) Véase, con mayores referencias y en detalle, MUÑOZ CONDE, F., 1972, pp. 88 y ss.; BENLLOCH PETIT, G., 1998, pp. 415 y ss.; LAMPE, E. J., *JuS*, 1989, p. 614.

(73) JÄGER, C., 1996, pp. 98 y ss.

(74) Una crítica al traslado directo de la categoría de la inexigibilidad a la voluntariedad del desistimiento en ROXIN, C., 2014, § 30/442-446 y, fundamentalmente,

adquirir múltiples significados dentro del propio concepto de injusto culpable: es requerida para el consentimiento justificante y también para la culpabilidad, pero es evidente que en ambos casos no significa lo mismo, sus exigencias no son idénticas ni tampoco quedan excluidas por las mismas causas. (75) Por tanto, no corresponde reducir la voluntariedad del desistimiento al estricto sentido que esta tiene en el marco de una determinada categoría dogmática como el estado de necesidad exculpante. (76)

III. EL DESISTIMIENTO COMO PRESUPUESTO NEGATIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMA DE SANCIÓN

Para evitar los problemas señalados, puede ser útil caminar en otra dirección: el desistimiento no debe entenderse como un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento, sino como *presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción*. Si bien es cierto que la doctrina mayoritaria no ha enfocado este problema desde la teoría de las normas, normalmente ha catalogado al desistimiento como una excusa absolutoria, una causa de exclusión o de supresión de la pena; por tanto, lo más lógico sería ubicarlo, definitivamente, en la dimensión de la norma de sanción. (77)

Ubicado el desistimiento en la norma de sanción y retomando la expresión gráfica anterior («a = -b»), el otro lado de la ecuación ya no está representado por el injusto de tentativa, sino por la consecuencia

POZUELO PÉREZ, L., 2003, pp. 210 y ss. y pp. 258 y ss.

(75) Las exigencias para afirmar libertad de voluntad no solo varían con el contexto praxeológico, sino que también se ven modificadas dentro de un mismo contexto (aquí, el Derecho penal) cuando nos movemos de un instituto dogmático a otro. Dicho de un mejor modo: el Derecho penal asume la voluntad libre del agente como el presupuesto normativo de muchas acciones, pero *el significado* de esa libertad de voluntad, en cada caso, bien puede ser muy diferente. Un razonamiento similar, aplicado al desistimiento, en AMELUNG, K., *ZStW* (120-2), pp. 210 y ss.

(76) También críticos con esta reducción, ROXIN, C., 2014, § 30/442, ULSENHEIMER, K., 1976, p. 90; POZUELO PÉREZ, L., 2003, pp. 213 y ss.

(77) Véase, con mayores referencias, ROSTALSKI, F., 2019, pp. 349 y ss.; FREUND, G./ROSTALSKI, F., 2019, § 9; MAÑALICH, J.P., *InDret* (3), p. 11; ROXIN, C., 2014, § 30/29; WESSELS, J./BEULKE, W., 2018, § 17/1001; KINDHÄUSER, U., 2013, § 32/2; OTTO, H., 2004, § 19. En la doctrina especializada, MURMANN, U., 1999, pp. 33 y ss.; WEGE, H., 2011, pp. 84 y ss.; BURKHARDT, B., 1975, también desliga el desistimiento de la estructura conceptual del delito y lo trata como perteneciente a la dimensión de la consecuencia jurídica del mismo; v. DER HAYDT, R., 2017, p. 257, afirma, por su parte, que el desistimiento anula (*aufheben*) la punibilidad de la tentativa previamente surgida, pero sin suprimir el reproche de culpabilidad.

jurídica aplicable: la pena. Donde 'b' significaba 'tentativa', ahora significa 'aplicación de pena retributiva'; de manera tal que *desistimiento* ('a') = *no aplicación de pena retributiva* ('-b'). En breve: el desistimiento bloquea la posibilidad de formular un reproche punitivo por la previa comisión de un injusto culpable de tentativa. Como consecuencia, se rompe definitivamente el «*Spiegelbild-axiom*» y el desistimiento deja de concebirse como un reflejo especular del injusto de la tentativa; y esta ruptura, entiendo, genera numerosas ventajas:

[a] En *primer lugar*, el problema teórico de la tentativa se mantiene dentro de los límites del campo conceptual del injusto (el quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento), sin incidencia directa respecto de las cuestiones que hacen a la consecuencia jurídica (norma de sanción). Por supuesto que la concepción que se tenga del injusto de la tentativa seguirá teniendo impacto sobre el desistimiento, pero tal impacto será siempre de carácter indirecto. Esto significa: la concepción que se tenga sobre el injusto de tentativa condiciona la oportunidad normativa para que el desistimiento tenga lugar (en mi opinión, solo la tentativa imperfecta –si se prefiere, no cerrada– puede ser desistida), pero de tales lineamientos teóricos no deben extraerse los criterios para dotar de contenido al desistimiento.

[b] En *segundo lugar*, se quiebra el paralelismo naturalista relativo a las formas del desistimiento (tentativa inacabada - abandono de la ulterior ejecución / tentativa acabada - impedimento de consumación). La concreta modalidad fenoménica que adquiera el desistimiento no es el reflejo inverso del estadio de ejecución fáctica que alcance el injusto de tentativa. (78) La razón es sencilla: este instituto no está destinado a cumplir la función de la norma de comportamiento (cualquiera que esta sea); sino que, en la medida en que constituye un presupuesto negativo de la formulación de un reproche punitivo, está llamado a cumplir la función de la norma de sanción.

[c] En *tercer lugar*, se produce una liberación respecto de la inexacta e incómoda identificación, ya analizada, entre desistimiento y deber de garante por injerencia. (79) El primero no constituye una expresión del segundo porque este último pertenece a la dimensión de

(78) En idéntico sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1994, pp. 118-119.

(79) Esta incomodidad se refleja, de manera ejemplar, en la obra de ALCÁCER GUIRAO, R., 2002, quien luego de asegurar (en p. 64) que «[...] *hay un deber de desistirse* [...] [cuya existencia] «*viene dada por* [...] *la realización de la tentativa* [...], [esto es] *en virtud de un actuar precedente: toda tentativa peligrosa constituye una injerencia...*»; expresa (en pp. 74-75) que: «*los requisitos del desistimiento* [...] *no constituyen una obligación, sino una oportunidad*» y, finalmente (en p. 87) que «*el desistimiento no es un deber, sino una mera oportunidad excepcional que se ofrece al sujeto* [...]».

la norma de comportamiento, mientras que el primero se sitúa en el dominio de la norma de sanción. El deber de garante por injerencia debe recordarse, no es más que una expresión actualizada del originario deber negativo de no dañar, impuesto por la norma de comportamiento derivada del concreto tipo de la parte especial. Tal actualización se produce a raíz de la previa infracción de esos deberes negativos; es decir, en función de la propia organización deficiente. (80) El desistimiento, en tanto presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción, no puede identificarse (al menos no *per se*) con el cumplimiento de un deber actualizado por el ejercicio deficiente de la propia organización: ambos institutos corren paralelos y, como ya hemos visto, sus alcances son distintos. Ese deber negativo existía con anterioridad al inicio de ejecución de la tentativa (en su caso, imperfecta) y subsiste más allá de que el sujeto pierda el control del riesgo, por lo que no puede identificarse sin más con el desistimiento. Lo que sucede es que, al cumplimiento de tal deber, puede atribuírsele (o no, dependiendo de las circunstancias) el sentido comunicativo propio del desistimiento.

Como consecuencia de lo anterior, resulta enteramente factible que el agente cumpla su deber de garante por injerencia sin que ello se considere desistimiento y, a la inversa, puede desistir sin dar cumplimiento a su deber de garante. (81) En este sentido, puede afirmarse que no existe ninguna norma de comportamiento (propriadamente dicha) en virtud de la cual se considere típicamente antijurídico «el no desis-

(80) JAKOBS, G., *ADPCP* (LII), p. 19: el deber de salvamento del garante por injerencia no es más que la expresión actualizada del original deber de aseguramiento (configurar la esfera de organización de manera tal que de ella no surjan *outputs* lesivos) de todo ciudadano. En contra, DOPICO GÓMEZ ALLER, J., 2006, pp. 767 y ss. y 867 y ss., afirma que deber de aseguramiento y deber de salvamento se distinguen entre sí en virtud de que el primero es una aplicación directa de la norma prohibitiva de lesión (el sujeto debe impedir que la propia esfera se injiera en otra esfera ajena), mientras que el segundo es un deber fundado en solidaridad (que nace cuando tal injerencia ya se ha producido y el peligro ya no puede ser asegurado). Ambos deberes tienen idéntico fundamento (la responsabilidad por organización) pero, para el autor, se trata de deberes distintos. Tal diferencia, por supuesto, solo es relevante desde el punto de vista del obligado y, en lo que aquí interesa, no representa utilidad alguna: si el deber de salvamento es un deber derivado de la situación en que ya no pueden contenerse los riesgos, se trata de tentativas perfectas no desistibles. Por tanto, el desistimiento solo debe diferenciarse del deber de aseguramiento: dado que tal deber es también, para este autor, una aplicación directa de la norma prohibitiva (norma de comportamiento principal), el argumento presentado en el texto sigue teniendo plena validez.

(81) Precisamente en esto último consiste el llamado «desistimiento ineficaz o malogrado», que permite eximir de pena por la realización de un esfuerzo serio dirigido a evitar la consumación.

tir» de una tentativa (en su caso, imperfecta), pues resulta evidente que quien cumple su deber de garante por injerencia sin desistir, no infringe una nueva norma de comportamiento (al margen de la ya quebrantada por el injusto de tentativa). (82) Por supuesto, no debe pasarse por alto que, en la gran mayoría de los supuestos, a dicho cumplimiento del deber de garante por injerencia también se atribuye el sentido comunicativo propio del desistimiento de la tentativa (imperfecta). Pero tal atribución no nos debe llevar a confusión: se trata de cuestiones diferentes. Esta distinción, por cierto, permite explicar fácilmente por qué los requisitos exigidos para cumplir el deber de garante por injerencia son distintos de aquellos exigidos para desistir. (83)

[d] *En cuarto lugar*, se resuelven fácilmente los problemas relativos a la participación delictiva. Por una parte, dado que el desistimiento del autor no tiene relevancia para la configuración del tipo de injusto culpable de tentativa, no habrá obstáculo para castigar a los demás intervinientes (en fase pre-ejecutiva o concomitante). (84) Por otra, la perspectiva sugerida armoniza, sin disonancias, con la exigencia legal que subordina la impunidad a la ejecución personal del desistimiento por parte de cada interviniente. Y es que, si se trata de un presupuesto negativo de la norma de sanción, las consecuencias del desistimiento (al igual que la imposición de la pena por el quebrantamiento imputable de la norma de comportamiento) no pueden ser sino estrictamente personales.

[e] *En quinto lugar*, los elementos objetivos y subjetivos del desistimiento (a saber: *eficacia* y *voluntariedad*) pierden su carácter de reflejo especular respecto de las categorías dogmáticas del injusto de tentativa. A partir de ahora, el foco que ilumina el instituto no es la

(82) En el mismo sentido se expresa GILI PASCUAL, A., 2009, p. 257: «el desistimiento [...] no es siquiera un deber en sentido estricto [...] sino una mera oportunidad excepcional que se ofrece al agente (autor o partícipe) para quedar exento de pena». En contra, JAKOBS, G., *PG*, 1997, § 26/2 sostiene que el desistimiento «no supone ningún merecimiento especial, sino nada más que el cumplimiento de un deber».

(83) Sobre el particular, ALCÁZER GUIRAO, R., 2002, pp. 77 y ss. Desde mi punto de vista, incluso puede suceder que el cumplimiento del primero excluya la posibilidad de cumplir con el segundo. Para explicarlo, debe recordarse que, según la idea aquí sugerida, el desistimiento es un equivalente funcional de la pena y, por ello, la comisión de un nuevo injusto culpable jamás podría confirmar el Derecho. En consecuencia, si la única forma de cumplir con el deber de garante por injerencia que se ha reservado el agente consiste en la comisión de un nuevo injusto culpable, tal comportamiento no podrá considerarse, desde mi punto de vista, un desistimiento de la tentativa.

(84) Sobre el particular, véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1994, pp. 141 y ss.

norma de comportamiento sino la norma de sanción y, por tanto, es su característica función retributivo-comunicativa la que, en definitiva, determina las exigencias del instituto. Para desarrollar los lineamientos básicos de esta idea se necesita de un marco teórico robusto en relación con el fundamento y la naturaleza jurídica del desistimiento que, aquí, no es posible afrontar.

«Cabe dejar delineada, sin embargo, la idea: el fundamento de la impunidad por desistimiento radica en el hecho de que este constituye un equivalente funcional de la pena retributiva. De modo preciso: el desistimiento materializa la misma prestación retributivo-comunicativa (85) que el deber (personal) de soportar la acción punitiva estatal que recae sobre el agente (que es la contracara de la facultad punitiva concedida al Estado) en virtud de la previa infracción de la norma de comportamiento de la tentativa (imperfecta), en la medida en que esa norma posee una legitimidad retributivamente precaria». (86)

IV. CONCLUSIONES

1.- Distinguir entre norma de comportamiento y norma de sanción es crucial para comprender la discusión actual sobre el desistimiento de la tentativa.

2.- Comprender al desistimiento como un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento (de la tentativa) genera numerosos inconvenientes dogmáticos. Pero, además, nos obliga a determinar el contenido de los requisitos objetivos y subjetivos del instituto a partir de la función prospectiva de la norma de comportamiento. Aparece aquí la idea de reflejo especular y se genera un estado caótico de diversos criterios de contra-imputación de difícil aplicación.

3.- El desistimiento debe concebirse como un presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción; de modo que su concurren-

(85) Tal prestación consiste en la confirmación dinámica o realización del Derecho, en cuanto ordenamiento efectivamente practicado. En sentido similar, MURMANN, U., 1999, pp. 27-28; AMELUNG, K., *ZStW* (120-2), p. 219; WEGE, H., 2011, p. 85; ALCÁ CER GUIRAO, R., *RPJ* (63), pp. 99-100; ALCÁ CER GUIRAO, R., 2002, p. 54; SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2018, Cap. III. Similar, MAÑALICH, J. P., *InDret*, (3), p. 13; ASUA BATARRITA, A., 2008, Cap. IV.

(86) No es posible ocuparse de esto aquí. Valga lo siguiente como punto de referencia: según creo, la legitimidad de esa norma es retributivamente precaria porque prohíbe la realización de conductas *previas* a la pérdida del control del riesgo que, en sí mismas, no implican una arrogación definitiva de la esfera jurídica ajena.

cia inhibe el ejercicio de la facultad punitiva estatal. De esta manera, no solo se solucionan los problemas dogmáticos señalados, sino que se aporta una perspectiva distinta para la teoría del desistimiento. En efecto, sus requisitos objetivos y subjetivos deben concebirse, ahora, como exigencias necesarias para garantizar que el comportamiento del agente que desiste pueda desempeñar la función retributivo-comunicativa de la norma de sanción.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁ CER GUIRAO, R., *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, Comares, Granada, 2002.
- «La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23.5 CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», *Revista del Poder Judicial* (63), 2001, pp. 71 y ss.
- ÁLVAREZ VIZCAYA, M. A., «El desistimiento idóneo fracasado», *ADPCP* (49-3), 1996, pp. 875 y ss.
- AMELUNG, K., “Zur Theorie der Freiwilligkeit eines Strafbefreienden Rücktritt vom Versuch”, en *ZStW* (120), 2008, pp. 205 y ss.
- ASUA BATARRITA, A., «Atenuantes postdelictivas: necesidad de una reformulación», en GARRO CARRERA, E./ASUA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- BEADE, G., «La (relativa) importancia del merecimiento», *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo* (II-1), 2015, pp. 103 y ss.
- BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, 1.^a ed., Engelmann, Leipzig, 1872.
- BLOY, R., “Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verhinderung der Tatvollendung”, *JuS*, 1987, pp. 528 y ss.
- BURKHARDT, B., *Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1975.
- COCA VILA, I., «La legítima defensa frente a omisiones», *ADPCP* (LXIX), 2016, pp. 75 y ss.
- DAVID, A., *El desistimiento de la tentativa. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.
- DOLD, D., *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2017.
- DOPICO GÓMEZ ALLER, J., *Omisión e injerencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- FARRÉ TREPAT, E., «Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración (comentario a la STS de 21 de octubre de 1987)», *ADPCP*, 1992, pp. 711 y ss.

- FREUND, W./ROSTALSKI, F., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3. ed., Springer, Berlín, 2019.
- GILI PASCUAL, A., *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- HAAS, V., «Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt», *ZStW* (123-2), 2011, pp. 226 y ss.
— *Kausalität und Rechtsverletzung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2001.
- HERRMANN, M., *Der Rücktritt im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013.
- HERZBERG, R. D., “Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch und Überlegungen de lege ferenda”, *NJW*, 1991, pp. 1633 y ss.
— “Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom versuch von der Strafzwecklehre zur Schuldenerfüllungstheorie”, en KÜPER (et al.), *FS-Lackner, De Gruyter*, Berlín, 1987, pp. 342 y ss.
- JÄGER, C., *Der Rücktritt als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, Beck, Múnich, 1996.
— «§ 24», en DEITERS (et. al.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9. ed., 2017.
- JAKOBS, G., «Teoría y praxis de la injerencia», *ADPCP* (LII), 1999.
— «El desistimiento como modificación del hecho», en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997 (a).
— *Derecho Penal. Parte General*, 2. ed., Marcial Pons, Madrid, 1997 (b).
- JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Comares, Granada, 2003.
- KINDHÄUSER, U., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6. ed., Springer, Berlín, 2013.
- KOLSTER, H., *Die Qualität der Rücktrittsbemühungen des Täters beim beendeten Versuch*, Peter Lang, Berna, 1992.
- LAMPE, E. J., “Rücktritt vom Versuch Amangels Interesses”, *JuS*, 1989.
- LANG-HINRICHSSEN, D., “Bemerkungen zum Begriff der „Tat“ im Strafrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Strafzumessung, des Rücktritts und der tätigen Reue beim Versuch und der Teilnahme (Normativer Tatbegriff)”, en ENGISCH, K./BOCKELMANN, P./KAUFMANN, A./KLUG, U., *FS-Engisch*, Klostermann, Frankfurt, 1969, pp. 352 y ss.
- LERMAN, M., *La omisión por comisión*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.
- MAÑALICH, J. P., «El desistimiento de la tentativa como revisión del quebrantamiento de la norma», *InDret* (3), 2020.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *El desistimiento en Derecho penal*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.
- MAURACH, R./GÖSSEL, K./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte General*, 7. ed., Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MIR PUIG, S., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 10.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2016.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Tentativa irreversible y desistimiento impropio», en CANCIO MELIÁ, M./ET. AL. (Eds.), *Libro Homenaje al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. 1, UAM ediciones, Madrid, 2019, pp. 655 y ss.

- MUÑOZ CONDE, F., *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Bosch, Barcelona, 1972.
- MURMANN, U., *Versuchsunrecht und Rücktritt*, Müller, Heidelberg, 1999.
- OTTO, H., *Grundkurs. Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 7. ed., De Gruyter, Berlín, 2004.
- POZUELO PÉREZ, L., *El desistimiento en la tentativa y la conducta posterior al hecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- REAÑO PESCHIERA, J., «El efecto exoneratorio por desistimiento voluntario de la tentativa: ¿lo que mal empieza mal acaba?», *RDPUC* (58), 2005, pp. 453 y ss.
- ROBLES PLANAS, R., *Garantes y Cómplices*, Atelier, Barcelona, 2007.
- ROSAS, A./ARCINIEGAS, M. A., «El efecto knob: asimetrías en la atribución de intencionalidad y sus causas», *Manuscrito: Revista Internacional de Filosofía* (36-2), 2013, pp. 311 y ss.
- ROSTALSKI, F., *Der Tatbegriff im Strafrecht: Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.
- ROXIN, C., *Tratado de Derecho penal. Parte General. T. II*, Civitas, Madrid, 2014.
- «Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch», en WEIGEND, T./KÜPPER, G., *FS-Hirsch*, De Gruyter, Berlín, 1999, pp. 327 y ss.
- RUDOLPHI, J., «§ 24», en RUDOLPHI, J./HORN, E./SAMSON, E., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. B. I*, Luchterhand, Neuwied, 2016.
- SANCINETTI, M., *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- SCHEINFELD, J., “Dold, Dennis, Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch, 2017”, *GA* (8), 2019, pp. 524 y ss.
- SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1975.
- SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H., «§ 24», *StGB Kommentar*, Beck, Múnich, 2010.
- SCHUMANN, A., *Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechenaufbau*, Duncker & Humblot, Berlín, 2006.
- «Der Rücktritt gem. § 24 StGB auf der ‘Tatbestandsebene’ des Versuch»; *ZStW* (130-1), 2018, p. 1-22.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.
- «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en BARREIRO, J. (coord.), *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1007 y ss.; también *Revista Discusiones* (7), 2007, p. 25 y ss.
- *El delito de omisión: concepto y sistema*, BdeF, Buenos Aires, 2003.
- «La regulación del íter críminis», en EL MISMO, *El nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 121 y ss.

- STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte General I: el hecho punible*, Civitas, Madrid, 2005.
- ULSENHEIMER, K., *Grundfragen des Rücktritt vom Versuch in Theorie und Praxis*, De Gruyter, Berlín, 1976.
- V. DER HAYDT, R., *Perspektivität von Freiheit und Determinismus*, Duncker & Humblot, Berlín, 2017.
- V. HIPPEL, E., *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuchs*, De Gruyter, Berlín, 1966.
- V. SCHEURL, G., *Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer*, Duncker & Humblot, Berlín, 1972.
- VACCHELLI, E., *Significado y función del principio de accesoriedad*, Atelier, Barcelona, 2020.
- VOGEL, J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993.
- WEGE, H., *Rücktritt und Normgeltung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2011.
- WEINHOLD, I. E., *Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch*, Nomos, Baden-Baden, 1990.
- WESSELS, J./BEULKE, W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 48. ed., Müller, Heidelberg, 2018.

La imputación en el proceso penal. Hacia una teoría pragmática del delito

HESBERT BENAVENTE CHORRES

Instituto Mexicano de Estudios
Consultoría en Derecho (INMEXIUS)

RESUMEN

Desde la perspectiva de la reforma del proceso penal latinoamericana, explicamos lo referente a un «modelo imputativo», dado que, el delito al ser definido como la imputación de la inobservancia de la norma de comportamiento, encuentra su pragmática en un proceso penal donde la fiscalía al formular imputación no solamente está formalizando la investigación preparatoria sino que está formando el objeto del proceso penal; es decir, desde la imputación podemos transitar del Derecho penal sustantivo al procesal y como es una imputación desde los hechos se requiere de una «teoría pragmática del delito»; tránsito y contenido que se desarrolla en el presente estudio.

Palabras claves: *teoría de las normas, teoría del delito, imputación, proceso penal, Latinoamérica.*

ABSTRACT

From the perspective of the reform of the Latin American criminal process, we explain what refers to an «imputational model», given that the crime, being defined as the imputation of non-observance of the norm of behavior, finds its pragmatics in a criminal process where the prosecution formulating an imputation is not only formalizing the preparatory investigation but is forming the object of the criminal process; that is to say, from the imputation we can move from substantive to procedural criminal law and since it is an imputation from the facts, a “pragmatic theory of crime” is required; transit and content that is developed in the present study.

Key words: *theory of norms, theory of crime, imputation, criminal process, Latin America.*

SUMARIO: 1. Introducción.–2. La pragmática de la imputación penal.–3. Conclusiones.–4. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, el debate hispano-alemán gira en torno a la relación que presentan los siguientes modelos teóricos: (a) teoría de la norma y (b) teoría de la imputación; la coherencia relacional (1) que los mismos presentan ha conllevado que se afirme la presencia del denominado principio de imputación, sea en su versión individualizada a uno de los niveles analíticos del delito o bien en su versión de ratio *essendi* de la noción de delito (2) e incluso, y refiriéndonos al campo del aspecto objetivo del tipo penal, la superación del dogma o principio de causalidad (3).

(1) Este criterio permite distinguir el tipo de relación según el grado de proximidad temática entre los eventos vinculados: «si los eventos comparten un tópico, hablamos de relaciones de adyacencia y si, aparte de eso, un evento implica el otro, hablamos de relaciones de causalidad» (IBÁÑEZ/MONCADA/SANTANA, 2015: 57); el sentido temático predominante es el de causalidad o implicancia, esto es, si se imputa responsabilidad penal es (implicancia) por la infracción de una norma penal (de comportamiento, conducta o primaria), infracción que justificaría la aplicación de la norma de sanción (secundaria) por parte del juzgador. La expresión «causalidad» utilizada en esta nota no la equiparamos con su sentido en la teoría del delito, al respecto véase la nota 03.

(2) Sin embargo, es necesario precisar el doble sentido de la imputación en la teoría del delito; así, por un lado, se cuenta (1) con la imputación individualizadora, esto es, según el elemento analítico del delito que se esté estudiando, así se habla de imputación objetiva para los elementos objetivos del tipo penal (que a su vez se diferencia en el modelo de imputación del resultado: Roxin, del modelo de imputación del comportamiento: Jakobs y Frisch) e imputación subjetiva que se refiere a la atribución del dolo o la culpa (que, en el caso del dolo, presenta diferentes modelos explicativos: volitivo psicológico, volitivo normativo, cognitivo psicológico y cognitivo normativo), reservándose, según Mir Puig, la expresión imputación personal a la adscripción de los elementos de la culpabilidad; y, por otro lado, (2) con la imputación totalizadora o generalizada que se refiere al juicio de adscripción de todos los elementos de la responsabilidad penal a través de un conjunto de criterios (usualmente identificados como *imputatio facti e imputatio iuris*) que justifica la imposición de la sanción penal (HRUSCHKA, KINDHÄUSER y MAÑALICH).

(3) Cuando se afirma que la imputación ha superado la causalidad, es una expresión identificada en los estudios de la denominada imputación objetiva: «el propio con-

En ese contexto, es lógico señalar que el Derecho se fundamenta en la teoría de la norma, la cual, en el contexto jurídico-penal gira – aunque no excluyentemente (4) – en la imposición de una sanción a aquel infractor cuya conducta antinormativa es catalogada como delito.

Ahora bien, consideramos que con la expresión: «imputación» conseguimos el tránsito del Derecho penal sustantivo (cuya dogmática se expresa principalmente en la teoría del delito) al Derecho penal adjetivo (cuyo equivalente dogmático es la teoría del proceso). En efecto, la infracción de la norma jurídico-penal, trascendiendo a la afectación de un bien jurídico tutelado por la ley, conlleva la imputación de un ilícito penal, la cual al ser comunicada por el órgano acusador al juez (sea en un modelo imputativo o en un modelo acusatorio (5)), y luego de escuchar a la defensa del imputado así como de valorar la prueba actuada en el proceso, emitirá la respectiva sentencia en clave absolutoria o condenatoria, salvo que se haya aplicado un mecanismo alternativo de solución de controversias.

cepto de causalidad – no ya su relevancia – ha sufrido directa y violentamente los embates del concepto de “Imputación” como un serio aspirante a su reemplazo» (PIÑA, 2003: 515); en esa inteligencia, la imputación objetiva ha pasado por las siguientes fases evolutivas: (1) la corrección de la causalidad a través del criterio de perseguibilidad objetiva de una finalidad (HONIG); (2) la depuración de todo vestigio ontológico en la imputación objetiva, a través del denominado principio del riesgo (ROXIN); y, (3) la continuación del giro funcionalista o normativista señalado en el punto anterior expresado, en un primer momento, por la infracción del rol social, y ahora caracterizado por la infracción de deberes jurídicos negativos y/o positivos (JAKOBS y PAWLIK).

(4) Nuestra expresión se refiere a no desconocer que en el marco del proceso penal se busca la correcta gestión del conflicto penal, no solamente a través de la pena, sino también en la aplicación de los mecanismos alternativos propio de la justicia restaurativa, sin ignorar el principio de oportunidad, el cual conlleva el no ejercicio de la acción penal o el fencimiento de la ya ejercida (MERCADO/BENAVENTE, 2010: 57-70).

(5) En Latinoamérica, identificamos aquel modelo que exige del fiscal una formulación de imputación para formalizar la investigación y cuyo contenido fáctico la acusación está obligada a observar; a este esquema procesal la hemos denominado modelo imputativo y que opera en países como México, donde la fiscalía formula imputación en la audiencia inicial, y después de escuchar a la defensa, el juez de control resuelve en torno al dictado del auto de vinculación a proceso, la imposición de medida cautelar y la fijación del plazo para el cierre de la investigación, siendo el caso que, el artículo 335.º del Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano ha dispuesto que al cerrarse la investigación, la fiscalía formulará su requerimiento de acusación, el cual solo podrá formularse por los hechos y personas señaladas en el auto de vinculación a proceso, el cual es producto de la formulación de imputación antes mencionada. En cambio, el modelo acusatorio es aquel que postula que es con la acusación, al concluir la investigación, en donde la fiscalía imputa la comisión de un delito; es el caso del sistema venezolano, en donde el numeral 3) del artículo 326.º del Código Orgánico Procesal Penal ha establecido que la acusación deberá contener los fundamentos de la imputación, con expresión de los elementos de convicción que la motivan.

En suma, este artículo analizará qué se entiende por imputación y cómo su concepto permite vincular la teoría del delito con la dinámica del proceso penal, es decir: la imputación desde una teoría pragmática del delito revestida por los principios y reglas del proceso penal.

2. LA PRAGMÁTICA DE LA IMPUTACIÓN PENAL

En la teoría del Derecho se ha reconocido que el Derecho es un sistema de mandatos y prohibiciones, es decir, de normas (6). En el ámbito del Derecho penal, Silva ha indicado que el injusto debería tener alguna relación con una determinada concepción previa acerca de la norma, que el injusto – de algún modo – negaría (7). En cambio, Sánchez-Ostiz lo entiende en un sentido más amplio, esto es, que el concepto de norma es condición para poder entender la teoría del delito como una manifestación de una teoría general de la acción humana (8).

En esa inteligencia, Sánchez-Ostiz emplea la perspectiva fenomenológica para definir a la norma como una «propuesta para regir la agencia» (9) y cuyo destinatario es el sujeto racional. Asimismo, y recurriendo a la perspectiva analítica, precisa la necesidad de entender: (1) la norma como ley, (2) la norma como regla y (3) la norma como pauta (10).

Al respecto, y porque lo consideramos relevante en nuestro estudio, resaltamos la norma como pauta, la cual va dirigido al juzgador para efecto que realice un ejercicio de medición y valoración en torno si el agente ha

(6) Raz resaltó que una de las características del Derecho es su carácter normativo, esto es, que el Derecho es normativo en tanto sirve, y está hecho para que sirva, como guía de la conducta humana (1980: 03).

(7) Al respecto, ha identificado cuatro conceptos distintos de norma: «(1) un concepto de norma, procedente de la filosofía analítica del lenguaje, entendido como prohibición de causación de una lesión o mandato de evitación de esta; (ii) un concepto de norma como baremo de valoración (la norma de valoración o norma de derecho, procedente del neokantismo); (iii) un concepto de norma como directiva de conducta para imputables e imputables; y (iv) un concepto de norma como directiva de conducta dirigida solo a imputables, los únicos que podrían infringirla». (SILVA, 2014: 05-06).

(8) «y, por consiguiente, al comportamiento como momento antinormativo, como decisión de infracción, adoptada por el sujeto; lo cual supone entender que la norma cuenta con la capacidad de dirigirse del destinatario y que la atribución de conocimiento y voluntad al agente es algo más que un requisito formal: es la clave para entender al sujeto como agente». (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2014: 20).

(9) Es un concepto que planteó en su conferencia virtual: «teoría de las normas», expuesta en el *Seminario Internacional de Investigaciones en Derecho Penal*, organizado por el Poder Judicial de Mendoza (Argentina) y celebrada el 9 de julio de 2020.

(10) *Idem*.

infringido la norma como regla (11). Así, para Sánchez-Ostiz lo que se procura es la aplicación de los principios y reglas jurídicas, así como las normas penales y extrapenales, constitucionales e infra-constitucionales, siendo el ámbito de la norma como pauta más amplia que la norma de sanción (únicamente, en el entendido nuestro, como operación silogística formal no axiológica o en su defecto la consecuencia jurídica conectada a un supuesto de hecho (12)), pero manteniéndose la finalidad de la aplicación de la ley al suceso: *applicatio legis ad factum* (13).

(11) La «pauta» también ha sido empleada por Sánchez-Ostiz para analizar la libertad antropológica: «Parto de la base de que el ser humano se rige por normas o pautas... esta normatividad presupone que se puede imputar el proceso en el que alguien se ve inmerso, no como mero suceso, sino como un hecho, pues la presencia de una pauta en el momento de actuar permite afirmar que se ha obrado conforme, o contra, o más allá de la norma en cuestión... Por tanto, la libertad del agente apela a la existencia de pautas (normas) y estas presuponen la imputación... De donde deriva que obrar es emplear pautas, y las pautas suponen opciones. Por lo que el actuar no es algo determinado». (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2018: 122).

(12) Es el contexto del binomio norma de comportamiento / norma de sanción, en donde la primera supone un mandato o una prohibición dirigida al individuo, para que este haga o no haga lo prescrito por la norma; por su parte, la segunda es aquella dirigida a los órganos encargados de hacer cumplir la ley, quienes deberán imponer una sanción en caso de la inobservancia de la norma de conducta (al respecto, consúltese: SILVA, 2010:505). Ahora bien, la amplitud antes señalada obedecería al dato que la norma sanción se deduce directamente del Código Penal, en cambio la norma como pauta recurre incluso a principios constitucionales para justificar la valoración del juez en torno a la infracción de la norma como regla; en contra, Robles quien afirma que: «Ni las normas de conducta, ni las de sanción aparecen formuladas directamente en los enunciados legales. De estos únicamente se extraen protonormas de sanción y protonormas de conducta» (2019: 08). En ese sentido, opinamos que la amplitud de la norma como pauta de Sánchez-Ostiz coincide con la posición de Robles en torno a no equipararlo con la literalidad de la ley penal (en clave de la operación silogística formal no axiológica o como la consecuencia jurídica conectada a un supuesto de hecho), para ello señalamos como ejemplo el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal peruano, el cual dispone: «... Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación», esta enunciado es una pauta para el juzgador a la hora de aplicar las medidas de seguridad para aquellos inimputables que presentan, por la lesividad de su hecho para los bienes jurídico-penalmente protegidos, peligrosidad objetiva, donde la directriz implica la observancia de principios como la dignidad, humanidad y prevención, los cuales tienen en el Perú rango constitucional: artículos 1.º y 139.º constitucional, no limitándose el razonamiento judicial a la infracción de la norma como juicio hipotético, sino que, la operación de subsunción normativa se vea favorecida por el argumento principialista.

(13) En el modelo de Hruschka se distinguen las reglas de comportamiento de las reglas de imputación, y en estas últimas identifica un doble nivel: la *imputatio facti imputatio facti* y la *imputatio iuris*; así, el hecho antijurídico (producto de la *applicatio legis ad factum*) es presupuesto para ingresar a la imputación de segundo nivel o imputatio iuris: «La imputación de segundo nivel es el juicio sobre el merecimiento del hecho... Si se emite este juicio, ello significa que ya ha tenido lugar la aplicación del sistema de reglas de comportamiento al hecho» (1994:350). En cam-

En ese sentido, las pautas normativas que requiere el juzgador solamente adquieren sentido a través de la pragmática del proceso penal; es decir, «la teoría del delito imputada» (14) por el órgano acusador quien asume la carga de la prueba, para efecto que el juez, respetando las garantías propias al debido proceso (entre ellas el derecho de defensa), emita pronunciamiento de fondo o bien se recurra a los mecanismos alternativos de resolución de controversias; ello, debe originar la revisión de aquellos textos legales que regulan la exposición de la «teoría del caso» en la audiencia de juicio oral, convirtiendo la técnica o la estrategia en norma (15).

Por lo que, son varios los tipos de pautas que tendrá que atender el juez y no únicamente a la norma de sanción (en el sentido de entenderla como la consecuencia jurídica conectada al supuesto de hecho o bien de operación silogística formal no axiológica); y en esa inteligencia, una de las pautas centrales es la existencia real de un conjunto de hechos con sentido delictivo imputado al probable autor del mismo, sin soslayar la presencia de partícipes (16). En ese orden de ideas, la

bio, opinamos que Sánchez-Ostiz equipara la *applicatio legis ad factum* a todo el juicio retrospectivo que realiza el juzgador: «las respectivas normas en juego (prohibiciones, prescripciones y permisiones) que operan en prospectiva son empleadas en la retrospectiva por el juzgador —el juez, el propio agente o un tercero— como baremo de medición. Hablamos entonces de tipos comisivos, tipos omisivos y tipos de causas de justificación, respectivamente» (2014: 44).

(14) Esta expresión debe ser entendida como una contestación para aquellos que comentaron, en el contexto latinoamericano, que la teoría del caso ha venido a sustituir a la teoría del delito y por ende es lo que debe ser explicada, incluso emocionalmente, en el proceso penal; así, citamos a DONDÉ quien (desde el contexto de la reforma constitucional mexicana la cual estableció que el proceso penal es acusatorio y oral en el primer párrafo del artículo 20.º constitucional) mencionó lo siguiente: «La reforma constitucional de 18 de Junio de 2008 ha condenado al desuso a la teoría del delito» (2012: 06). Tan desafortunado es el comentario que no merece mayor atención, solamente agregamos que la teoría del caso es un constructo argumentacional que no se limita a las tradicionales preguntas socráticas del qué, cómo, cuándo, dónde, por qué y para qué, sino debe corresponder a la relación dialéctica de las teorías del hecho, del delito, y sus consecuencias jurídicas, así como de la prueba, generando líneas de investigación y de litigación, según el estadio procesal en que nos encontremos, que logren gestionar el conflicto a través del esclarecimiento de los hechos, la reparación del daño y, sobre todo, el respeto a los derechos humanos (al respecto, consúltese: BENAVENTE, 2011:20 y ss.).

(15) Ello se aprecia en el artículo 371.º del Código Procesal Penal colombiano, así como en los artículos 367.º y 369.º del texto adjetivo panameño.

(16) Por conjunto de hechos delictivos nos estamos refiriendo a aquella acción u omisión (conducta humana) que ha afectado a bienes jurídicos protegidos penalmente y que por la responsabilidad subjetiva que presentaría su autor conlleva la imposición de una sanción penal, sin perjuicio que en el proceso penal se aplique una salida alterna prevista en la ley y que coadyuve a una correcta gestión del conflicto

imputación de los hechos debe obedecer a una concreta tipificación previa de la conducta, permitiendo comprender cómo se actualizan los elementos objetivos, subjetivos y normativos de la tipificación; pero a su vez, la imputación desde los hechos deba permitir ser contestada, esto es refutada por la defensa, al invocar las causales de exclusión de la responsabilidad penal prevista en la ley.

Ahora bien, no se ignora el actual debate en torno si con la relación entre la teoría de las normas con las reglas de imputación se tendría que reformular lo que entendemos por injusto y culpabilidad (17). Lo cierto es que la mencionada reformulación no puede oponerse a lo establecido en la legislación (con especial atención a los principios constitucionales), pero sobre todo que pueda conectarse con las categorías probatorias, cuya valoración judicial a través de la sana crítica permitirá establecer la relación entre los enunciados fácticos probados y la respuesta jurídico-penal (18).

jurídico-penal; lo señalado dota de sentido cuando nos referimos que el delito es la infracción de la norma de comportamiento, porque tales normas conectan comportamientos humanos y la protección de bienes jurídicos penalmente tutelados: «Los daños a bienes jurídicos pueden proceder de hechos naturales o de acciones humanas, pero en cualquier caso el Derecho que quiere intervenir en la realidad evitando lesiones no puede hacerlo más que mediante normas de comportamiento dirigidas a los ciudadanos». (MOLINA, 2000: 195); ahora bien, cuando el Prof. Molina señala que la norma de sanción refuerza las normas primarias de comportamiento creando un contexto favorable a su cumplimiento (2001: 873), ello no es incompatible con lo señalado al inicio de la presente nota en torno a los mecanismos alternativos de resolución de controversias, a menos que se considere que la justicia restaurativa no refuerza las normas primarias de conducta, lo cual por una razón consecuencialista (la cual entendemos que no se reduce al utilitarismo) no sería correcto.

(17) Aunque tampoco se ignora que ante la aparición de un nuevo «paradigma» se vuelve a colocar en la mesa de la discusión la necesidad de reformular la teoría del delito; así, cuando Jakobs asume su teoría de la imputación a través de la acción culpable (subjetiva o moralmente voluntaria) de Hegel a través de la infracción de la norma cuyos únicos destinatarios son los imputables, originó que uno de sus discípulos Heiko Lesch afirmase que la culpabilidad jurídico-penal, injusto penal y hecho punible solo son sinónimos que pueden ser adecuadamente reformulados en un sistema funcional del Derecho penal (1999: 207). Asimismo, en el caso de Mañalich, quien al definir el delito como el quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento (2011: 90), identifica al delito doloso consumado como la figura paradigmática de imputación «ordinaria», dejando al delito tentado, así como al delito imprudente, los cuales tienen en común que son «sendas formas de error», el criterio de imputación «extraordinaria» (2019: 297 y 305 nota 41).

(18) Nos referimos que la teoría del delito es quien se adecúa a la potencia probatoria de los hechos, por ende el concepto jurídico que se maneje en torno a la conducta, al injusto y a la culpabilidad, incluyéndose las causales de exclusión debe tener probabilidad fáctico-probatoria, de lo contrario no sería útil para justificar el razonamiento judicial; por ejemplo, en el caso del dolo, Corcoy señala «que no tiene

Al respecto, vamos a desarrollar nuestra perspectiva titulada como «la pragmática de la imputación penal» (sin que la expresión *pragmática* denote la ausencia de necesidad de desarrollar las capacidades reflexivas propias del pensamiento abstracto, pero sin que se entienda que nos adherimos a la corriente analítica, lingüística o semántica del delito), tomando como referencia el ordenamiento jurídico peruano.

En primer lugar, el artículo 1.º de la Constitución peruana ha establecido que la defensa de la persona humana y *el respeto de su dignidad* son el fin supremo de la sociedad y el Estado (19); y siendo que el Derecho penal es el instrumento de sanción pública por excelencia, su utilización por parte del Estado solamente se justifica para proteger a la persona humana definida tanto en su dimensión individual como colectiva (20); sin embargo, la sanción impuesta por aplicación del Derecho penal no puede afectar el respeto de la dignidad del sentenciado (que entendemos es otra persona humana), constituyendo la norma constitucional citada en la principal pauta para el juzgador, como el equivalente a la *directiva primaria* (21).

ningún sentido exigir un elemento en el dolo que luego no pueda ser apreciado» (2008: 264).

(19) Entre las fuentes de influencia de la norma constitucional debemos de citar al artículo 1.1 de la Ley Fundamental alemana de 1949, el cual coloca la «dignidad humana» como basamento de los derechos fundamentales, siendo deber del Estado su protección.

(20) Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que la persona es un «ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y miembro de una comunidad de seres libres» (STC 2868-2004-PA/TC).

(21) Son varias las declaraciones internacionales que mencionan la dignidad humana, solo como ejemplos citamos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, así como la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de 2005. Asimismo, tampoco se ignoran aquellos estudios como de Macklin y Pinker sobre el escepticismo ante la dignidad, los cuales García critica al precisar que no existen razones suficientes «para descartar el concepto como inútil ni como estúpido, porque, primero, el que haya de descartarse el parloteo sobre la dignidad no implica que no pueda elaborarse un discurso significativo y fundamentado sobre ella» (2009: 47). Sin embargo, ¿la autonomía constituye el adecuado fundamento de la dignidad? Al respecto, Kant señalaba que «La autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional... la idea de la dignidad de un ser racional es que no obedece a ninguna ley que aquella que él se da a sí mismo» (1983: 48-49); en esa inteligencia, Atienza plantea contextualizar la definición recordando los tres imperativos categóricos kantiano: universalidad (igualdad), dignidad como autonomía y libertad como autonomía y así «verlos como dimensiones distintas de una misma realidad (una misma ley moral) y cada una de ellas contiene a la otra» (2009: 92-93), pero esta *vuelta a Kant* como una especie de *vuelta a la razón*, que incluso conllevaría al absurdo de afirmar que los no kantianos no utilizan el argumento racional para justificar una postura, presenta inconvenientes; en primer lugar, porque la ética autónoma nos lleva a conducirnos por la vida sin

importar las consecuencias, sino el motivo o el cómo: ¿quién podrá decir lo que a uno le beneficia?, lo cual es propio de una racionalidad sin límites, ni criterios, lo que permitiría confundirla con irresponsabilidad; y esta falta de límites ha originado que Atienza vaya incluso contra el propio criterio kantiano de sujeto moral como sujeto racional, al señalar que lo que importa en la dignidad es, por ejemplo, la capacidad de sentir: «supongamos... que aparecieran seres que no pertenecieran biológicamente a la especie humana... pero que estuvieran dotados de sensibilidad, de inteligencia, de capacidad de decidir, etc... ¿Sería esa una razón suficiente para negarles dignidad, esto es, para no tratarlos como a los seres humanos? No lo parece» (2009: 84), y como tal capacidad de sentir lo tienen los animales, entonces el paso siguiente de Atienza es reconocerles dignidad: «Por ejemplo, si los chimpancés compartes con nosotros más del 99% del genoma (y poseen capacidades mentales que en muchos aspectos se asemejan a las nuestras), quizás no fuera absurdo pensar que también poseen algo de dignidad, o que la poseen en un grado inferior a los seres humanos» (2009: 84); de esta última cita, Atienza concluye que la dignidad es gradual: «Las consecuencias normativas serían, entonces, distintas, según el grado de dignidad que se poseyera. Así, los seres humanos (en cuanto dotados de dignidad en sentido pleno) serían titulares de todos los derechos fundamentales, mientras que a ciertas clases de animales podrían reconocérseles el derecho a la vida o a no ser tratados de manera cruel pero, obviamente, no los derechos políticos o las libertades públicas» (2009: 85); en ese contexto, el de afirmar que el animal X tiene el derecho Y pero no el derecho Z realmente no es una gradualidad sino un no reconocimiento, lo que conllevaría a cuestionar la *universalidad de la dignidad* que es un imperativo categórico kantiano que Atienza, como vimos en las citas anteriores, no está dispuesto a abandonar; pero al final lo abandona al precisar que entre los seres humanos también es posible una distinción en cuanto al grado de dignidad: «Se podría fijar un umbral a partir del cual el concepto dejara de ser borroso, esto es, la dignidad se poseyera en forma plena, de la misma manera que, por ejemplo, se podría establecer que a partir de 1,80 centímetros se es alto sin más, mientras que, hasta llegar ahí, podríamos admitir que alguien puede aproximarse en grados distintos, más o menos, a ser alto» (2009: 85 nota 11); ahora hablamos de superar un umbral (que sabrá Dios cuál es) para que las personas humanas tengamos una dignidad plena y que al no superarlo seríamos equivalentes a los animales: ¿y si me considero perro y quiero que me traten como perro, quién podrá exigirme responsabilidad humana?, a ello nos referimos al acto de conducirnos por la vida sin importar las consecuencias; claro está que el reconocimiento de que somos diferentes no es un atentado a la dignidad, tendría uno que ser ingenuo en no reconocer que no existen dos personas humanas idénticas, pero ello no nos hace más dignos o menos dignos que otros; cuestión distinta es reconocer que existen grados de afectación a la dignidad que justifica un sistema diferenciado de responsabilidad y de sanciones. En segundo lugar, esta clase de racionalidad desconoce la riqueza ontológica de la persona humana; así, para el Tribunal Constitucional peruano: «La dignidad de la persona es el presupuesto ontológico común a todos los derechos fundamentales» (STC 0011-2002-AI/TC, fj. 09) y «no puede perder su derecho a la dignidad por el hecho de encontrarse en una determinada circunstancia económica, social, religiosa, cultural, educativa, por ejemplo, o cuando se encuentra sometida a una especial situación jurídica a consecuencia del ejercicio, por parte del Estado, de su poder punitivo» (STC 4903-2005-PHC/TC, fj. 08); frente a ello, la razón moral de la dignidad y libertad no tiene por qué constituirse en adversario de las razones culturales y políticas identificadas en el discurso jurídico, cuestión aparte sería la razón antropológica dado la necesidad de equiparar o superar la libertad como «adquisición evolutiva de la

En segundo lugar, el artículo 44.º de la Constitución peruana ha señalado que es deber primordial del Estado el de garantizar la plena vigencia de los *derechos humanos*, así como proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha precisado que los derechos humanos (22) deben ser concebidos como *bienes jurídicos*: «Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa» (STC 1417-2005-PA/TC, fj. 10). El citado marco constitucional dota de sentido al artículo IV del Título Preliminar del Código Penal Peruano (CPP), el cual ha establecido que: «La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley» (23).

Sin embargo, debemos matizar que la dignidad y los derechos humanos, primera y segunda directiva, no se reducen al individualismo humano; por el contrario, la persona humana es social por naturaleza, afirmándose que su individualidad no alcanza la perfección sino en sociabilidad, y a través de esta última se construye la cultura, y con la cultura la suma de las demás instituciones (24); por tanto, no

especie» (FERNÁNDEZ, 2013: 127) o la razón fenomenológica como libertad básica (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2018).

(22) Entendemos los derechos humanos como el «conjunto de bienes humanos debidos a la persona por ser lo que es (naturaleza humana) y valer lo que vale (dignidad humana), y cuyo goce o adquisición le depara grados de realización» (CASTILLO, 2009: 31). Asimismo, no es suficiente proclamar la dignidad y la libertad para llegar a una igualdad real, dado que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio; ello constituye el aspecto teleológico del Estado social y democrático de Derecho (STC 0008-2003-AI/TC, fj. 12 Perú), cuya presencia se justifica en una realidad imperfecta con necesidades y carencias sociales (desde esta plataforma podemos analizar la exclusión social y hasta qué punto el castigo penal se encuentra justificado).

(23) Nos queda claro la necesidad que la doctrina postule los rasgos esenciales que permitan identificar al bien jurídico protegido y con criterios, no solamente lógicos, sino también axiológicos, su afectación por el comportamiento humano. En esa inteligencia, su equiparación al concepto de derechos humanos, en un sentido positivo, tendría la fuerza del reconocimiento de la comunidad jurídica internacional y la concreción de un ámbito restrictivo que incluso haría crítica al funcionamiento de sub-sistemas sociales (como el económico o la administración pública) como objeto de merecimiento de la tutela pena; pero, por el lado negativo, la necesidad de construir el significado de lo que se entiende por derechos humanos sigue latente.

(24) En la conversación por redes sociales que mantuvimos con el profesor costarricense José Daniel Hidalgo Murillo, el citado docente manifestó lo siguiente: «no comprendemos la sociedad y a la persona en esa sociedad si no partimos de la naturaleza social... si la persona es social por naturaleza, no puede la autoridad –sea

compartimos el concepto de Jakobs en torno a la identidad normativa de la sociedad (25), donde la persona humana se ve diluida en la sociedad, cuando lo cierto es que la persona humana construye y se construye (se reconoce) en sociedad (26).

En tercer lugar, el numeral 4) del artículo 159° de la Constitución peruana permite inferir la necesidad de la *investigación oficial del delito*, la cual, por mandato constitucional su dirección recae en el Ministerio Público. Al respecto, ¿qué debemos de entender por delito? El artículo 11° Cpp lo ha definido como la acción u omisión (27) dolosa o culposa penada por la ley, por lo que, la imputación que se postule en el proceso penal gira en torno a un conjunto de circunstancias de tiempo, modo y lugar que se adecúa a los elementos de un determinado tipo penal, cuyo autor (así como el partícipe) presenta responsabilidad subjetiva (28); asumiendo el órgano quien imputa la carga de la prueba de la existencia de tales circuns-

quien sea— asumir el derecho de sancionar cuando ha asumido la obligación de educar, de formar, de construir sociedad».

(25) No se ignora que para Jakobs la «sociedad es la construcción de un contexto de comunicación», agregando que «la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad» (1996: 18 y 26). Tal planteamiento ha sido criticado como propio de un Derecho abstracto que se entiende con el sujeto ideal mas no con el sujeto real (SILVA, 2006:04), lo que, probablemente ha motivado a Jakobs el referirse al miedo (*Angst*) de las personas: «en una sociedad en la que ninguna persona osa moverse libremente por miedo a la delincuencia, el derecho a la libertad de movimientos no es real, se mire como se mire» (2006: 139).

(26) «El singular ahora debe imputar el respeto de que goza por sus operaciones según estándares socioculturales, no al todo colectivo, sino referirlo positivamente a sí mismo. Por eso en las condiciones modificadas, la experiencia de la valoración social va unida a una seguridad sentida de poder realizar operaciones o de poseer capacidades que son reconocidas por los demás miembros de la sociedad como valiosas» (HONNETH, 1997:158).

(27) Nos referimos al comportamiento humano, dado que, en el Perú a las personas jurídicas no se les ha reconocido capacidad para la responsabilidad penal; en esa inteligencia, la Ley 30424, su reglamento, así como su modificatoria a través de la Ley 30835, señalan una responsabilidad administrativa; frente a ello, la piedra angular sigue siendo la responsabilidad civil subsidiaria regulada en el artículo 104.° Cpp. Sin embargo, no se ignoran las consecuencias accesorias reguladas en el artículo 105.° Cpp, no obstante, y así lo señaló la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 07-2009, el Juez puede no imponerlas, por ejemplo, cuando el Fiscal no las ha solicitado o habiéndolo hecho, el juzgador considere que es intrascendente el nivel de intervención e involucramiento del ente colectivo en el hecho punible o en su facilitación o encubrimiento, considerando desproporcional la aplicación de las mencionadas consecuencias.

(28) De conformidad con el artículo VII del Título Preliminar Cpp queda proscribida la responsabilidad objetiva.

tancia (29); carga que se espera se cumpla en función a lo obtenido mediante las diligencias de investigación.

Frente al citado marco se entiende que es la fiscalía quien debe imputar los «hechos procesados» (30) como delito, acompañando los elementos de convicción necesarios que al ser relacionados y valorados mediante la sana crítica (31), permitan inferir la infracción dolosa o culposa de deberes o expectativas jurídico-penales (32), que a su vez

(29) Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal peruano de 2004.

(30) Debemos reconocer los aportes de los filósofos analíticos para la teoría del delito, dado que, al admitir que el Derecho descansa en juicios axiológicos no se opone, ni debería hacerlo, a los juicios lógicos o formales: «de la posesión de una cantidad determinada de datos se concluye, con ayuda de una regla, la presencia del hecho procesado» (KINDHÄUSER, 2014: 06). Por otro lado, no se ignora la siguiente cita de Binding: “Wir wollen nicht Soziologie, nicht Rhetorik, sondern Jurisprudenz treiben” (1965: 483) pero ¿cómo practicamos jurisprudencia? Al respecto, Kindhäuser indica que el hecho procesado viene determinado por un juicio de valor, donde su punto de partida son las propiedades convencionales: «un estado de cosas real solo se convierte en hecho a través de su interpretación lingüística» (2014: 05); en ese sentido, no hay discusión de que la interpretación jurídica dota de significado a los enunciados normativos, pero opinamos que la referencia lingüística requiere de un sustrato tanto antropológico como filosófico, ocupando la razón moral un lugar en la interpretación del jurista, sin caer en la ingenuidad del neo-constitucionalismo que el mejor operador es aquel que pondera más o que cita más veces los tratados internacionales de protección de los derechos humanos.

(31) El criterio de valoración propio para el juicio por jurado como es la duda razonable en absoluto brinda un mejor marco de valoración probatoria como la sana crítica, la cual es una epistemología normativizada en reglas que no son ajenas al carácter ético y deontológico del Derecho (BENAVENTE, 2015: 365); sin embargo, no nos referimos a las seis formulaciones del estándar de prueba de FERRER (2018: 404 y ss.) que tampoco supera a la sana crítica, en sí y al menos para Latinoamérica, el razonamiento probatorio de la escuela de Girona no nos conduce a nada nuevo, es suficiente un operador atento a las reglas normativas que en interpretación sistemática y con la perspectiva relacional de los medios de prueba, podrá explicar el ejercicio de razonamiento empleado: *la práctica judicial permite una mejor comprensión de las reglas normativas y la utilidad de los esquemas teóricos que se proponen.*

(32) Aquí seguimos la posición de Feijoo, quien luego de examinar lo indeterminado de recurrir al criterio del rol social postula que: «el único rol que interesa en Derecho penal es el de las expectativas del ordenamiento jurídico-penal en una determinada situación. Para ello las expectativas que existan en otros subsistemas sociales (otras ramas del Derecho, mercado, etc.) no operan más que como criterios de ayuda para determinar la permisión o tipicidad de determinadas conductas» (2007: 69). Sin embargo, aclaramos que la coincidencia gira en torno al recurso de la infracción de las expectativas jurídico-penales en un contexto de imputación global de los elementos del injusto, pero no en su postura en torno a una responsabilidad penal de las personas jurídicas, y no porque el Derecho positivo peruano no se la reconozca, sino porque no es necesario: un Derecho penal que se entiende con comportamientos humanos torna razonable las categorías del actuar en lugar de otro o bien en las reglas de imputación del empresario y, en cuanto a la indemnización por daños y perjuicios

han ocasionado la afectación del respectivo bien jurídico penal (33), generándose como producto la actualización de un determinado tipo

que asuma la persona jurídica, suficiente con recurrir a las reglas de responsabilidad civil subsidiaria: *no todas las empresas, el juez en lo penal las va ir disolviendo, en cambio, en donde exista un hecho victimizante señalado en la ley como delito, entonces hay una reparación económica del daño que asumir, cuya cuantificación, claro está, descansa en afirmaciones fácticas probadas* (BENAVENTE, 2020: 10 y ss.); frente a ello, no compartimos estructuras argumentativas como la autorresponsabilidad de las personas jurídicas, sea a través de concepciones analíticas como el de French quien al señalar que las empresas se convierten en agentes morales capaces de acción colectiva en función lingüística de la estructura de decisión corporativa interna (GÓMEZ-JARA, 2009a: 92-95), nos conduce el ocultar al real agente: la persona humana, «el análisis de la acción a través del lenguaje se centra solamente en la comunicación y no en el sujeto al que se refiere la misma» (CIGÜELA, 2015: 32); tampoco argumentos del paradigma sociológico-funcional nos conduce al Derecho real, al etiquetar a las personas jurídicas como «ciudadanos» empresariales, quienes presentarían con sus acciones delictivas una falta de fidelidad al Derecho, esto es, una «cultura empresarial de no cumplimiento del Derecho» (GÓMEZ-JARA, 2009b: 351); pero no nos debe causar sorpresa, debido a que, si solamente con la capacidad de sentir dotamos de dignidad a toda especie humana y no humana, y desde allí una gradualidad de derechos que en el mejor de los casos conlleva a la presencia de un ser superior a las mismas especies, quien nos dice que los derechos 1, 2 y 3 se les reconoce a las especies A y B, en cambio los derechos 1, 2, 3, 4 *ad infinitum* se les reconoce a la especie Z (recorriendo un camino peligroso de selectividad de los derechos que también puede darse en una misma especie como la humana), entonces qué más da modificar el concepto «ciudadano», despersonalizándolo de su relación con el orden político, levantándose de nuevo ese ser superior quien nos dice si las empresas son ciudadanos de derechos civiles y políticos o de derechos sociales, económicos y culturales; simplemente absurdo; por otro lado, tampoco es de recibo la heteroresponsabilidad de las personas jurídicas, incluso en su versión moderada, esto es, que la consecuencia jurídico-penal a imponerse no descansa en una culpabilidad por el hecho ajeno sino en un injusto no culpable por el hecho ajeno: «Solamente es posible verificar en la persona jurídica con base en la deficiente estructura de la organización un estado de injusto que solamente podría legitimar consecuencias jurídico penales, mas no la imposición de penas» (SILVA, 2012: 32); sin embargo, se difumina el concepto de injusto penal, pudiendo ser cualquier situación de contrariedad con el deber jurídico y «que se han producido solo causalmente incluso por las fuerzas de la naturaleza» (GRACIA, 2016: 08 nota 26); entonces ¿cuál es la situación jurídica de las personas jurídicas? En el caso de las sociedades, no podemos ignorar el acto de aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas (artículo 1.º Ley General de Sociedades peruana), asumiendo la sociedad responsabilidad civil con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe, dejándose a salvo la responsabilidad penal de los socios o administradores –personas físicas– (artículo 12.º Ley General de Sociedades peruana); por tanto, se insiste, que en el proceso penal las empresas asumen responsabilidad civil subsidiaria, dado el interés de que se reparen de manera justa e integral los daños y perjuicios ocasionados por el delito, antes que el Estado asuma los pasivos sociales de estar disolviendo personas jurídicas.

(33) ROBLES nos recuerda el estar atentos en no reducir la afectación en un sentido físico-naturalístico, al indicar lo siguiente: «En efecto, cada vez con más fuerza se entiende el delito como una puesta en cuestión del Derecho, como un ataque

penal, cuya antijuridicidad se ve confirmada por la ausencia de causales de justificación; sin embargo, la antijuridicidad de la conducta no es suficiente para un Derecho penal sustentada en una responsabilidad subjetiva que en su sentido amplio nos conduce al principio de culpabilidad pero también a la identificación en la ley de las causales de su exclusión.

Sin embargo, es a través de la investigación de las circunstancias de tiempo, lugar y modo comunicadas en la noticia criminal la que establecerá el cuadro fáctico a valorar por la fiscalía y decidir si imputa o no un hecho señalado en la ley como delito. En efecto, la pragmática de la imputación penal exige que la fiscalía fije la base fáctica una vez agotadas las primeras diligencias de investigación (34), que permite inferir una «sospecha reveladora» (35) de un hecho probablemente delictivo, fundamentando el ejercicio público de la acción penal (36).

a la vigencia de la norma, como comportamiento que expresa una negación de derechos y libertades jurídicamente reconocidos» (2015: 31).

(34) No se ignora que la fiscalía requiere de referentes para la construcción de enunciados fácticos con probabilidad delictiva; esos referentes son las pruebas que el fiscal obtendrá de sus diligencias de investigación preliminares; pero, si la propia denuncia acompaña aquel material probatorio con la suficiente potencia para formalizar la investigación, entonces la norma adjetiva autoriza al fiscal que lo haga sin practicar mayores diligencias de investigación; asimismo, piénsese en los detenidos por flagrancia, si el informe policial acompaña el material probatorio pertinente y suficiente para hablar de una sospecha reveladora, el fiscal podrá formalizar la investigación sin ulteriores diligencias.

(35) La Corte Suprema de Justicia peruana en la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433, precisó, conforme lo señala el artículo 336.º del Código Procesal Penal, que para la sospecha reveladora se requiere contar con hechos o datos básicos que sirvan racionalmente de indicios de una determinada conducta delictiva, mediante la presencia de elementos de convicción con determinado nivel medio de acreditación. En este caso, los elementos de convicción han de ser racionales, descartándose las vagas indicaciones o livianas sospechas, de tal forma que la formalización de la investigación preparatoria debe apoyarse en datos de valor fáctico que impliquen más que una posibilidad y menos que una certeza, es decir, implica la probabilidad de la existencia de un delito.

(36) En Latinoamérica se pueden identificar los siguientes modelos: a) por decisión escrita de fiscalía sin control judicial, es el caso del Perú donde el Ministerio Público emite la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, de cuyos hechos y personas deberá observar el posterior requerimiento acusatorio; en ese sentido, Perú diferencia un conjunto de peticiones que se discutirán en diferentes audiencias, como son los casos de prisión preventiva, de tutela de derechos ante ambigüedad de la base fáctica señalada en la Disposición de Formalización o de mecanismos técnicos de defensa como es el caso de la excepción por improcedencia de acción; b) por formulación de imputación en audiencia con control judicial; es el caso de México, que a diferencia del Perú, ha preferido la realización de un conjunto de actos procesales en una sola audiencia, denominada «inicial»; así, en la

Ahora bien, la citada sospecha reveladora para nosotros constituye *las bases de la imputación*, la cual consiste en aquellas circunstancias de tiempo, lugar y modo de un hecho probablemente delictivo; circunstancias fácticas cuya verosimilitud será discutida en el proceso penal y resuelto por el órgano jurisdiccional.

En ese sentido, se está ante la precisión de un suceso, de un evento que actualiza un tipo penal. Sin embargo, las bases de la imputación pasan por tres momentos. (1) *La dialéctica informativa*, la cual denota el conocimiento, revisión, descarte y aceptación de enunciados fácticos de acuerdo con lo que se vaya obteniendo de la investigación; por ende, resulta vital el planteamiento metodológico que adopte la fiscalía para el adecuado esclarecimiento de los hechos (37). Este primer momento parte de la premisa de la necesidad de corroborar un testimonio o declaración, que puede ser la de la víctima o de un testigo, corroboración que se debe realizar mediante la criminalística y las ciencias forenses, que inclusive examinarán los documentos, objetos y todo indicio aportado a la investigación. Ello también se le puede denominar la *criminalística del testimonio*.

(2) *La construcción de las afirmaciones fácticas*; esto es, el producto del procesamiento de la información obtenida de las fuentes de prueba; implica la capacidad del fiscal en valorar lo obtenido en dos escenarios: a) el poder fijar las circunstancias de tiempo, lugar y modo catalogados como el suceso o el evento; y, b) el poder relacionar las circunstancias fácticas con las fuentes de prueba, esto es, que los hechos que va a imputar deben ser susceptibles de ser probados o

referida audiencia se dará el control de la detención, la formulación de imputación, el dictado del auto de vinculación a proceso (el cual refleja el control judicial de lo formulado por la fiscalía), la conclusión anticipada del proceso (a través de las figuras de la suspensión condicional del proceso a prueba o bien a través del procedimiento abreviado), o en su defecto fijar medidas cautelares así como el plazo de cierre de la investigación; todo ello, con el agregado que la acusación deberá observar los hechos y las personas señaladas en el auto de vinculación a proceso; c) por la acusación; es el caso de Venezuela, que a diferencia de los otros modelos no obliga que el requerimiento acusatorio respete una base fáctica anteriormente planteada, así como, el control judicial operaría en la etapa intermedia. Al respecto, consideramos que el modelo mexicano presenta más virtudes que la peruana o la venezolana, porque en la audiencia inicial, la defensa puede realizar ejercicios de contradicción para que no se abra un proceso penal, pero si se abre, tenga la garantía de que no se va a variar la cuestión fáctica previamente conocida, debatida y controlada mediante resolución judicial.

(37) Al respecto, es importante lo dispuesto en el numeral 3) del artículo 321° del Código Procesal Penal peruano, el cual ha dispuesto lo siguiente: «El Fiscal, mediante una Disposición, y con arreglo a las directivas emanadas de la Fiscalía de la Nación, podrá contar con la asesoría de expertos de entidades públicas y privadas para formar un equipo interdisciplinario de investigación científica para casos específicos, el mismo que actuará bajo su dirección».

demostrados, teniendo en mente de no forzar las categorías probatorias que origine calificar el caso ya no de inverosímil, sino de absurdo. Es evidente que este segundo momento nos brinda capacidad para contestar interrogantes tales como: qué ocurrió, cómo ocurrió, quién lo hizo, contra quién lo hizo, cuándo, dónde, por qué y para qué ocurrió.

(3) *La relevancia de la conducta*; en efecto, el suceso construido debe atraer como el «imán» un determinado tipo penal; en esa lógica, se debe recordar que una de las funciones de la acción es que sirva de puente o enlace con el juicio de tipicidad, dado que, ello revelará la relevancia jurídico-penal del caso. Ahora bien, en este tercer momento, el fiscal pueda trabajar la lógica propia de la estratificación del delito o bien la que opera en la estratificación de la imputación, máxime si el Código Penal peruano solamente se ha limitado en señalar, en el artículo 11°, que son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley.

Ahora bien, sobre la relevancia de la conducta tenemos que incidir de la siguiente forma: puede ser que estén completas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, así como, se cuenten con los medios para probarlos, pero capaz el conflicto no sea de carácter penal, teniendo que resolverse en otras vías judiciales; por ejemplo, piénsese en la reacción que de manera pública haya expresado la esposa que ha observado la infidelidad del esposo: en ese sentido, que la fiscalía considere si existe un delito contra la seguridad y tranquilidad pública, al ocasionar la esposa una congestión vehicular por el “show” que le hizo al esposo, o bien procesarla por violencia familiar, en su modalidad psicológica, porque por más adúltero que sea el cónyuge, no merece que en la vía pública le hayan expuesto como infiel, constituye una innecesaria carga de trabajo, cuando el conflicto puede resolverse en la vía civil o familiar: divorcio con indemnización, tenencia de los hijos menores, régimen de visitas, pensión de alimentos y liquidación de la sociedad de gananciales

Si se cumplen con los tres momentos: (1) dialéctica informativa, (2) construcción de los enunciados fácticos y (3) relevancia jurídico-penal, entonces la fiscalía cuenta con las bases de imputación completas, las cuales le permitirán contestar las siguientes preguntas: 1. ¿Qué ocurrió? 2. ¿Cómo ocurrió? 3. ¿Quién lo hizo? 4. ¿A quién afectó? 5. ¿Cuándo ocurrió? 6. ¿Dónde ocurrió? 7. ¿Por qué se realizó la conducta? 8. ¿Para qué se realizó la conducta? 9. ¿Se puede probar? 10. ¿Las pruebas han sido obtenidas con violación a derechos humanos? 11. ¿Actualiza un tipo penal?

Sin embargo, las bases de la imputación requieren ser complementadas, por un lado, con la competencia del agente; y por otro lado, con

las consecuencias de la imputación. En esa inteligencia, por competencia del agente implica el demérito de la conducta del sujeto por haber infringido un deber jurídico penal que subyace al pragma típico y que conlleva la afectación de un bien jurídico tutelado por la ley. El demérito de la conducta se ve fundamentado con la aplicación de las reglas de imputación del injusto, así como de la imputación subjetiva o de la culpabilidad (38), las cuales se aplican en el cuadro fáctico corroborado de manera criminalística y forense. Por otro lado, y con relación a las consecuencias de la imputación, tenemos el estudio de la pena, de la medida de seguridad, de la reparación civil y las consecuencias accesorias para las personas jurídicas (modelo que aún se aplica en la legislación peruana) (39).

Asimismo, en cuarto lugar, el numeral 4) del artículo 139.º de la Constitución peruana ha establecido el principio de no ser privado del *derecho de defensa* en ningún estado del proceso. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado lo siguiente: «El derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés» (STC 05085-2006-PA/TC, fj. 05).

(38) Como la explicación de las citadas reglas (creación de un riesgo no permitido, prohibición de regreso, principio de confianza, fin de protección de la norma, lo conocido, lo previsible, entre otras) exceden el objeto del presente artículo, nos remitimos: BENAVENTE, 2007: 189-243; BENAVENTE, 2011:24-45.

(39) El órgano que efectúa la imputación penal lo que procura es que se le imponga al agente una consecuencia legal debido a su conducta ilícita; sería un contrasentido evidenciar un hecho que la ley señala como delito, sin tomar en cuenta las consecuencias legales. En esa inteligencia, identificamos las siguientes consecuencias de la imputación: a) la aplicación de una sanción penal, incluyendo si el caso lo amerita una medida de seguridad; b) la reparación civil, por los daños y perjuicios surgidos por la comisión del evento delictivo; y, c) la fijación de las consecuencias accesorias para las personas jurídicas, en la medida de que no sea suficiente su responsabilidad civil subsidiaria en el proceso penal. Ahora bien, es una idea equivocada el considerar que la introducción de tales consecuencias opera en la acusación, una vez cerrada la investigación; por el contrario, las mismas forman parte del principio de imputación o principio imputativo; así, en el caso de las personas jurídicas, si se pretende imponerles consecuencias accesorias o el pago de la reparación de los daños entonces la formulación de la imputación o formalización de la investigación deberá mencionar un cuadro fáctico que vincule a la persona jurídica en un accionar delictivo y en los daños que la misma ha generado, debido a que, se está fijando la litis, respetándose de esta manera el debido proceso y el derecho de defensa.

El derecho de defensa como ejercicio de contradicción presenta diferentes materializaciones, como ejemplos tenemos el de aportación probatoria (40), el de contra-examen epistémico (41) así como el de refutación argumentacional (42), todos ellos destinados a refutar las bases de la imputación penal (43), incluyendo la competencia de la imputación, (44) así como las consecuencias de la imputación (45); actividad que como bien señalaba la norma constitucional peruana puede darse en cualquier etapa del proceso penal y no únicamente en la audiencia de juicio oral.

Ahora bien, desde un enfoque pragmático de la teoría del delito, la defensa puede postular que el imputado al obrar por disposición de la ley no incurre en conducta antijurídica alguna (numeral 8) del artículo 20.º CPP), claro está que tendrá que explicar cómo el actuar de su patrocinado no ha originado la infracción de deber jurídico alguno (46), sin

(40) «El derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, [el derecho] a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito [...]» (STC 06712-2005/HC/TC, f. 15 Perú).

(41) «El principio de contradicción es la garantía procesal por excelencia, porque es a través de este que el defensor tiene la posibilidad de refutar la veracidad de la prueba del ministerio público, sometiendo a un riguroso contrainterrogatorio al órgano de prueba de que se trate: ofendido, testigo, perito, policía de investigación. Esto se traduce en el principio del que habla Popper: falsacionismo –racionalismo crítico–». (PONCE, 2019: 84).

(42) Aquí podemos trabajar la clásica taxonomía de: (a) cuestionamiento negativo, traducido en el error de hecho o en la apreciación de la prueba y error de derecho o en las categorías jurídico-penales sustantivas, así como procesales, incurridas en la imputación; y, (b) cuestionamiento positivo, traducido en la actualización de causales de exclusión de responsabilidad jurídico-penal o de causales de exclusión probatoria.

(43) Implica la construcción de aquellas afirmaciones fácticas relevantes para el castigo penal a través de la información obtenida de las fuentes de prueba.

(44) Consiste en atribuir la conducta a aquella persona que por haber infringido el rol o deber genérico o específico identificado y explicado, es competente para asumir las consecuencias jurídico-penales.

(45) Es la aplicación de una sanción penal, incluyendo si el caso lo amerita una medida de seguridad, así como, la reparación civil, por los daños y perjuicios surgidos por la comisión del evento delictivo, además de las consecuencias accesorias para las personas jurídicas.

(46) Al respecto, la doctrina ha trabajado diferentes modelos de exclusión del injusto, ya sea desde la imputación objetiva hasta las causales de justificación. A modo de ejemplos, citamos las cinco reglas de imputación objetiva planteadas por GIMBERNAT: (1) el fin de protección de la norma, (2) la exclusión de la imputación objetiva cuando la acción dolosa causante del resultado típico es una objetivamente correcta, (3) el consentimiento de la víctima en el riesgo como factor excluyente de la

que ello implique la inversión de la carga de la prueba; para ello, podrá invocar las reglas de exclusión sea del injusto o de la culpabilidad (47).

En quinto lugar, el numeral 5) del artículo 139.º de la Constitución peruana se requiere la *motivación de las resoluciones judiciales*

imputación objetiva, (4) los casos de ausencia (o de presencia) de imputación objetiva cuando entre la acción inicial dolosa o imprudente y el resultado típico final se interpone la conducta, también dolosa o imprudente, de un tercero y, (5) el comportamiento alternativo conforme a Derecho (2013: 37-48); también resulta práctico lo planteado por MARAVER (2009) quien, desde el principio de autorresponsabilidad limita la intervención delictiva de terceros para efecto que se satisfaga los siguientes dos criterios: (1) la presencia de una posición de garante por parte del tercero y ante su ausencia la aplicación de la prohibición de regreso y, (2) que el garante haya infringido el deber de cuidado o en su defecto invocar el principio de confianza.

(47) Si se puede o no afirmar la presencia de un injusto no culpable nos conduce al debate entre Ihering y Merkel, a lo que también tenemos que agregar el debate en torno al destinatario de la norma y el caso del inimputable; durante gran parte del siglo xx, Latinoamérica fue ajena a tales discusiones debido a la influencia ejercida por la traducción al español de la obra de Liszt quien, por una razón pragmática, al trabajar la idea de lesividad como fundamento de la antijuridicidad justificó la imposición de medidas de seguridad al inimputable, dejando la pena cuando el sujeto además es culpable, esto es, presenta una relación psicológica con el hecho, de esta manera justificó su sistema de doble vía. En la actualidad, al desarrollarse una teoría general de la imputación, la doctrina nos coloca como antecedentes los trabajos de imputación previos a Liszt y por ende la actualización de las arenas de discusión indicadas al inicio de la presente nota. En ese orden de ideas, Vacchelli afirma lo siguiente: «De lo anterior resulta que un entendimiento imperativista de la norma de comportamiento y un concepto funcional de la norma de sanción no solo conducen a la misma crítica de la antijuridicidad no culpable, sino que además son articulables en un único planteamiento normológico en el que la culpabilidad acaba emergiendo como auténtico núcleo del injusto» (2018: 256). Para Omar Palermo, las consecuencias sistemáticas de la distinción entre justificación y exculpación se encuentran actualmente puestas en tela de juicio, pero sí resultaría decisiva aquella distinción para la generación de deberes de tolerancia, según la situación de necesidad esté justificada o exculpada: en las situaciones justificadas, la víctima de la acción justificada debe si no tolerar, al menos no repeler la intervención del necesitado en su ámbito de organización (no puede reaccionar en legítima defensa o estado de necesidad defensivo); mientras que si la situación es de exculpación, la víctima de la intervención no estaría obligada a tolerar ese comportamiento, pudiendo reaccionar justificadamente (2010: 125). Al respecto, opinamos que el fundamento del injusto en la lesividad del acto para el bien jurídico no solamente encuentra su justificación en la aplicación de la medida de seguridad para el inimputable, sino también para la responsabilidad del partícipe a través de la observancia del principio de accesoriadad limitada e incluso para fundamentar la legítima defensa como instrumento para repeler razonablemente una agresión ilegítima; claro está que si se invoca para la intervención delictiva el principio de accesoriadad máxima (VACCHELLI) o la culpabilidad como presupuesto de la agresión en la legítima defensa (PALERMO), entonces no tendría espacio el referirnos a un injusto no culpable; en suma, dependerá de los presupuestos configuradores de las instituciones jurídico-penales para tomar partido por alguno de los extremos del debate.

en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. Mediante el citado principio, el juzgador no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (artículo 139.8 constitucional), tampoco puede aplicar la analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos (artículo 139.9 constitucional), así como la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (artículo 139.11 constitucional).

Ahora bien, en la actualidad los estudios en torno a la motivación de la resolución judicial, en especial la sentencia, se encuadran en el denominado razonamiento probatorio, siendo uno de sus tópicos el estándar de prueba. En esa inteligencia, el estándar de prueba lo definimos como la plasmación por parte del juez de los diferentes tipos de razonamiento que la ley ha establecido, para efecto de declarar como probado una afirmación fáctica, (entendiéndose por probada cuando la afirmación presenta certeza o al menos altas probabilidades de dar cuenta de lo que en realidad sucedió), para luego ingresar al respectivo análisis normativo (48).

En ese sentido, el artículo 158.º numeral 1) del Código Procesal Penal peruano dispone lo siguiente: «En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados». La norma en cita refuerza nuestra postura que el estándar probatorio es una razón metodológica que justifica el resultado, entendido este último, en tener o no por acreditadas las afirmaciones fácticas materia de proceso, esencialmente las de corte acusatorias, y que a la postre conducirá a la emisión de una sentencia condenatoria o absolutoria.

(48) Para GONZÁLEZ LAGIER (2018), se pueden observar tres tipos de razonamientos. Al primero, cuyo enlace es de carácter empírico, lo denomina *inferencia probatoria empírica*; en ese sentido, el enlace o conexión es una generalización empírica que correlaciona hechos como los descritos en las premisas con hechos como los descritos en la conclusión a partir de la observación de una asociación pasada entre ambos tipos de hechos. Al segundo tipo de razonamiento lo denomina *inferencia probatoria normativa*, porque la conexión son normas (de origen legislativo o jurisprudencial), que establecen que si se dan hechos descritos en las premisas (el hecho base), se debe dar por probada determinada hipótesis (el hecho consecuencia). Por último, al razonamiento con enlaces establecidos por definiciones o reglas conceptuales lo denomina: *inferencia probatoria interpretativa*; estos conceptos que actúan como enlace o conexión establecen que los hechos del tipo de los descritos en la hipótesis cuentan como una cierta categoría de hechos.

En ese orden de ideas, y sin perder de vista el artículo anteriormente citado, la razón metodológica es el ejercicio de tipos de razonamiento, los cuales son: el razonamiento lógico y epistémico; el primero, sencillo de identificar mediante la expresión normativa: «... el juez deberá observar las reglas de la lógica...»; el segundo, también se puede identificar a través de la siguiente expresión normativa: «... la ciencia y las máximas de la experiencia...». No obstante, observamos la necesidad de un tercer tipo de razonamiento, esto es, el dogmático, dado que, a la hora de construir afirmaciones fácticas susceptibles de ser probadas, con las reglas de la lógica y la ciencia, son en la medida que tales afirmaciones hagan referencia a un delito; de lo contrario, se perdería toda relevancia jurídico-penal, siendo innecesario un proceso punitivo.

Por tanto, si hemos señalado que la motivación judicial gira en torno a las premisas fácticas, probatorias y jurídicas, las mismas requieren de un razonamiento por parte del juez, en el cual aplique las reglas de la lógica (razonamiento lógico), de la ciencia (razonamiento epistémico), así como de la teoría del delito y de la pena (razonamiento dogmático); claro está, que desarrollar los citados tipos de razonamiento desbordaría el objetivo del presente artículo.

3. CONCLUSIONES

¿Qué se discute en el proceso penal? La imputación en torno a que la persona física ha cometido un delito; para ello se requiere la construcción de las circunstancias de tiempo, lugar y modo de aquel suceso que dotamos de sentido delictivo, y que a su vez presenten la cualidad de ser demostrada a través de los medios flanqueados por la ley.

¿La imputación que se formula en el proceso penal es la misma imputación que se analiza en la teoría del delito? Así es, porque la formulación de categorías abstractas propias del razonamiento dogmático es lo que el órgano acusador utilizará para «procesar» el evento y atribuirle el carácter de delictivo, finalizando con aquel juzgador que, luego de valorar los resultados obtenidos del ejercicio de contradicción planteado por la defensa y de realizar un juicio en torno a la verdad histórica, dictará la respectiva de resolución de fondo, la misma donde se expresará el razonamiento lógico, epistémico y dogmático realizado.

Finalmente, es con la imputación donde transitamos desde el Derecho penal sustantivo al procesal y, al definir la imputación como

el conjunto de «hechos procesados» (49) podemos trabajar en el proceso penal una teoría pragmática del delito, que en absoluto se opone a las categorías probatorias y a los ejercicios de razonamiento; pero que, en definitiva y al menos pensándose en la reforma latinoamericana en materia procesal penal, nos conduce a formular un modelo imputativo, el cual y como ocurre en México y Perú, no opera en la etapa intermedia con el requerimiento acusatorio, sino con la formulación de imputación como acto, que no solamente formaliza la investigación preparatoria sino que judicializa el objeto del proceso punitivo.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M., «Sobre el concepto de dignidad humana», *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO*, 2009, pp. 73-93.
- BENAVENTE CHORRES, H., *La omisión. Concepto e imputación objetiva*, Buenos Aires, 2007.
- BENAVENTE CHORRES, H., *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso*, Barcelona, 2011.
- BENAVENTE CHORRES, H., *La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso*, Barcelona, 2015.
- BENAVENTE CHORRES, H., *La víctima, imputación del daño y el peritaje en evaluación de daños en el proceso penal acusatorio. Superando el concepto de daños no pecuniarios por su no cuantificación económica*, México, 2020.
- BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Aalen, 1965.
- CASTILLO CÓRDOVA, L., «La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho», *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, 2009, pp. 31-72.
- CIGÜELA SOLA, J., *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal: Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Madrid, 2015.
- CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Buenos Aires, 2008.
- DONDÉ MATUTE, J., «Crítica a la teoría del delito: bases para su destrucción», *Dogmática penal y teoría del delito*, 2012, pp. 04-13.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid, 2007.

(49) Sin embargo, no nos limitamos a la función lingüística del procesamiento como si lo hace Kindhäuser, sino que también reconocemos la necesidad de recurrir a criterios axiológicos, los cuales no podemos ignorar en sistemas deónticos como el jurídico o al menos en un pensamiento consecuencialista no utilitarista.

- FERRER BELTRÁN, J., «Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea», en: *Filosofía del derecho privado*, 2018, pp. 401-429.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., «Culpabilidad y libertad de voluntad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2013, pp. 89-157.
- GARCÍA MANRIQUE, R., «La dignidad y sus dimensiones en la Declaración», *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO*, 2009, pp. 43-63.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2013, pp. 33-87.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE. UU.*, Barcelona, 2009a.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial*, Lima, 2009b.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., «¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba», *Ponencia presentada en el Congreso Mundial sobre Razonamiento Probatorio*, 2018, pp. 01-19.
- GRACIA MARTIN, L., «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, pp. 01-95.
- HONNETH, A., *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, Barcelona, 1997.
- HRUSCHKA, J., «Reglas de comportamiento y reglas de imputación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, pp. 343-356.
- IBÁÑEZ ORELLANA, R., / Moncada Mahuelquin, F. / Santana Covarrubias, A. «Organización retórica y relaciones de coherencia en el abstract de biología», *Estudios Filológicos*, 2015, pp. 51-84.
- JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Bogotá, 1996.
- JAKOBS, G., *La pena estatal. Significado y finalidad*, Madrid, 2006.
- KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México, 1983.
- KINDHÄUSER, U., «Hechos brutos y elementos normativos del tipo», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2014, pp. 01-24.
- LESCH, H., *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, Colonia, 1999.
- MAÑALICH RAFFO, J., «El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno», *Revista de Derecho*, 2011, pp. 87-115.
- MAÑALICH RAFFO, J., «Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo», *Revista Política Criminal*, 2019, pp. 296-375.
- MARAVÉZ GÓMEZ, M., *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Madrid, 2009.

- MERCADO MALDONADO, A., / Benavente Chorres, H. «El Estado en la gestión del conflicto. La reforma del proceso penal en Latinoamérica», *Revista Opinión Jurídica*, 2010, pp. 57-70.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2000, pp. 169-283.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001.
- PALERMO, O., «Deberes de tolerancia e indulgencia en situaciones de necesidad: las tesis del Profesor Silva Sánchez», *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, 2010, pp. 127-150.
- PIÑA ROCHEFORT, J., «Causalidad e imputación. Algunas consideraciones acerca de su ubicación y relevancia en el Derecho penal», *Revista Chilena de Derecho*, 2003, pp. 515-533.
- PONCE VILLA M., *La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral*, Querétaro, 2019.
- RAZ, J., *The Concept of a Legal System: an Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, 1980.
- ROBLES PLANAS, R., «La teoría de la imputación objetiva. Algunas consideraciones sobre sus orígenes y su futuro», *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, 2015, pp. 19-40.
- ROBLES PLANAS, R., «Normas de conducta», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2019, pp. 01-13.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Barcelona, 2014.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., «La libertad del Derecho penal: ¿De qué hablamos cuando decimos libertad?», *Filosofía trascendental, fenomenología y Derecho natural*, 2018, pp. 111-153.
- SILVA SÁNCHEZ, J., «Del derecho abstracto al derecho real», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2006, pp. 01-06.
- SILVA SÁNCHEZ, J., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Buenos Aires, 2010.
- SILVA SÁNCHEZ, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, 2012, pp. 07-36.
- SILVA SÁNCHEZ, J., «¿Adiós a un concepto unitario injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad», *InDret, Revista para el análisis* 2014, pp. 01-20.
- VACCHELLI, E., *Intervención delictiva. Significado y función del principio de accesoriadad*, Barcelona, 2018.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Abogada y Doctora en Derecho
Profesora Adjunta de Derecho Penal y
Coordinadora del Máster en Ciberdelincuencia de UNIR

CONSTITUCIÓN

ARTÍCULO 17.1

Derecho a la libertad personal. Derecho a la información y acceso a los elementos esenciales de las actuaciones en caso de detención y de prisión provisional

«Los pronunciamientos ya citados sobre el derecho de información cuando está en juego (siquiera potencialmente) la libertad (SSTC 21/2018 y 83/2019) arrojan la siguiente configuración:

A) La información debe proporcionarse (i) por escrito, sin que baste una información verbal, forma que evita debates sobre el momento y contenido de la misma y favorece el control de su consistencia y suficiencia [SSTC 21/2018, FJ 6 a), y 83/2019, FJ 6 a)]; (ii) de forma inmediata, lo que, más allá del dato temporal, significa que se debe facilitar con anterioridad a alguno de los momentos en los que pueda verse comprometida la efectividad del derecho de defensa del privado de libertad, donde destacan el momento de recibirle declaración cuando se trata de una detención y, en todo caso, el de decidir sobre la situación personal [SSTC 21/2018, FJ 6 b), y 83/2019, FJ 6 a)], y (iii) de oficio [STC 83/219, FJ 6 a)].

B) La información que debe ser facilitada a la persona detenida o presa solo es suficiente si tiene un triple contenido: se ha de extender a los hechos atribuidos, a las razones motivadoras de la privación de libertad y a los derechos que le asisten. La concreción de ese contenido atiende a la finalidad tuitiva de permitir la defensa frente a la medida cautelar y asegurar la legalidad de la privación de libertad, esto es, que se ha producido conforme a los casos y modos fijados en la previsión legislativa que habilite la privación en cuestión. Solo si el investigado, debidamente asesorado, recibe información suficiente sobre los motivos por los que ha sido privado o puede ser privado de libertad, estará en condiciones de contrastar su veracidad y suficiencia mediante el acceso a las actuaciones que sostengan las razones aducidas y, si así lo estima, impugnar la legalidad de la medida cautelar (SSTC 21/2018, FJ 6, y 83/2019,

FJ 5). Hay que insistir en que ambos aspectos del derecho de información en sentido amplio, comunicación y acceso, resultan funcionalmente indisolubles.

a) Si se trata de un detenido por su supuesta participación en la comisión de un delito, la causa legal que justifica la detención se recoge en el artículo 492.4 LECrim y “el control de la adecuación a la ley de la detención gubernativa permite cuestionar tanto la existencia y suficiencia de los indicios en que se ha apoyado (los motivos de la detención), como su necesidad en el caso concreto” (STC 21/2018, FJ 5). En buena lógica, “[l]a información que la policía debe facilitar al detenido se extiende, por tanto, a los motivos jurídicos y fácticos de la detención; es decir, no solo debe identificar y calificar provisionalmente la infracción penal que se sospecha ha cometido la persona detenida, sino también los datos objetivos que permiten establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado. No es suficiente, por tanto, con hacer referencia al hecho investigado, su lugar y fecha de comisión y su calificación jurídica provisional, sino que la información policial ha de poner también de manifiesto el fundamento de la conexión subjetiva y objetiva del detenido con el hecho ilícito que justifica la detención [con] obligada referencia policial a las fuentes de prueba que permiten afirmar la concurrencia de los indicios que relacionan al sospechoso con el hecho investigado (documentos, informes periciales, actas que describan el resultado de un registro, de una inspección ocular o de la recogida de vestigios, y, si procede, fotografías, y grabaciones de sonido o vídeo, u otras similares)” [SSTC 21/2018, FJ 6 c)].

b) En el caso de la prisión provisional, la información será asimismo la precisa para el ejercicio efectivo del derecho de defensa, la que permita un “conocimiento de lo necesario para cuestionar las razones que habrían de justificar la medida cautelar” (STC 83/2019, FJ 7), pudiendo rebatirse los fundamentos de la medida cautelar solicitada por la acusación pública en la comparecencia (FJ 8). La prisión provisional solo puede ser decretada cuando concurren los requisitos fijados en el artículo 503.1 LECrim, que a su vez recoge las exigencias constitucionales al respecto: la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva como presupuesto y la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida como objetivo (por todas, STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3). El control de su cumplimiento y, con ello, de la legalidad de la medida cautelar personal, presupone el conocimiento de qué hechos con apariencia de qué delito se investigan y cuál es la conexión del investigado con esos hechos que permite creerle responsable de los mismos, además de los elementos de los que quepa inferir los fines constitucionales de aseguramiento que la justifican, sea evitar el riesgo de fuga, el de obstrucción en la instrucción o el de reiteración delictiva [SSTC 29 y 30/2019, FJ 3 b) y c)]. Será preciso, en buena lógica, informar sobre los indicios de comisión del delito por parte del investigado capaces de sustentar la prisión provisional en el momento procesal de que se trate y la procedencia objetiva de tales indicios, lo que implica una referencia a las fuentes de prueba.

El derecho de acceso a los materiales de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad que se reconoce en los artículos 520.2 d) y 505.3 LECrim es el complemento inescindible del derecho a la información al que sirve como garantía instrumental. «Con carácter general, su finalidad consiste en otorgar la posibilidad de contrastar objetivamente la veracidad y consistencia de la información recibida para, en caso de desacuerdo, cuestionarla fundadamente ante la autoridad judicial [...], solicitando para ello acceder a aquella parte del expediente que recoja o documente las razones aducidas.» (STC 83/2019, FJ 5, con remisión a la STC 21/2018, FJ 7). Desde ese punto de partida, el fundamento

jurídico 7 de la STC 21/2018 esboza un primer diseño constitucional de este específico derecho de acceso, que identifica el momento y forma de ejercerlo y su contenido, en el que se avanza en el fundamento jurídico 6 de la STC 83/2019 respecto a la prisión provisional:

a) Habida cuenta de su carácter instrumental respecto al derecho de información, el momento lógico del acceso será posterior a su suministro o disponibilidad, para proporcionar aquello que recoja o documente las razones fácticas y jurídicas de la privación de libertad sin perjuicio de que el investigado o encausado pueda instar su derecho con anterioridad o al margen de esa información en aras del fin último de estar en posición de evaluar la legalidad de la medida privativa de libertad. Si es inescindible de la funcionalidad del derecho, dada la finalidad de hacer posible una defensa efectiva frente a la privación de libertad, que el acceso sea previo a los momentos decisivos para ese derecho.

En el caso de la detención, ese momento se sitúa “antes de ser interrogado policialmente por primera vez”, de modo que el detenido pueda “decidir fundamentadamente su conducta procesal durante el interrogatorio, así como tomar la decisión de impugnar la legalidad de su privación de libertad cuando no comparta la causa que la motivó o la forma en que se está desarrollando”. [STC 21/2018, FJ 7 b)]. Algo diferente se plantea la cuestión en supuestos de prisión provisional, donde la finalidad de garantizar la efectividad de la defensa lleva a anticipar el acceso a un punto temporal previo a la privación cierta de libertad. El acceso se localiza en el intervalo entre el conocimiento de que se va a celebrar la comparecencia para decidir sobre la situación personal (artículo 505 LECrim) y el turno para alegar en la comparecencia convocada, para lograr así “tomar conocimiento de lo necesario para rebatir la procedencia de las medidas cautelares privativas de libertad que puedan interesar las acusaciones” antes de que el órgano judicial adopte una decisión. De este modo se da oportunidad al investigado potencialmente afectado de tener “acceso al expediente que le permita disponer de aquellos datos que, como consecuencia de las diligencias practicadas, puedan atraer una valoración judicial última de pertinencia de la medida cautelar privativa de libertad que se solicite, conforme a los fines que la justifican” [STC 83/2019, FJ 6 b)].

b) A diferencia del derecho de información, la garantía de acceso no opera de oficio, sino que requiere la rogación por el interesado. Una vez mostrada la voluntad de hacer uso del derecho, el acceso debe producirse de la forma más efectiva e inmediata posible, interrumpiéndose incluso la comparecencia del artículo 505 LECrim ya iniciada, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido o investigado un adecuado uso en términos de defensa [SSTC 21/2018, FJ 7 b), y 83/2019, FJ 6 b) y d)]. c) En lo que atañe al objeto del acceso, la conexión entre el derecho a la información y el derecho al acceso determina una influencia recíproca en la fijación de su contenido, siempre atento a su papel de garantías del derecho de defensa en los incidentes cautelares atinentes a la libertad. El material de que se disponga en cada caso ha de suministrar los fundamentos para acordar una medida cautelar privativa de libertad. Solo el informado sobre las razones de la (eventual) privación de libertad puede conocer qué actuaciones son relevantes e instar justificadamente el acceso al material que sustenta esas razones y que, por ello, es esencial para impugnarla. Esta garantía integrada de la libertad personal de información-acceso no otorga un derecho de acceso pleno al contenido de las actuaciones, policiales o judiciales, sino que, como expresan los artículos 505.3, 520.2 d), y 527 LECrim, se circunscribe a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad [SSTC 21/2018, FJ 8, y 83/2019, FJ 6 c)]. Esto es, las fundamentales o necesarias para cuestionar si la privación cautelar

penal de libertad se ha producido en uno de los casos previstos en la ley y en la forma prevista en la ley.

La determinación de cuáles sean dichos elementos es necesariamente casuística, pues depende de las circunstancias que han justificado la privación de libertad (SSTC 21/2018, FJ 7, y 83/2019, FJ 5). A modo de ejemplo hemos señalado como posibles elementos esenciales en el caso de la detención policial, “la propia denuncia de los hechos, cuando incorpora imputaciones de parte que incriminan al detenido; o la documentación de testimonios incriminatorios, así como el contenido de los informes periciales científicos que establezcan un vínculo de conexión entre el hecho investigado y el detenido; asimismo lo pueden ser los documentos, fotografías y grabaciones de sonido o vídeo que objetivamente relacionen al sospechoso con la infracción penal, e igualmente las actas que recojan el resultado del registro de un inmueble u otro tipo de bienes (STC 13/2017, de 30 de enero, FJ 7), las de una inspección ocular, las que constatan la recogida de vestigios o las que describan el resultado de un reconocimiento practicado a prevención por la policía para la averiguación del delito. Lo son también, en definitiva, todas aquellas actuaciones documentadas que guarden identidad de razón con las ya expuestas” [STC 21/2018, FJ 7 c)].

La decisión sobre el carácter fundamental de un determinado elemento en clave de privación de libertad o sobre la forma de acceso corresponderá a los agentes policiales en supuestos de detención y al juez de instrucción si se trata de prisión provisional. En caso de discrepancia, el detenido puede activar la garantía del *habeas corpus* para que la autoridad judicial dirima la controversia [STC 21/2018, FJ 7 b)]. Asimismo, la idoneidad de la decisión judicial del instructor de entrega de datos y materiales es susceptible de supervisión a través del régimen de recursos legalmente establecido [STC 83/2019, FJ 6 d)].

(STC 180/2020, de 14 de diciembre. Recurso de amparo 4194-2018. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. BOE 26-1-2021).

Derecho a la libertad personal. Motivación

«Como hemos puesto de manifiesto, entre otras, en la STC 66/2008, de 29 de mayo, FJ 4 d) “[l]a falta de motivación, en los términos anteriormente expuestos, de la resolución judicial afecta primordialmente, por la vía de uno de sus requisitos formales esenciales, a la propia existencia del presupuesto habilitante para la privación de la libertad y, por lo tanto, al derecho a la misma consagrado en el art. 17 CE (128/1995, de 26 de julio FJ 4; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 29/2001, de 29 de enero, FJ 2, y 138/2002, de 3 de junio, FJ 3). Conforme a reiterados pronunciamientos de este Tribunal, los problemas de motivación en las resoluciones que acuerdan medidas limitativas de derechos fundamentales conciernen directamente a la lesión del propio derecho fundamental sustantivo y no, autónomamente, al derecho a la tutela judicial efectiva. Una decisión restrictiva de un derecho fundamental sustantivo, como es en este caso el derecho a la libertad, exige una resolución judicial cuya fundamentación no solo colme el deber general de motivación que es inherente a la tutela judicial efectiva, sino que, además, ha de extenderse a la justificación de su legitimidad constitucional, ponderando las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de dicha decisión (por todas, SSTC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 7, y 29/2001, de 29 de enero, FJ 2). Por ello, el análisis de la insuficiencia de motivación desde el enfoque del deber genérico de fundamentación de las resolu-

ciones judiciales queda desplazado por un análisis desde la perspectiva del deber más estricto de fundamentación para la adopción de medidas restrictivas del derecho a la libertad”.

Por otro lado, también debemos descartar la lesión del derecho a la presunción de inocencia. Este Tribunal ha sostenido que este derecho “no puede resultar vulnerado por unas resoluciones judiciales que se limitan a imponer una medida cautelar en el seno de un proceso penal en el que el demandante de amparo no había sido aún juzgado, ni se había producido ninguna declaración de culpabilidad, por lo que falta el presupuesto para considerar conculcado el referido derecho (SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 2; 127/1998, de 15 de junio, FJ 4, y 179/2005, de 4 de julio, FJ 2). Y si lo que se cuestiona con la invocación de este derecho fundamental es la existencia del presupuesto habilitante de la medida adoptada –la existencia de indicios racionales de criminalidad–, la queja ha de reconducirse a las relativas al derecho a la libertad (SSTC 66/1997, de 7 de abril, FJ 4, y 47/2000, de 17 de febrero, FJ 6)” (STC 65/2008, de 29 de mayo FJ 2)».

(STC Pleno 3/2020, de 15 de enero. Recurso de amparo 2226-2018. Ponente: D. Alfredo Montoya Melgar. BOE 14-2-2020).

Plazo de la detención

«Este tribunal ha recordado que “el artículo 17.2 CE ha establecido dos plazos, en lo que se refiere a los límites temporales de la detención preventiva, uno relativo y otro máximo absoluto. El primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos que, como es lógico, puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso. Sin embargo, el plazo máximo absoluto presenta una plena concreción temporal y está fijado en las setenta y dos horas computadas desde el inicio de la detención, que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el cual el afectado se encuentra en las dependencias policiales (STC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3) [...]. Este sometimiento de la detención a plazos persigue la finalidad de ofrecer una mayor seguridad de los afectados por la medida, evitando así que existan privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada [...]. En consecuencia, la vulneración del citado artículo 17.2 CE se puede producir, no solo por rebasarse el plazo máximo absoluto, es decir, cuando el detenido sigue bajo el control de la autoridad gubernativa o sus agentes una vez cumplidas las setenta y dos horas de privación de libertad, sino también cuando, no habiendo transcurrido ese plazo máximo, se traspasa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, sin embargo, no se procede a la liberación del detenido ni se le pone a disposición de la autoridad judicial (STC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2)” (STC 165/2007, de 2 de julio, FJ 2)».

(STC 181/2020, de 14 de diciembre. Recurso de amparo 5576-2018. Ponente: D. Antonio Narváz Rodríguez. BOE 26-1-2021).

Prisión provisional. No vulneración por el hecho de que el Juez que la acuerda realice funciones instructoras

«Ha de advertirse que una decisión de prisión provisional no es una resolución que agote su finalidad en conseguir que se atienda a un concreto llamamiento o cita-

ción judicial, sino que exige la formulación de un pronóstico de comportamiento futuro que va más allá, en cuanto que lo que se trata de asegurar es la íntegra tramitación del proceso, en sus sucesivas fases. Por ello, el dato de la comparecencia voluntaria no puede tener la misma fuerza argumental que sí puede adquirir en relación con una concreta medida de detención personal que trate de asegurar una específica comparecencia ante la autoridad judicial.

(.../...)

Como señalamos en la STC 50/2019, de 9 de abril, FJ 5 c), lo que valora el instructor es que el arraigo de los recurrentes no tiene “relevancia suficiente como para enervar el riesgo de fuga.

(.../...)

En la STC 29/2019, de 28 de febrero, se ha establecido la doctrina general sobre las exigencias de imparcialidad judicial en el incidente relativo a la medida cautelar de prisión provisional. Señalamos entonces que la garantía de imparcialidad judicial es tributaria del más general ‘principio de adopción judicial de la medida’, que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no implica tanto ‘el acceso a una determinada institución u órgano como un procedimiento de carácter judicial’ que ha de estar a cargo de ‘una autoridad habilitada por la ley para ejercer funciones judiciales’”.

(.../...)

b) Constatamos, asimismo, en la citada STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 4, que el art. 5.3 CEDH tiene plena correlación con el art. 17.2 de nuestra Constitución, precepto cuya virtualidad excede, en consecuencia, de la mera previsión de un plazo máximo de duración para la detención policial. En la regulación contenida en el art. 17.2 CE se encuentra implícita, en realidad, una garantía más amplia: el control judicial de toda prisión provisional, en cuanto medida cautelar penal que, dentro de los límites máximos fijados por el legislador (art. 17.4 CE), excede virtualmente del plazo y los fines perentorios que son propios de una detención puramente gubernativa (STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 4). De este modo, la garantía de control judicial de la prisión provisional que el art. 17.2 CE establece, y las exigencias procedimentales inherentes a la misma, son exigibles siempre, haya o no existido una detención policial previa. Sea a través de la orden judicial de comparecer (como ha ocurrido en este caso) o de una conducción policial coactiva –esto es, sea a través de la coacción puramente jurídica de la citación o de la coerción física inherente a la detención policial–, de lo que se trata es, en definitiva, de lograr un mismo fin: la puesta del investigado a disposición de la autoridad judicial competente para que sea esta la que adopte, a través del «procedimiento judicial» que exige el art. 5.3 CEDH, la decisión pertinente acerca de la prisión preventiva.

c) La STC 29/2019, FJ 4, ha señalado que, tal y como establece el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 5.3 CEDH (STEDH de 4 de diciembre de 1979, asunto Schiesser c. Suiza, § 28), la autoridad judicial encargada del control de la prisión provisional conforme al art. 17.2 CE puede ejercer funciones que no se identifican estrictamente con las de «administrar justicia», como es el caso de las funciones de dirección del procedimiento investigador. Hemos advertido, no obstante, también en coherencia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 25 de marzo de 1999, asunto Nikolova c. Bulgaria, § 49, de 18 de enero de 2007, asunto Estrikh c. Letonia, § 116, de 22 de mayo de 2007, asunto

Bülbü l c. Turquía, § 22), que dicha autoridad ha de poseer, en todo caso, ciertas cualidades propias de un órgano judicial en sentido estricto, concretamente “la independencia hacia el ejecutivo y las partes”, y que para que la autoridad que realiza el control judicial de la prisión pueda ser considerada “independiente” e “imparcial” hay «apariencias objetivas» que deben ser tenidas en cuenta, como, por ejemplo, que no pueda intervenir en un estadio ulterior del procedimiento penal ejerciendo funciones de acusación, supuesto en el cual su independencia e imparcialidad pueden ser objeto de sospecha. Además, la autoridad judicial debe escuchar personalmente al afectado y decidir conforme a criterios jurídicos la procedencia de la privación cautelar de libertad (por todas, SSTEDH de 18 de enero de 1978, asunto Irlanda c. Reino Unido, § 199, y de 25 de marzo de 1999, asunto Nikolova c. Bulgaria, § 49).

d) Esta doctrina general ha llevado a afirmar, en coherencia con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no resulta, en definitiva, incompatible con las cualidades que ha de revestir la autoridad judicial que ha de decidir sobre la prisión provisional que esta asuma funciones instructoras o de dirección de procedimiento de investigación oficial, pero sí que acumule tales tareas con “funciones de acusación” y más concretamente que no se deduce de la Constitución que “la autoridad judicial que ejerce el rol de instructora del procedimiento deba quedar excluida de las funciones de control judicial inmediato de la privación cautelar de libertad (art. 17.2 CE en relación con el art. 505 LECrim), en tanto tenga efectivamente garantizado un estatus de independencia respecto del poder ejecutivo y de las propias partes, de suerte tal que no esté llamado a asumir funciones acusatorias”, rasgos básicos estos que “están garantizados en nuestro vigente sistema procesal penal, en la medida en que el juez de instrucción goza de las garantías de independencia e inamovilidad propias de los miembros del Poder Judicial (art. 117.1 CE), y habida cuenta que no formula posteriormente acusación alguna contra el investigado, ni puede obligar al fiscal a formularla” (STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 4)».

(STC Pleno 37/2020, de 25 de febrero. Recurso de amparo 2971-2018. Ponente: D.ª Encarnación Roca Trías. BOE 26-3-2020).

ARTÍCULO 17.4

Habeas corpus

«Los únicos motivos constitucionalmente legítimos para no admitir un procedimiento de *habeas corpus* son los basados en la falta del presupuesto necesario de una situación de privación de libertad no acordada judicialmente o en el incumplimiento de los requisitos formales a los que se refiere el artículo 4 LOHC. Esta jurisprudencia es reiterada, constante e inequívoca (entre otras, SSTC 21/1996, de 12 de febrero, FJ 7; 66/1996, de 16 de abril, FJ 6; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 11; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 5; 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; 179/2000, de 26 de junio, FJ 5; 208/2000 y 209/2000, de 24 de julio, FJ 5; 233/2000, de 2 de octubre, FJ 5; 263/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 287/2000, de 27 de noviembre, FJ 4; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 6; 24/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; 94/2003, de 19 de mayo, FJ 3; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 5; 122/2004, de 12 de julio, FJ 3; 37/2005, de 28 de febrero, FJ 3; 29/2006, de 30 de enero, FJ 3; 46/2006, de 13 de febrero, FJ 2; 93/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 169/2006, de 5 de junio, FJ 2; 165/2007, de 2 de julio, FJ 4; 35/2008, de 25 de febrero, FJ 2; 37/2008, de 25 de febrero, FJ 3; 147/2008, de 10 de noviembre, FJ 2; 172/2008, de 18 de diciembre, FJ 3;

88/2011, de 6 de junio, FJ 4; 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4; 12/2014, de 27 de enero, FJ 3; 21/2014, de 10 de febrero, FJ 2; 32/2014, de 24 de febrero, FJ 2; 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 3; 42/2015, de 2 de marzo, FJ 2, y 204/2015, de 5 de octubre, FJ 2).

“Por tanto, se hace necesario reiterar una vez más que este Tribunal ha declarado que el procedimiento de *habeas corpus* no puede verse mermado en su calidad o intensidad; y que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo debe ser plenamente efectivo, y no solo formal, para evitar que quede menoscabado el derecho a la libertad, ya que la esencia histórica y constitucional de este procedimiento radica en que el juez compruebe personalmente la situación de quien pide el control judicial, siempre que la persona se encuentre efectivamente detenida, ofreciéndole una oportunidad de hacerse oír (STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4). Por otra parte, también es preciso recordar que es a los órganos judiciales a los que corresponde la esencial función de garantizar el derecho a la libertad mediante el procedimiento de *habeas corpus* controlando las privaciones de libertad no acordadas judicialmente; que en esa función están vinculados por la Constitución; y que tienen la obligación de aplicar e interpretar las leyes según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

No resulta fácilmente comprensible que, tras el extenso número de resoluciones dictadas por este tribunal sobre esta cuestión, la jurisprudencia constitucional en la materia siga sin ser trasladada al quehacer cotidiano de todos los que participan en la labor de tramitación judicial de los procedimientos de *habeas corpus* y que por esta razón deban seguir admitiéndose recursos de amparo que se acogen a la alegación del incumplimiento de la jurisprudencia constitucional como motivo de especial trascendencia constitucional” (STC 72/2019, FJ 2, ya citado)».

(STC 181/2020, de 14 de diciembre. Recurso de amparo 5576-2018. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. BOE 26-1-2021).

ARTÍCULO 20.1

Conflicto entre libertad de expresión y de información y derecho al honor y a la intimidad

«La reciente STC 89/2018, de 6 de septiembre, FJ 2 a), recoge nuestra jurisprudencia consolidada respecto al primero de esos derechos, recordando que tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 4, y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; SSTEDH de 7 de diciembre de 1976, asunto Handyside c. Reino Unido, § 49 y de 8 de julio de 1986, asunto Lingens c. Austria § 41), pues “así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe ‘sociedad democrática’. (SSTEDH de 23 de abril de 1992, asunto Castells c. España, § 42; de 29 de febrero de 2000, asunto Fuentes Bobo c. España, § 43, y de 13 de marzo de 2018, asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España, § 30)”.

Junto a ello, también hemos señalado que “la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información al no operar en el ejercicio de aquella el límite interno

de veracidad que es aplicable a esta” (STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2), lo que se justifica en que “tiene por objeto presentar ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos que no se prestan a una demostración de su exactitud” (STC 51/1989, de 22 de febrero, FJ 2). En definitiva, el reconocimiento de la libertad de expresión garantiza el desarrollo de una comunicación pública libre que permita la circulación de ideas y juicios de valor inherente al principio de legitimidad democrática (por todas, SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3; 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3; 9/2007, de 15 de enero, FJ 4). En este sentido, merece especial protección constitucional la difusión de ideas que colaboren a la formación de la opinión pública y facilita que “el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos” (SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6; 29/2009, de 26 de enero, FJ 5). Entre ellas, hemos incluido no solo los juicios de valor de ámbito político o los que se refieren directamente al funcionamiento de las instituciones públicas (STEDH de 13 de noviembre de 2003, asunto *Scharsach y News Verlagsgesellschaft c. Austria*, § 30), sino también los que tienen por objeto la valoración crítica del modelo de sociedad y su evolución. En esta misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que, en los ámbitos del discurso político y de las cuestiones de interés general, el art. 10.2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) no queda apenas espacio para la restricción de la libertad de expresión, que prevalecerá frente a posibles afectaciones del derecho al honor (SSTEDH de 29 de marzo de 2016, asunto *Bédat c. Suiza*, § 49 y de 13 de marzo de 2018, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, § 32 y jurisprudencia en ellas citada).

En concreto –y por lo que aquí interesa–, sobre la crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad, hemos advertido que esta no ha de confundirse, sin más, con un “atentado al honor” (por todas, STC 9/2007, de 15 de enero). Solo escapan a la protección del art. 18.1 CE “aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido” (STC 180/1999, FJ 5).

En supuestos en los que las frases proferidas constituyen una crítica referida específicamente a la labor profesional de un funcionario público, el Tribunal ha dicho que se amplían los límites permisibles. El canon de análisis correspondiente exige prestar especial atención, entre otras cosas, a las circunstancias concretas o contexto en que las expresiones debatidas se vierten, su contenido, la mayor o menor intensidad de las frases; su tono humorístico o mordaz; el hecho de afectar al honor del titular del cargo no en su faceta íntima y privada, sino en relación con su comportamiento como titular de una función pública; la existencia o inexistencia de *animus iniuriandi*; el interés general o la relevancia pública de las manifestaciones, expresiones o ideas exteriorizadas, y, por encima de todo, si contribuyen o no a la formación de la opinión pública libre (SSTC 107/1988, de 8 de junio; 105/1990, de 6 de junio; 171/1990, de 12 de noviembre; 85/1992, de 8 de junio; 15/1993, de 18 de enero, y 3/1997, de 13 de enero entre otras). En el caso de que el objeto de las críticas sea alguna institución pública o una clase del Estado, sin minusvalorar la importancia de su dignidad, reputación o autoridad moral, gozan frente a estas libertades de un nivel de garantía más débil que el que corresponde al honor de las personas de relevancia pública, máxime cuando las opiniones o informaciones que pueden atentar contra tales valores se dirigen no contra una institución, clase o cuerpo como tal, sino inde-

terminadamente contra los individuos que pertenezcan o formen parte de los mismos en un momento dado (STC 51/1989, de 22 de febrero, FJ 2), siempre que no se ponga en cuestión su probidad pública (STC 371/1993, de 13 de diciembre, FJ 8). Así, por ejemplo, hemos considerado cubierta por la libertad de expresión la crítica de la desidia municipal, al no existir una intención de injuria o de menosprecio, sino ejercicio legítimo del derecho a la crítica del funcionamiento de las instituciones públicas (STC 170/1994, de 7 de junio, FJ 4).

En cuanto a la libertad de información y su posible colisión con el derecho a la intimidad de terceros, para que la emisión de una noticia o información goce de la máxima protección del art. 20.1 d) CE y prevalezca, por ello, sobre este último, hemos establecido dos condiciones, que también han sido exigidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras muchas, en las sentencias de 17 de diciembre de 2004 (asunto *Cumpână y Mazâré c. Rumanía*) y 31 de enero de 2006 (asunto *Stângu y Scutelnicu c. Rumania*).

La primera de dichas condiciones consiste en que lo transmitido sean hechos «veraces», que en nuestra doctrina hemos hecho equivalentes a hechos «contrastados» con la debida diligencia profesional, por todas, STC 107/1988. Así, este Tribunal ha hecho recaer sobre los autores de la noticia un “deber de diligencia en la comprobación de la veracidad de la información [que] no se satisface con la pura remisión a fuentes indeterminadas que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber, pues al asumir y transmitir a la opinión pública la noticia, también asume la veracidad o inveracidad, en cuanto que la obligación de contrastar la verosimilitud de la noticia es un deber propio y específico de cada informador” (STC 172/1990, de 12 de diciembre; y en parecidos términos, SSTC 6/1996, de 16 de enero, y 21/2000, de 31 de enero).

La otra condición para que la información goce de la protección constitucional consiste en que recaiga sobre «hechos noticiables», esto es, sobre materias de relevancia pública que sean de interés general, ya sean por las materias a que se refiere o por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública (por todas, STC 18/2015, de 16 de febrero, FFJJ 4 y 5).

Respecto de ambas libertades, ha de recalarse, pues, que es precisamente cuando su ejercicio versa sobre materias que contribuyen a la formación de una opinión pública libre cuando su protección constitucional opera con la mayor eficacia, máxime cuando se ejercitan por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de opinión que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4). Y ello porque, de acuerdo también con nuestra constante jurisprudencia, el art. 20 de la norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza el interés constitucional de la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática (STC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4). Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas» (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, reiterada por la STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 6). En la misma línea se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la sentencia en el asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, al afirmar que estas libertades, reconocidas en el art. 10.1 CEDH, constituyen uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso, por lo que, si bien

dichas libertades pueden estar sometidas a restricciones “previstas por la ley”, estas han de venir justificadas por una “necesidad social acuciante” (STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España, § 31, interpretando el sentido del art. 10 § 2 CEDH) y han de ser interpretadas siempre de forma restrictiva (en el mismo sentido SSTEDH de 23 de abril de 1992, asunto Castells c. España, § 42; de 29 de febrero de 2000, asunto Fuentes Bobo c. España, § 43; de 10 de diciembre de 2007, asunto Stoll c. Suiza, § 101; de 13 de julio de 2012, asunto Movimiento raeliano suizo c. Suiza, § 48; y de 23 de abril de 2015, asunto Morice c. Francia, § 124). Esta dimensión objetiva o institucional de estos derechos-libertad les dota de una preeminencia en nuestro ordenamiento jurídico frente a otros derechos o bienes jurídicos en conflicto, que ha vuelto a ser recordada de forma explícita, entre otras, en la STC 18/2015, de 16 de febrero, FJ 4).

Estas libertades aparecen, así, como uno de los fundamentos indiscutibles del orden constitucional español, colocadas en una posición preferente y objeto de especial protección (STC 101/2003, de 2 de junio, FJ 3), y necesitadas de un «amplio espacio» (SSTC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 127/2004, de 19 de julio, FJ 4), es decir, un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor. De ahí que disuadir la diligente, y por ello legítima, transmisión de informaciones y de opiniones constituya un límite constitucional esencial que el art. 20 CE impone a todos los poderes públicos y, en particular, al juez penal en nuestro Estado democrático [en esta línea, por todas, SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; 287/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 127/2004, de 19 de julio, FJ 4; 9/2007, de 15 de enero, FJ 4; 253/2007, de 7 de noviembre, FJ 6; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2 d); asimismo, STEDH, de 23 de abril de 1992, asunto Castells c. España, § 46]. Ese valor preferente cuando las libertades de expresión e información acercan al conocimiento general hechos u opiniones relevantes para la comunidad, tiene una especial manifestación respecto a las personas que ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, pues deben soportar un mayor riesgo de interferencia en sus derechos que las personas privadas, en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos, situaciones u opiniones que interesan a la comunidad, residiendo en tal criterio el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el eventual conflicto entre las pretensiones de expresión o información y otros derechos fundamentales (en sentido parecido, STC 127/2003, de 30 de junio y las que allí se citan). Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado que, en estos casos, el factor decisivo en la ponderación entre la protección de los derechos ajenos y estas libertades estriba en la contribución de lo publicado a un debate de interés general (por todas, STEDH de 24 de junio de 2004, asunto Von Hannover c. Alemania, § 65 y 76)».

(STC 6/2020, de 27 de enero. Recurso de amparo 6354-2017. Ponente: D.^a Encarnación Roca Trías. BOE 29-2-2020).

Derecho a la libertad de expresión del Abogado en ejercicio del derecho de defensa

«La libertad de expresión e información del abogado en el ejercicio de la actividad de defensa es una manifestación cualificada del derecho reconocido en el art. 20 CE, porque se encuentra vinculada con carácter inescindible a los derechos de defensa de la parte y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE). Por esta razón, hemos reiterado que cuando la ejercen los abogados se trata de una

manifestación de la libertad de expresión especialmente resistente, inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar dado su valor instrumental al ejercicio de otros derechos fundamentales, lo que justifica el empleo de una mayor beligerancia en los argumentos que ante los Tribunales de Justicia se expongan. Por ello su ejercicio ha de valorarse en el marco en que se ejerce, y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que carezca de límites ni ampare el desconocimiento del mínimo respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento, y a la “autoridad e imparcialidad del Poder Judicial”, que el art. 10.2 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) erige en límite explícito a la libertad de expresión (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 febrero 1989, asunto Barfod). Así hemos tenido oportunidad de señalar que excluidos el insulto y la descalificación, la libre expresión de un abogado en el ejercicio de la defensa de su patrocinado ha de ser amparada por este tribunal cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria a los fines de impetrar de los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (STC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5).

Los abogados tienen entre otros el derecho a comentar las actuaciones de la administración de justicia. Los límites de una crítica admisible son distintos cuando se trata de los magistrados que actúan en el ejercicio de sus poderes, a cuando es un particular. No obstante, su situación como servidores públicos no es la misma que la de los políticos y no cabe por ello someterles a un control “atento de sus actos y de sus gestos” como sucede con aquellos. Los jueces deben “beneficiarse de la confianza del público sin perturbaciones indebidas y por tanto puede ser necesario protegerlos contra los ataques verbales ofensivos cuando están en servicio”: STEDH de 30 de junio de 2015, asunto Peruzzi contra Italia, parágrafo 52.

(.../...)

Un límite al ejercicio legítimo de la libertad de expresión del abogado es el insulto: “debe hacerse una clara distinción entre crítica e insulto. Si la única intención de cualquier forma de expresión es insultar a un tribunal o a sus miembros, una sanción apropiada podría, en principio, no constituir una violación del artículo 10 de la Convención” (STEDH asunto Bagirov contra Azerbaiyán, parágrafo 78)».

(STC 142/2020, de 19 de octubre. Recurso de amparo 3406-2018. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. BOE 20-11-2020).

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a los recursos. Declaración de inconstitucional del artículo 454 bis. 1, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil

«El precepto cuestionado vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que ha creado un régimen de impugnación de las decisiones de los letrados de la administración de justicia generador de un espacio inmune al control jurisdiccional. En coherencia con ello, se debe declarar la inconstitucionalidad y nulidad del precepto cuestionado, precisando, al igual que se hizo en las SSTC 58/2016, FJ 7; 72/2018, FJ 4, y 34/2019, FJ 7, que, en tanto el legislador no se pronuncie al respecto,

el recurso judicial procedente frente al decreto del letrado de la administración de justicia resolutorio de la reposición ha de ser el directo de revisión al que se refiere el propio artículo 454 bis LEC».

(STC Pleno 15/2020, de 28 de enero. Cuestión interna de inconstitucionalidad 2754-2019. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. Trías. BOE 29-2-2020).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Inexistencia del derecho a obtener una condena penal

« A) El derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción penal, se ha configurado en la doctrina de este tribunal como un *ius ut procedatur*, cuyo examen constitucional opera desde la perspectiva del art. 24.1 CE, siéndole asimismo aplicables las garantías del art. 24.2 CE (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 31/1996, de 27 de febrero, FFJJ 10 y 11, o 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 5).

Son sus notas características las que siguen:

a) El ejercicio de la acción penal no otorga a sus titulares un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal; tampoco impone a los órganos judiciales la obligación de realizar una investigación más allá de lo necesario, alargando indebidamente la instrucción o el proceso (SSTC 176/2006, de junio, FFJJ 2 y 4; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 2, o 26/2018, de 25 de febrero, FJ 2).

b) El querellante o denunciante ostenta, como titular del *ius ut procedatur*, el derecho a poner en marcha un proceso penal, a que el mismo se sustancie de conformidad con las reglas del proceso justo y a obtener en él una respuesta razonable y fundada en derecho (SSTC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4, o 12/2006, de 16 de enero, FJ 2), pero no incluye el derecho material a obtener una condena y a la imposición de una pena, pues el *ius puniendi* es de naturaleza exclusivamente pública y su titularidad corresponde al Estado [SSTC 157/1990, de 18 de octubre (Pleno); 232/1998, de 1 de diciembre, FJ 2; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 3, y 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3, entre otras].

c) La tutela judicial efectiva del denunciante o querellante es satisfecha por la resolución judicial que acuerde la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, cuando aquella se asiente sobre una razonada y razonable concurrencia de los motivos legalmente previstos para acordar el sobreseimiento, libre o provisional (arts. 637 y 641 LECrim y, dado el caso, art. 779.1.1 LECrim). Por el contrario, habrá vulneración de este derecho si la decisión judicial de no proseguir con la indagación penal afecta, en cualquiera de esos momentos procesales, a diligencias oportunamente solicitadas por el recurrente, parte en el proceso judicial, que incidan en su derecho a la utilización de medios de prueba; o también cuando, realizadas estas de modo bastante, se vea afectada la determinación de lo sucedido a partir de las mismas o bien la calificación jurídica de los hechos que se constatan (STC 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3).

d) La efectividad del derecho a la tutela judicial coincidirá en estos casos con la suficiencia de la indagación judicial. Dependerá, pues, no solo de que la decisión de sobreseimiento esté motivada y jurídicamente fundada, sino también de que la investigación de lo denunciado haya sido suficiente y efectiva, ya que la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido.

e) La suficiencia y efectividad de la investigación solo pueden evaluarse valorando las concretas circunstancias de la denuncia y de lo denunciado, así como la

gravedad de lo denunciado y su previa opacidad (SSTC 34/2008, FJ 4, y 26/2018, FJ 3), de tal manera que habrá vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando no se abra o se clausure la instrucción existiendo sospechas razonables de la posible comisión de un delito y revelándose tales sospechas como susceptibles de ser despejadas mediante la investigación. Esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, del mismo modo que no impide su clausura temprana. Tampoco existe un derecho a la práctica ilimitada de la prueba, de manera tal que imponga la realización de cuantas diligencias de investigación se perciban como posibles o imaginables, propuestas por las partes o practicadas de oficio, particularmente si resulta evidente que el despliegue de mayores diligencias deviene innecesario. Semjante obligación conduciría a instrucciones inútiles en perjuicio del interés general en una gestión racional y eficaz de los recursos de la Administración de Justicia (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2; 131/2012, de 18 de junio, FJ 2, y 153/2013, de 9 de septiembre).

(.../...)

A partir de las consideraciones expuestas, hemos de señalar ya que, para que la investigación penal concretamente desplegada satisfaga el derecho a la tutela judicial efectiva de quien se encuentra en posición de víctima en supuestos de violencia de género o cometida en un entorno familiar o afectivo, será necesario no solo activar sin demoras –cuando corresponda– las medidas de protección personal adecuadas al caso, sino también desplegar una instrucción que profundice sobre los hechos denunciados con el fin de descartar toda sospecha fundada de delito.

El comportamiento exigible del órgano judicial en modo alguno implica la obligación de admitir o practicar cualesquiera diligencias, sino únicamente aquellas que se evidencien como pertinentes y relevantes a los fines pretendidos. Pero deberá continuar la tarea de investigación mientras, subsistiendo la sospecha fundada de la comisión de los hechos de que se ha tenido noticia y de su relevancia penal, resulte necesario profundizar en su indagación.

(.../...)

La investigación penal requiere en estos casos que la intervención judicial colme dos necesidades muy concretas: (i) emplear cuantas herramientas de investigación se presenten como racionalmente necesarias, suficientes y adecuadas ante toda sospecha fundada de delito, y (ii) evitar demoras injustificadas que puedan perjudicar el curso o el resultado de la investigación, además de la adecuada protección de quien figure como víctima, allí donde dicha protección se revele necesaria».

(STC 87/2020, de 20 de julio. Recurso de amparo 6127-2018. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. BOE 15-8-2020).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Vulneración del principio acusatorio en segunda instancia

«La pena concreta solicitada por la acusación para el delito formalmente imputado constituye –al igual que el relato fáctico y la calificación jurídica en la que aquella se sustenta– un elemento esencial y nuclear de la pretensión punitiva, determinante por ello de la actitud procesal y de la posible línea de defensa del imputado. Obviamente a este ha de informársele ex art. 24.2 CE no solo de los hechos imputados por la acusación y de su calificación jurídica, sino también de las reales y concretas consecuencias penológicas que aquella pretende por la comisión de dichos hechos; esto

es, la pena cuya imposición se solicita. El acusado, ejerce el derecho constitucional de defensa sobre la concreta pena solicitada por la acusación, por los hechos imputados y la calificación jurídica que estos le merecen, y no sobre otra pretensión punitiva distinta, sin que en modo alguno le sea exigible vaticinar y defenderse de hipotéticas y futuribles penas que pudiera decidir el órgano judicial, y que excedan por su gravedad, naturaleza o cuantía de las solicitadas por la acusación. En otras palabras, la confrontación dialéctica entre las partes en el proceso y la consiguiente posibilidad de contradicción frente a los argumentos del adversario, giran exclusivamente, en lo que ahora interesa, en torno a la acusación expresamente formulada contra el imputado, tanto por lo que se refiere a los elementos fácticos de la pretensión punitiva y a su calificación jurídica, como a las concretas consecuencias penológicas, frente a las que aquel ejerce su derecho constitucional de defensa. Así pues, ha de proscribirse la situación constitucional de indefensión que, por quiebra del principio acusatorio, padecería el condenado a quien se le impusiera una pena que excediese en su gravedad, naturaleza o cuantía de la solicitada por la acusación.

La pretensión acusatoria debe constar, además, debidamente exteriorizada, rechazándose las formas tácitas o implícitas como manera de satisfacer el principio acusatorio exigible en cada una de las instancias penales (STC 47/1991, de 28 de febrero, FJ 2, por remisión a la STC 163/1986). Este Tribunal no se refiere con ello a supuestos de simple confirmación de la sentencia de primera instancia, sino a aquellos casos en los que, sin formularse acusación en grado de apelación, sea condenado quien no lo fue en la instancia anterior bien porque no fue acusado, bien porque resultó absuelto (SSTC 163/1986; 53/1987, de 7 de mayo, o 11/1992, de 27 de enero), así como a aquellos casos en los que el Tribunal ad quem agrave la sentencia de instancia sin previa solicitud por alguna de las partes personadas (SSTC 17/1987, de 13 de febrero, y 19/1992, de 14 de febrero). Ahora bien, debe tenerse especial cuidado en no confundir la inexistencia de acusación con la calificación jurídica errónea que hayan podido efectuar el Ministerio Fiscal u otras acusaciones, puesto que el órgano judicial, si así la considera, no estaría vinculado por la tipificación o imputación que en ella se efectúe (SSTC 163/1986, 47/1991 y 11/1992)».

(STC 47/2020, de 15 de junio. Recurso de amparo 3774-2017. Ponente: D.^a María Luisa Balaguer Callejón. BOE 18-7-2020).

ARTÍCULO 24.2

Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable

«[La] Constitución reconoce el derecho a no ser obligado a declarar en el artículo 17.3, en relación con la persona detenida y [...] en el artículo 24.2, con especial referencia, por tanto, al proceso penal, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, derechos estrechamente relacionados con los de defensa y a la presunción de inocencia, de los que constituyen una manifestación concreta (SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2, y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8).

En cuanto al origen y contenido de ambos derechos, hemos explicado que frente al viejo proceso penal inquisitivo (regido por el sistema de prueba tasada en el que el imputado era considerado como objeto del proceso penal, buscándose con su declaración, incluso mediante el empleo de la tortura, la confesión de los cargos que se le

imputaban), en el proceso penal acusatorio el imputado ya no es objeto del proceso, sino sujeto del mismo y, en cuanto tal, 'ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones. Así pues, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable [...] son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo restricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable' (SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6, y 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; en el mismo sentido, SSTC 67/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2, y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8).

Por otra parte, los derechos alegados entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia, en virtud de la cual la carga de la prueba en el proceso penal corresponde a la acusación, sin que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación (SSTC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2, y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8). O, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho a no autoincriminarse 'presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la persona acusada' (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso J. B. c. Suiza, § 64; en el mismo sentido, SSTEDH de 8 de febrero de 1996, caso John Murray c. Reino Unido, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders c. Reino Unido, § 68; de 20 de octubre de 1997, caso Servs c. Francia, § 46; de 21 de diciembre de 2000, caso Heaney y McGuinness c. Irlanda, § 40; de 21 de diciembre de 2000, caso Quinn c. Irlanda, § 40; y de 8 de abril de 2004, caso Weh c. Austria, § 39).

Pero, con una u otra perspectiva, puede afirmarse que el contenido esencial de tales derechos es 'la interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo' (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 6) y el reconocimiento de la necesaria libertad para declarar o no y para hacerlo en el sentido que se estime más conveniente' (STC 142/2009, de 15 de junio, FJ 3).

Por otro lado, estos derechos vienen reconocidos en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966 que, al recoger las «garantías mínimas» de las personas acusadas de un delito en su artículo 14.3, cita entre ellas el derecho «[a] no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable» [letra g)]. Y, aunque es verdad que "este derecho no viene consagrado en el Convenio europeo de derechos humanos de 4 de noviembre de 1950, sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido el derecho de todo acusado en materia penal a guardar silencio y a no contribuir de ninguna manera a su propia incriminación como una garantía integrada en el 'derecho a un proceso equitativo' a que hace referencia el artículo 6.1 CEDH (así, por ejemplo, STEDH de 25 de febrero de 1993, asunto Funke c. Francia). Admitir lo contrario supondría, en consecuencia, vulnerar el derecho de todo acusado a no autoincriminarse (así, por ejemplo, SSTEDH de 25 de febrero de 1993, asunto Funke c. Francia; de 4 de octubre de 2005, asunto Shannon c. Reino Unido; de 11 de julio de 2006, asunto Jalloh c. Alemania; de 19 de junio de 2007, asunto Macko y Kozuval c. Eslovaquia; y de 29 de junio de 2007, asunto O'Halloran y Francis c. Reino Unido), derecho este que se encuentra estrechamente conectado con los derechos a la presunción de inocencia y a la defensa [entre otras,

SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 3 b); 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2; 75/2007, de 16 de abril, FJ 6, y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8] y que impiden que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación (SSTC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2; 75/2007, de 16 de abril, FJ 6, y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8, entre otras).

En suma, [...] es constitucionalmente inadmisibile que [la] falta de colaboración puede tomarse, desde un punto de vista punitivo, como una circunstancia perjudicial a los efectos de determinar su posible responsabilidad penal” (STC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2)».

(STC 181/2020, de 14 de diciembre. Recurso de amparo 5576-2018. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. BOE 26-1-2021).

Presunción de inocencia. Valoración en segunda instancia de agravantes y tipos cualificados

«Se ha consolidado una jurisprudencia constitucional que puede quedar resumida, a los efectos que interesan en este recurso de amparo acumulado, en los siguientes elementos esenciales: (i) es contrario a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo a través de un recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados, para establecer su responsabilidad penal o una agravación de la misma, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse, exponiendo su testimonio personal; (ii) no cabe efectuar ese reproche constitucional cuando la condena pronunciada en la segunda instancia o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una controversia estrictamente jurídica entre los órganos judiciales de primera y segunda instancia, en que no estén implicadas las garantías de publicidad, inmediación y contradicción y para cuya resolución no resulte necesario oír al acusado y, (iii) por lo que se refiere a los concretos supuestos en que la controversia o discrepancias se producen en relación con la concurrencia de los elementos subjetivos necesarios para establecer o agravar la responsabilidad penal, tal enjuiciamiento deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado, ya que forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales.

En relación con esta última cuestión, es de destacar que este Tribunal ha afirmado que “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dejado claro que todo el juicio de inferencia sobre el elemento subjetivo del delito, el ánimo de delinquir, es cuestión de hecho que cuando está articulado a partir de los datos extraídos de pruebas personales, exige la celebración de vista cuando se trata de revocar una sentencia absolutoria o, en su caso, como aquí sucede, empeorar la condena. Esta jurisprudencia resulta de aplicación incluso si el control se hace en casación y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo aduce que no puede celebrar vista, lo que ha traído consigo que precisamente resoluciones del Tribunal Supremo, y de este Tribunal Constitucional que las confirmaban, hayan sido declaradas contrarias al art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, por ejemplo, en las SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España;

20 marzo 2012, asunto Serrano Contreras c. España, o 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris c. España. Estas mismas resoluciones señalan que el derecho a la inmediación supone una vista con práctica de esa prueba personal. Así se afirma que ‘no es posible proceder a valorar jurídicamente la actuación del acusado sin tratar de acreditar previamente la realidad de dicha actuación, lo que implica necesariamente la comprobación de la intención del acusado en relación con los hechos que se le imputan’ (SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España, § 47; o 20 marzo 2012, asunto Serrano Contreras c. España; § 38); que ‘las cuestiones que deben ser examinadas por el Tribunal Supremo necesitan la valoración directa del testimonio del imputado o de otros testigos’ (STEDH 20 marzo 2012, asunto Serrano Contreras c. España, § 40); o que ‘el imputado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho determinante para la valoración de su credibilidad’ (SSTEDH 20 marzo 2012, asunto Serrano Contreras c. España; § 41, o 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris c. España, § 35)” (STC 172/2016, de 17 de octubre).

Igualmente, las SSTC 146/2017, de 14 de diciembre, FJ 7; 36/2018, de 23 de abril, FJ 6; 37/2018, de 23 de abril, FJ 7; 59/2018, de 4 de junio, FJ 3, y 73/2019, de 20 de mayo, FJ 2, inciden en que “en lo referente a la acreditación de los elementos subjetivos del delito, este Tribunal, perfilando el criterio de la STC 184/2009, afirmó ‘que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo –u otro elemento subjetivo del tipo– no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testificales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado’ (STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4). Tal ampliación era el corolario de la recepción, entre otras muchas, de las SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, asunto García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España, § 38. A las que siguieron con posterioridad las SSTEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris y Llop García c. España, y de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España (§§ 41 a 46).

Esta última resolución del Tribunal de Estrasburgo merece una especial referencia. En ella se constata que el Tribunal Supremo, pese a que reprodujo los hechos que habían sido considerados probados en la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, efectúa una nueva valoración de los distintos elementos de prueba que ya habían sido examinados por el órgano de instancia: por una parte, medios de carácter documental y, por otra, testimonios propuestos tanto por la parte acusadora como por los demandantes, así como las declaraciones de estos últimos. Y concluyó que los acusados se habían negado ‘de manera consciente y deliberada’ a acatar la resolución del propio Tribunal Supremo. La STEDH consideró que el Tribunal Supremo procedió a una nueva valoración de las pruebas sin haber tenido un contacto directo con las partes y, sobre todo, sin haber permitido que estas últimas expusieran sus argumentos en respuesta a las conclusiones expuestas. Finalmente, el Tribunal Europeo razonó que el Tribunal Supremo, para llegar a esa distinta interpretación jurídica del comportamiento de los demandantes, se pronunció sobre circunstancias subjetivas que conciernen a los interesados; a saber, que eran conscientes de la

ilegalidad de sus actos. La sentencia entendió que ese elemento subjetivo resultó decisivo en la determinación de la culpabilidad de los demandantes, pues el Tribunal Supremo sí que entendió que hubo intencionalidad por parte de los demandantes sin valorar directamente su testimonio, dato que contradice las conclusiones de la instancia que sí había oído a los acusados y a otros testigos (§§ 41 y 42). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que las cuestiones que debían ser examinadas por el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio de los demandantes. Y habida cuenta de todas las circunstancias del proceso, concluyó que los demandantes fueron privados de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio, estimando en consecuencia, violación del derecho a un proceso equitativo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio (§§ 45 y 46)”.

Por último, el Pleno de este Tribunal también ha establecido en la STC 88/2013, de 11 de abril, que si bien la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías –esté vinculado con la valoración de pruebas practicadas sin las debidas garantías o con no haberse dado al acusado la posibilidad de ser oído– no necesariamente tiene una repercusión inmediata en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia; sin embargo, cuando quede plenamente acreditado con la lectura de las resoluciones judiciales que la condena o agravación de la responsabilidad penal se ha basado de manera exclusiva o esencial en una valoración o reconsideración de hechos obtenidos a partir de una actividad probatoria practicadas sin las debidas garantías, también deberá estimarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, “ya que en tales casos el efecto de exclusión de la valoración judicial de dichas pruebas pondría ya de manifiesto que la inferencia sobre la conclusión condenatoria sería ilógica o no concluyente, consumando de esa manera la lesión del derecho a la presunción de inocencia” (FJ 12). En aplicación de este criterio, en supuestos en que la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías se ha afirmado con motivo de que en la segunda instancia penal se ha establecido o agravado la responsabilidad penal por considerar concurrente elementos subjetivos no apreciados en la instancia, la jurisprudencia constitucional más reciente –incidiendo en que forma parte del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia la obligación de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada y ponderar los distintos elementos probatorios (así, STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 2)– ha concluido que la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cuando la concurrencia de dicho elemento subjetivo “solo podría ser inferida por el órgano judicial de segunda instancia tras escuchar el testimonio de los acusados con publicidad, intermediación y contradicción, pues la ponderación de dichos testimonios es absolutamente esencial para poder inferir de manera concluyente la culpabilidad de los acusados y, muy especialmente, la de su testimonio exculpatario, habida cuenta de la ya señalada obligación derivada del derecho a la presunción de inocencia de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada por aquellos” (SSTC 59/2018, de 4 de junio, FJ 5; 73/2019, de 20 de mayo, FJ 4, o 88/2019, de 1 de julio, FJ 4).

5. Los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia en la aplicación de la agravante de cometer el delito por discriminación ideológica y del subtipo agravado del delito de daños por recaer sobre bienes de uso público en la sentencia de casación. En aplicación de la jurisprudencia constitucional expuesta este Tribunal considera que la agravación de la responsabilidad penal en las resoluciones de casación, derivada de la apreciación de (i) la agravante genérica, aplicada a todos los ilícitos, de cometer el delito por discriminación ideológica (art. 22.4 CP) y (ii) del subtipo agravado del delito de daños por recaer sobre bienes de uso público (art. 263.2.4 CP), ha vulnerado los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al no haberse posibilitado un trámite de

audiencia a los acusados que les hubiera permitido exponer su testimonio exculpatorio con el fin de que fuera debidamente ponderado por el órgano judicial de segunda instancia.

a) Por lo que respecta a la aplicación de la agravante genérica de cometer el delito por discriminación ideológica (art. 22.4 CP), en las actuaciones queda acreditado, como se ha expuesto ampliamente en los antecedentes, que el órgano judicial de instancia, ante el que se había practicado la prueba y tuvo la oportunidad de oír directamente las declaraciones de los acusados, desestimó la aplicación de la agravante genérica de cometer el delito por discriminación ideológica (art. 22.4 CP), argumentando que (i) la pertenencia a diferentes grupos políticos de los autores y las víctimas no permite su aplicación automática, (ii) se exige la prueba de la intencionalidad del autor, elemento de carácter subjetivo relativo al móvil o ánimo específico que ha de inspirar la acción del autor y (iii) que en los relatos fácticos de acusaciones no se recoge referencia alguna a que en los hechos objeto de enjuiciamiento se hubiera producido por discriminación ideológica o política.

Por su parte, el órgano judicial de casación, en virtud de los recursos planteados por las acusaciones y sin previa celebración de audiencia en que pudiera tomar conocimiento directo de lo declarado por los acusados sobre el particular, consideró aplicable esta agravante genérica respecto de todos los ilícitos cometidos por los acusados, argumentando que la conducta desarrollada por estos, tal como se exponía en el relato de hechos probados, lo fue en relación con lo que consideraban un acto de exaltación del movimiento independentista catalán, como se derivaba de las consignas coreadas y de los insultos referidos a la condición de catalanes, “por lo que indudablemente debe inferirse el móvil ideológico como factor guía de la conducta de los acusados” (fundamento de Derecho primero).

Estos antecedentes ponen de manifiesto que (i) las sentencias de instancia y de casación coinciden en considerar necesario para la aplicación de la citada agravante que concurriera un específico móvil en la conducta de los acusados; (ii) la controversia entre los órganos judiciales de instancia y de casación versaba exclusivamente sobre si concurría ese específico elemento subjetivo de actuar con un ánimo de discriminatorio política; (iii) la sentencia de instancia, que había tenido un contacto directo e inmediato con el testimonio de los acusados y con todo el acervo probatorio, negó que hubiera quedado acreditada la existencia de ese ánimo en la conducta de los acusados y (iv) la sentencia de casación, por el contrario, afirmó la existencia de ese ánimo en los acusados, sin haberles dado la posibilidad efectiva de ser escuchados y sin haber tenido contacto directo con cualquier otro acervo probatorio de naturaleza personal. Por tanto, es preciso concluir, de conformidad con lo también interesado por el ministerio fiscal, que se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), ya que esa agravación en la sentencia de casación, aunque se hiciera sin una modificación de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, toma como fundamento para afirmar la necesaria concurrencia del específico móvil discriminatorio en la conducta de los acusados, una revaloración de esos hechos declarados probados, que le estaba constitucionalmente vedada sin un previo trámite de audiencia en que los acusados pudieran dirigirse al tribunal que agravó su responsabilidad penal. En conexión con ello, también debe concluirse la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), dado que la concurrencia de dicho elemento subjetivo del ánimo de cometer el delito por discriminación ideológica no ha sido inferida por el órgano judicial de segunda instancia tras escuchar el testimonio exculpatorio de los acusados, incumpliendo con ello la obligación derivada del derecho a la presunción de inocencia de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada por los acusados.

b Por lo que respecta a la aplicación del subtipo agravado del delito de daños por recaer sobre bienes de uso público (art. 263.2.4 CP), en las actuaciones queda acreditado, como se ha expuesto ampliamente en los antecedentes, que el órgano judicial de instancia condenó por el tipo básico del delito de daños (art. 263.1 CP), al considerar probado que se produjeron daños en la puerta automática de acceso al local en que se estaba desarrollando el acto conmemorativo de la Diada, pero sin hacer ningún tipo de consideración respecto de la naturaleza de ese bien como de uso público a pesar de que había sido expresamente solicitada la aplicación del subtipo agravado por las acusaciones.

Por su parte, el órgano judicial de casación, ante la alegación de la omisión de pronunciamiento sobre esta acusación, en su sentencia consideró concurrente este subtipo agravado, argumentando que el carácter público del inmueble resultaba de diversos textos normativos, siendo también recogido ese carácter público del inmueble y la rotura de la cerradura y daños ocasionados en la puerta de acceso en la sentencia de instancia, lo que aboca a la aplicación del subtipo agravado, ya que el fundamento de esa agravación se halla en el menoscabo de la utilidad pública prestada por los locales o en los perjuicios que ocasiona en el funcionamiento del servicio público a que los bienes se encuentran afectos. En el auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, el órgano judicial de casación, ante la alegación de que la sentencia de casación había omitido valorar la concurrencia de elemento subjetivo relativo al conocimiento por parte de los condenados del carácter público de ese bien, se afirma que “el elemento subjetivo rezumaba en el *factum*”, añadiendo que “es evidente que todos conocían la cualificación del art. 263.2.4: que los daños ‘afecten a bienes de dominio o uso público o comunal’” y “podrían ignorar si el edificio sede de la Delegación del Gobierno de Cataluña, era propiedad de la Generalitat o lo poseía en arrendamiento, pero lo que no podían desconocer es que se estaba dando un ‘uso público’ al inmueble” (fundamento de Derecho primero). Estos antecedentes ponen de manifiesto que (i) el órgano judicial de instancia, que había tenido un contacto directo e inmediato con el testimonio de los acusados y con todo el acervo probatorio, omitió pronunciarse en su sentencia sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos necesarios para poder aplicar el subtipo agravado del delito de daños por recaer sobre bienes de uso público, limitándose a constatar la de los elementos constitutivos del tipo básico; (ii) el órgano judicial de casación, por el contrario, en su sentencia aplicó este subtipo agravado justificando la concurrencia de sus elementos objetivos y en el auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, la del elemento subjetivo referido al conocimiento que tenían los acusados de que el bien dañado era un bien de uso público, y (iii) que la concurrencia de este específico conocimiento por parte de los acusados se afirmó sin haberles dado la posibilidad efectiva de ser escuchados y sin haber tenido contacto directo con cualquier otro acervo probatorio de naturaleza personal. Por tanto, de conformidad con lo también interesado por el ministerio fiscal, es preciso concluir que se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), ya que la aplicación de este subtipo agravado en la sentencia de casación, aunque se hiciera sin una modificación de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, toma como fundamento para afirmar la necesaria concurrencia del conocimiento de la cualidad de los bienes dañados como de uso público por parte de los acusados, una revaloración de esos hechos declarados probados, que le estaba constitucionalmente vedada, sin un previo trámite de audiencia en que los acusados pudieran dirigirse al tribunal que agravó su responsabilidad penal. En conexión con ello, también debe concluirse la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), dado que la concurrencia de dicho elemento subjetivo del conocimiento de la cualidad del bien dañado como de

uso público no ha sido inferida por el órgano judicial de segunda instancia tras escuchar el testimonio exculpatorio de los acusados, incumpliendo con ello la obligación derivada del derecho a la presunción de inocencia de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada por los acusados».

(STC 1/2020, de 14 de enero. Recursos de amparo 3218-2017, 3313-2017, 3331-2017, 3358-2017, 3362-2017 y 3376-2017 (acumulados). Ponente: D.ª. Encarnación Roca Trías. BOE 14-2-2020).

CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 578

Delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas. Vulneración del derecho a la libertad de expresión

«Desde la perspectiva de la exigencia constitucional de ponderar previamente la eventual concurrencia de una conducta susceptible de ser integrada en el ámbito del derecho fundamental a la libertad de expresión, aquella intención, en ausencia de otros factores que puedan ser reveladores respecto de los restantes elementos a que se ha hecho referencia, lejos de constituir una falacia, resulta ser uno de los aspectos indispensables en el análisis, pues su preterición en tales circunstancias hace definitivamente imposible ponderar si el acto comunicativo debe entenderse como realizado en el ejercicio legítimo de aquel derecho.

La posición central que tiene el derecho a la libertad de expresión como regla material de identificación del sistema democrático determina que no solo el resultado del acto comunicativo respecto de los que se puedan sentirse dañados por él, sino también los aspectos institucionales que el acto comunicativo envuelve en relación con la formación de la opinión pública libre y la libre circulación de ideas que garantiza el pluralismo democrático, deben ponderarse necesariamente para trazar el ámbito que debe reservarse al deber de tolerancia ante el ejercicio de los derechos fundamentales y, en consecuencia, los límites de la intervención penal en la materia.

(.../...)

El Tribunal considera que la sentencia condenatoria no ha dado cumplimiento con la necesaria suficiencia a la exigencia de valoración previa acerca de si la conducta enjuiciada era una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, al negar la necesidad de valorar, entre otros aspectos, la intención comunicativa del recurrente en relación con la autoría, contexto y circunstancias de los mensajes emitidos. Esta omisión, por sí sola, tiene carácter determinante para considerar que concurre la vulneración del derecho a la libertad de expresión del demandante de amparo (así, SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 7, y 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3)».

(STC 35/2020, de 25 de febrero. Recurso de amparo 2476-2017. Ponente: D.ª. María Luisa Balaguer Callejón. BOE 26-3-2020).

LEY ORGÁNICA 1/1979, DE 26 DE SEPTIEMBRE, GENERAL PENITENCIARIA

ARTÍCULO 47

Denegación de permiso de salida extraordinario de preso preventivo para ejercer funciones de cargo representativo

«a) La condición parlamentaria del recurrente y, por tanto, el derecho de representación política que conlleva, no son obstáculo para que, cuando concurren las condiciones constitucionales y legales necesarias, pueda acordarse y mantenerse en el tiempo su prisión provisional, pese a las restricciones de diversa naturaleza que le son inherentes [STC 155/2019, de 28 de noviembre, FJ 20 A)].

En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que los derechos garantizados por el art. 3 del protocolo núm. 1 CEDH no son absolutos (STEDH de 30 de junio de 2009, asunto Etxebarria y otros c. España, § 40), sino que pueden estar sometidos a «limitaciones implícitas», disponiendo los Estados de un amplio margen de apreciación al respecto (STEDH de 2 de marzo de 1987, asunto Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica § 52). Descendiendo al concreto supuesto que nos ocupa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene manifestado que el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no prohíbe la aplicación de la medida de privación cautelar de libertad a un diputado o candidato en unas elecciones legislativas ni su mantenimiento en prisión provisional, así como que estas decisiones no implican automáticamente una violación del art. 3 del protocolo núm. 1 CEDH, ni siquiera en el caso de que la privación de libertad fuera considerada contraria al art. 5.3 CEDH (STEDH de 20 de noviembre de 2018, asunto Selahattin Demirtas c. Turquía, § 231).

En aplicación de dicha doctrina, en sentencia de esta misma fecha hemos declarado constitucionalmente legítimo el mantenimiento de la prisión cautelar del demandante (ratificada en auto de 6 de febrero de 2018 por el magistrado instructor de la causa especial núm. 20907-2017 y, al desestimar su apelación, por auto de 20 de marzo de 2018 de la sala de recursos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo) lo que ha dado lugar, en la STC 3/2020, a acordar la desestimación del recurso de amparo núm. 2226-2018. En nuestra resolución hemos apreciado que el mantenimiento de la prisión provisional decretada vino apoyado en indicios de criminalidad basados en datos objetivos, se fundamentó en una finalidad constitucionalmente legítima razonadamente apreciada (conjurar el riesgo de reiteración delictiva concurrente) y supera el juicio de proporcionalidad de la limitación de los derechos fundamentales en juego, tanto la libertad personal como el derecho de representación política que derivaba de su condición de diputado autonómico electo.

Sirva esta primera aproximación para poner de relieve que, pese a que es indudable que la decisión denegatoria de un permiso de salida solicitado por un cargo público para ejercer funciones propias del mismo supone una injerencia en el contenido de su derecho, tal injerencia no puede considerarse en sí misma una vulneración si responde a una finalidad legítima y ha sido exteriorizada en una resolución motivada que tome en consideración los intereses concernidos concluyendo razonadamente en la proporcionalidad de la decisión denegatoria adoptada.

b) Como acabamos de exponer, es la ley la que configura el ejercicio de los derechos aludidos, pero, en términos de ciudadanía, pese a la indudable relevancia

que en una sociedad democrática presenta la representación parlamentaria, no es admisible pretender un régimen legal privilegiado e inmune de los cargos públicos representativos frente a la aplicación de la ley penal, cuando esta actúa en defensa y tutela de intereses dignos de protección.

A lo que se ha de añadir que la situación cautelar privativa de libertad en la que el demandante se encontraba al concurrir a las elecciones autonómicas (lo que se proyectó sobre su pretensión de participar presencialmente en la campaña electoral) y en la que continuaba, una vez elegido, al solicitar los permisos penitenciarios, no le ha supuesto al recurrente la pérdida de su condición de parlamentario ni le ha suspendido en el ejercicio de sus funciones, que en parte ha podido seguir ejerciendo a través del voto delegado, por más que haya introducido severas restricciones en el modo de ejercicio de algunas otras que son características del cargo obtenido, singularmente, las que solo pueden ejercerse de forma presencial, fuera del centro penitenciario. Pero estas últimas restricciones son consecuencia directa de la pérdida de la libertad deambulatoria en que la medida cautelar consiste.

Por tanto, tal y como expresamos en el ATC 55/2018, de 22 de mayo, FJ 5, hemos de reiterar que de la situación cautelar de prisión provisional derivan, de forma indefectible, limitaciones del contenido del derecho a ejercer el cargo público representativo obtenido. Así, pusimos entonces de relieve cómo “parte de las facultades de representación política anejas al cargo, singularmente aquellas que tienen como presupuesto su ejercicio en situación de libertad personal, quedan afectadas, y en algún caso limitadas decisivamente, por la situación de prisión provisional” [STC 155/2019, FJ 20 B)].

(.../...)

En la STC 155/2019, FJ 20, al valorar la proporcionalidad de la prisión provisional, destacamos cómo la posibilidad legal de adoptar en momentos puntuales, y en función de las circunstancias concurrentes, medidas penitenciarias de excarcelación como la solicitada, permite hacer menos gravosa la injerencia de la prisión provisional en el ejercicio de su derecho al cargo representativo. Tal posibilidad fue evaluada como favorable por la sala de recursos del Tribunal Supremo al pronunciarse sobre el mantenimiento de la prisión provisional del demandante y otros investigados en la misma causa penal (auto de 5 de enero de 2018). Pero, como entonces expusimos y hemos reiterado en la sentencia 3/2020 de esta misma fecha al justificar la desestimación del recurso de amparo formulado por el recurrente contra el mantenimiento de su prisión provisional (recurso de amparo 2226-2018), se trata de una facultad legal que ha de ser valorada judicialmente en función de las circunstancias concurrentes en el momento en el que la petición de excarcelación se solicita y de la finalidad que justifica la privación cautelar de libertad. Por ello, como veremos, no son consideraciones de tipo penitenciario, sino procesales y de tutela de los bienes jurídicos afectados por los hechos investigados, las que han de ser valoradas caso a caso para activar este régimen menos restrictivo de protección cautelar del proceso.

(.../...)

5. bre los permisos penitenciarios y su relación con los derechos fundamentales afectados por la privación de libertad. a) Conformando uno de los principios generales que caracterizan nuestro ordenamiento jurídico penitenciario, su ley reguladora [Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria (LOGP)] establece un mandato, dirigido a sus aplicadores, según el cual la actividad penitenciaria se ha de ejercer “respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los

derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza” (art. 3 LOGP). Como consecuencia, con mayor concreción, el mismo precepto establece como corolario que los internos pueden “ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena”.

La norma extiende así su mandato de optimización a los presos preventivos objeto de detención y, al mismo tiempo, establece un límite específico: el ejercicio de estos derechos no será posible cuando no resulte conciliable con la finalidad que ha justificado la privación de libertad.

De su enunciado cabe colegir que, en la medida en que sea materialmente posible, la norma se dirige a hacer compatibles la finalidad de las medidas cautelares y penas privativas de libertad con el resto de los derechos que definen el estatus jurídico en prisión de los internos. No cabe duda de que dichos principios y reglas no son sino expresión legal del art. 25.2 CE, conforme al cual “el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”.

b) Salvo en la STC 87/2005, de 18 de abril –que abordó exclusivamente el derecho de acceso a los recursos en esta materia– este Tribunal no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la relevancia constitucional de los permisos extraordinarios de salida previstos en el art. 47.1 LOGP y regulados en el art. 155 de su reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

Sin embargo, en el ámbito del cumplimiento de las penas privativas de libertad, la jurisprudencia constitucional sí ha abordado diversas quejas relacionadas con los beneficios penitenciarios que, en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, significan acortamiento de condena –ya sea la redención de penas por el trabajo, el adelantamiento de la libertad condicional o la petición de un indulto particular–, o se refieren a la aplicación de previsiones legales que permiten modular la forma en que la ejecución de una privación de libertad se llevará a cabo –permisos ordinarios de salida, clasificación en grado o concesión de la libertad condicional (SSTC 48/1996, de 25 de marzo, 112/1996, de 24 de junio; 2/1997 de 13 de enero; 81/1997, de 22 de abril; 79/1998, de 1 de abril; 163/2002, de 16 de septiembre; 167/2005, de 20 de junio; 320/2006, de 15 de noviembre, y 226/2015, de 2 de noviembre).

En las resoluciones citadas hemos descartado que las vulneraciones denunciadas expresen en sentido propio una vulneración del derecho a la libertad personal establecido en el art. 17 CE, pues existe ya un título legítimo previo que ha justificado su limitación. No obstante, hemos afirmado que, en esos casos que modalizan la forma en que la ejecución de una restricción de libertad se lleva a cabo, debe entenderse reforzado el canon de motivación exigible en relación con el general, que deriva del derecho recogido en el art. 24.1 CE (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3, y 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4). De esta manera, no es suficiente la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales, fundamentadores de la decisión, sino que la motivación debe extenderse a las circunstancias que constitucionalmente justifican la situación de privación de libertad. Son exigibles, por tanto, motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de la libertad contemplada como valor superior del ordenamiento (STC 2/1997, de 13 de enero, FJ 3).

Dicho parámetro constitucional de motivación particularmente riguroso es trasladable por entero a los permisos penitenciarios de salida extraordinarios a través de los que se pretende ejercer funciones propias de un cargo representativo. En atención a la finalidad perseguida en este caso, las decisiones judiciales no pueden dejar de tomar en consideración los intereses concernidos, tanto los que, relacionados con su derecho de participación política trata de satisfacer el solicitante (art. 23 CE), como aquellos otros que justificaron su privación cautelar de libertad.

En todo caso, tanto la existencia de un derecho subjetivo a la obtención de tales permisos como los requisitos y condiciones de su disfrute dependen, ante todo, de los términos en que dicha institución está regulada en la norma legal aplicada. De esta forma, resulta oportuno recoger ahora la dicción literal de los preceptos reguladores: el art. 47.1 LOGP dispone que “en caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, así como por importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas, se concederán permisos de salida, salvo que concurren circunstancias excepcionales”. Por su parte, el art. 155.1 del Reglamento reproduce el enunciado al establecer que “en caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos o de alumbramiento de la esposa o persona con la que el recluso se halle ligado por similar relación de afectividad, así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza, se concederán, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso, permisos de salida extraordinarios, salvo que concurren circunstancias excepcionales que lo impidan”. A las finalidades expuestas se une la asistencia médica extrapenitenciaria, cuando sea precisa (art. 155.4 del Reglamento).

La propia calificación como extraordinarios de este tipo de permisos, su regulación y la puesta en relación con los permisos ordinarios orientados a favorecer la preparación de la vida en libertad de los penados, dan cuenta de una previsión legal dirigida a atender necesidades excepcionales en casos en los que, conforme a los usos sociales, se considera relevante facilitar que, con o sin medidas de seguridad, el interno asista presencialmente a determinados actos de la vida ordinaria.

Tal excepcionalidad no se corresponde con la pretensión de ejercicio continuado de funciones que hayan de realizarse en régimen de excarcelación, pues tal finalidad de ejercicio continuado en el tiempo de funciones, aún si no fuera incompatible con los bienes que la reacción penal protege a través del proceso, habrá de canalizarse, en caso de prisión preventiva, reclamando una atenuación de la tutela cautelar impuesta; o, en caso de cumplimiento de condena, solicitando la progresión de grado con acceso a un régimen de cumplimiento en semilibertad.

No obstante, no es este Tribunal sino a los órganos de la jurisdicción ordinaria a quienes en primer lugar compete determinar en cada caso, atendidas las circunstancias concurrentes, cuáles sean esos otros “importantes y comprobados motivos” que pueden dar lugar a la concesión de permisos extraordinarios. En este aspecto particular, conviene destacar que las resoluciones judiciales impugnadas no niegan la posibilidad abstracta de obtener permisos extraordinarios de salida para ejercer funciones propias del cargo representativo obtenido, sino que, en este caso, la denegación de su autorización se fundamenta en atención a las circunstancias objetivas concurrentes, a la naturaleza de los delitos que se imputan al recurrente y a la apreciación actualizada de riesgo de reiteración delictiva.

A los efectos de nuestro análisis, interesa ahora destacar que, la regulación legal contempla la posibilidad de extender los permisos extraordinarios a los internos preventivos (art. 48 LOGP y art. 159 del Reglamento), pero con un relevante requisito adicional: no es el juez de vigilancia penitenciaria sino el órgano judicial a cuya dis-

posición procesal se encuentre el preso preventivo, quien deberá aprobar dichos permisos con carácter previo a su disfrute.

Dicho requisito adicional pone de manifiesto que las consideraciones de carácter penitenciario no son en sí mismas suficientes para hacer efectivo un permiso extraordinario de salida, sino que, en concordancia con el art. 3.1 LOGP, cualquiera que sea la finalidad que justifique la petición, también cuando se halle conectada con el ejercicio de derechos civiles, políticos, sociales, económicos o culturales, es el Juez o Tribunal de la causa penal en la que se ha decretado la prisión provisional del interno quien ha de valorar si el permiso es o no compatible con el objeto de su detención; esto es, con las finalidades que la legitiman, pues son estos órganos judiciales quienes, por su relación con el proceso de investigación, son también responsables de su tutela.

c En definitiva, el análisis de la queja planteada en amparo debe iniciarse descartando que la obtención de un permiso de salida ordinario o extraordinario constituya parte del contenido de cualquiera de los derechos fundamentales que se ven afectados por la prisión provisional.

No obstante, en la medida en que la autorización de tales permisos a un preso preventivo permite ampliar el status libertatis de sus beneficiarios –siquiera puntual y temporalmente– permitiéndoles con mayor extensión el ejercicio de sus derechos (también el de representación política que ha sido expresamente alegado), su denegación ha de estar fundada en criterios que resulten conformes con el contenido de los mismos y los principios legales y constitucionales a los que está orientada la institución, de forma que pueda ser calificada como proporcionada al interés que la justifica>>.

(STC Pleno -con voto particular- 4/2020, de 15 de enero. Recurso de amparo 2228-2018. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. BOE 14-2-2020. En el mismo sentido, y con el mismo voto particular, SSTC Pleno 3/2020, de 15 de enero, 9/2020, de 28 de enero, 23/2020, de 13 de febrero y 36/2020, de 25 de febrero).

ARTÍCULO 51

Derecho de los reclusos a comunicarse con periodistas. Necesidad de motivar la resolución que desestime la solicitud

«El derecho a expresarse y a comunicar información de los reclusos viene determinado, no solo por el art. 20 CE, sino también por el art. 25.2 CE. Este no constituye únicamente una fuente de limitación o restricción de los derechos fundamentales de los presos, sino que incorpora, además, una cláusula de garantía “que permite preservar, en el ámbito de la relación de sujeción especial que vincula al privado de libertad con la administración penitenciaria a cuyo sometimiento se halla, el ejercicio de los derechos fundamentales que se reconocen a todas las personas en el capítulo segundo del título I CE; bien que aquí ‘con las modulaciones y matices’ recogidas en dicho precepto constitucional” [STC 128/2013, de 3 de junio, FJ 3 y, en el mismo sentido, STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7 b)]. Así, por lo que ahora interesa, dicho precepto exige, según señalábamos en la STC 58/1998, de 16 de marzo (FJ 3) que, cuando de la limitación de un derecho fundamental de un preso se trata y su ejercicio no se encuentra restringido expresa o implícitamente en el fallo condenatorio que condujo a la prisión (como es este el caso), tal limitación se prevea en la ley penitenciaria, que, a su vez, ha de dictarse –no ha de olvidarse– “de acuerdo con la Constitución” (STC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 2).

La reserva de ley prevista en el art. 25.2 CE ha de entenderse en sentido formal, de manera que toda limitación de derechos fundamentales consignada de forma independiente en el reglamento penitenciario ha de considerarse inconstitucional por contraria a la previsión del art. 25.2 CE. Con mayor razón, entonces, a la administración penitenciaria no le está permitido restringir a voluntad los derechos fundamentales durante la ejecución de la pena, pues solo pueden ser limitados mediante ley o sobre la base de una ley.

Esta vinculación positiva de la administración penitenciaria a la legislación en la materia derivada de la garantía contenida en el art. 25.2 CE, viene recogida en el art. 3 RP, en el que se recuerda que “la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley” (apartado primero) y, en cuanto a los derechos de los internos, que estos “solo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las leyes” (apartado segundo).

Tales exigencias resultan aplicables a la denegación de las comunicaciones con profesionales acreditados de la prensa “en lo relacionado con su actividad”, en cuanto que esta supone una limitación de los derechos de expresión e información de los presos, por lo que resulta un presupuesto habilitante inexcusable de dicha denegación una previsión clara y terminante en la legislación penitenciaria, tal y como disponen, respecto a todos los derechos, los arts. 25.2 CE y el 8.2 CEDH (en parecidos términos, en relación con los derechos a la intimidad y a la defensa, STC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5). Dicha previsión legislativa ha de venir justificada, además, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por una “necesidad social acuciante” (STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España, § 31).

(.../...)

Las resoluciones que limiten los derechos de los reclusos, aparte de respetar los límites constitucionales y legales, deberán estar motivadas de manera suficiente y razonable. En la STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4 se insiste en la importancia y necesidad de la motivación de los acuerdos restrictivos de derechos en el ámbito penitenciario, no solo porque ello permite acreditar las razones que justificaron la medida sino, además, porque constituye el único medio para constatar que la ya limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un centro penitenciario, no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva. De este modo, la falta, insuficiencia o irrazonabilidad de la motivación afecta a la propia justificación del supuesto habilitante para la restricción del derecho.

También apuntaba dicha resolución que, la exigencia constitucional de proporcionalidad de la medida, se encuentra en estrecha relación con la exigencia de motivación, cuya importancia recuerda también el art. 71.1 RP a la administración penitenciaria a la hora de adoptar medidas de seguridad. La valoración de la proporcionalidad se descompone, a su vez, en tres juicios: el de idoneidad, sobre la adecuación de la medida para el fin propuesto (que ha de ser constitucionalmente legítimo y estar previsto por la Ley); el de necesidad o subsidiariedad sobre la posibilidad de acudir a otro recurso menos gravoso para el derecho fundamental, y el de proporcionalidad en sentido estricto, sobre la ponderación entre los beneficios o ventajas para el interés general y los perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. En definitiva, se trata de averiguar si las razones esgrimidas justifican realmente la restricción del derecho.

(.../...)

Hemos declarado también (por todas, STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6) que la apelación a un interés general como es el buen orden y la seguridad del establecimiento penitenciario no puede, por sí sola, legitimar una medida limitativa de derechos, pues «si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del

derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia» (STC 37/1989, FJ 7). Para que la limitación de derechos sea constitucionalmente admisible es precisa la existencia de motivos específicos que justifiquen, en el caso concreto, que el interés general se hallaba en peligro, es decir, que existe un conflicto real de intereses entre el ejercicio del derecho por parte del preso y el orden y la seguridad del centro.

(.../...)

Y esto es precisamente de lo que carece la resolución recurrida, en la que no se explicitan motivos “relevantes y suficientes” por los cuales se considera que la seguridad y el buen orden del centro penitenciario se pondrían en peligro de realizarse una nueva comunicación por parte del interno con un profesional de la prensa (en este sentido, STEDH de 21 de junio de 2012, asunto Schweizerische Radio und Fernsehgesellschaft SRG c. Suiza). Tampoco se justifica cómo la falta de explicación por el interno de la finalidad de la entrevista que pretendía llevar a cabo con un periodista podía afectar a dichos bienes jurídicos, ni se hace ninguna mención a los concretos problemas de seguridad que pudieran justificar la finalidad de la medida, ni de las circunstancias individualizadas que permitirían cumplir con dicha finalidad. Se alude, en definitiva, a genéricos motivos de seguridad y buen orden, que no se concretan en relación con las circunstancias particulares del recluso y del centro, de manera que no se aportan los elementos necesarios para hacer posible el juicio de proporcionalidad».

(STC 6/2020, de 27 de enero. Recurso de amparo 6354-2017. Ponente: D.ª. Encarnación Roca Trías. BOE 29-2-2020).

LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 44

Necesidad de que las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial.

«El art. 44.1 LOTC exige, en efecto, identificar el acto que constituye el origen “inmediato y directo” de las “violaciones” de derechos fundamentales que han sido alegadas por los recurrentes (art. 44.1 LOTC). Utiliza, para ello, unos términos literales (“violaciones de los derechos y libertades [...] que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial”) que resultan de la máxima importancia ya que apuntan, con toda evidencia, a que es el acto del poder público el que infringe por sí mismo el derecho fundamental (esto es, el que origina la violación y no el que consuma el perjuicio) el que rige la calificación jurídica del recurso. De ahí que los actos posteriores que contribuyen causalmente a la consumación del gravamen no puedan considerarse el origen inmediato y directo de la violación alegada cuando carecen de contenido decisorio propio o cuando contraen su ámbito de decisión a la no reparación de una violación ya verificada previamente (sin incurrir en ninguna vulneración ex novo). Esto tiene diversas consecuencias en la doctrina de este Tribunal. Así:

a) Cuando, en los hechos de los que trae causa el recurso de amparo, las actuaciones administrativas preceden a las jurisdiccionales, este Tribunal ha declarado que la

violación del derecho fundamental no deja de tener su origen inmediato y directo en el acto u omisión de la administración pública (art. 43 LOTC) por el mero hecho de que los órganos judiciales que intervienen posteriormente en el proceso judicial no hayan procedido a repararla (SSTC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 3; 45/1982, de 12 de julio, FJ 1; 67/1982, de 15 de noviembre, FJ 2; 21/1983, de 22 de marzo, FJ 1; 112/1983, de 5 de diciembre, FJ 1; 63/1989, de 5 de abril, FJ 1; 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 1; 26/1994, de 27 de febrero, FJ 2; y 87/2008, de 21 de julio, FJ 1).

b) A la misma conclusión ha llegado este Tribunal en los casos en los que, a la inversa, son las actuaciones judiciales las que se ven seguidas de actos administrativos posteriores, necesarios para la consumación del gravamen. Así, por ejemplo, tal y como hemos destacado recientemente, el déficit de control judicial de las garantías jurídicas de la extradición debe ser considerada una vulneración con origen inmediato y directo en la decisión judicial que autoriza la entrega extradicional, resolución que ha de ser, por ello, autónomamente impugnada por el cauce del art. 44 LOTC, por más que sea todavía necesario, para la verificación efectiva de la entrega extradicional (como gravamen material en la esfera del afectado), un acto posterior del Consejo de Ministros (STC 104/2019, de 16 de septiembre, FJ 5). Y ello porque, en ese caso, el margen de decisión autónoma y discrecional del Gobierno se sitúa en un ámbito, el político, diverso del puro control jurídico del cumplimiento normativo de las garantías jurídicas de la extradición.

c) Finalmente, cuando la lesión se produce en el ámbito de las actuaciones judiciales, es igualmente el acto que, por su contenido decisorio, “atenta contra los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional por sí mismo” (STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 3) el que resulta relevante para determinar el cumplimiento de las exigencias de oportuna denuncia y debido agotamiento consignadas en el art. 44.1 a) y c) LOTC. También en estos casos hemos considerado, en definitiva, que es la resolución judicial que infringe ab origine el derecho fundamental (y no las resoluciones judiciales desestimatorias de los diversos medios de impugnación utilizados contra ella) la que constituye el “origen inmediato y directo” de la violación alegada (por todos, ATC 200/2010, de 21 de diciembre, FJ 2).

De todo ello se infiere que el nexo jurídico, directo e inmediato, existente entre una decisión judicial y la “violación” que esta causa por sí misma en un derecho fundamental no se ve afectado por la intervención posterior de otro poder público (incardinado en el mismo o en distinto ámbito institucional) que, pese a tener la oportunidad de repararla, nada añade en su decisión a la vulneración ya verificada. Con más motivo todavía queda intacto dicho nexo originario cuando esa intervención posterior constituye un acto debido, puramente reglado».

(STC Pleno 2/2020, de 15 de enero. Recurso de amparo 2115-2018. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. BOE 14-2-2020. En el mismo sentido, STC Pleno 21/2020, de 11 de febrero. BOE 9-3-2020).

ARTÍCULO 44.1A)

Inadmisión del recurso de amparo prematuramente interpuesto contra la decisión que inadmite una recusación

«Este Tribunal ha concluido, de forma reiterada y continua, que la resolución judicial que en una causa penal pone término al incidente de recusación, pese a su finalidad e importancia sobre el desarrollo del proceso penal, no supone el agota-

miento de la vía judicial previa. No solo porque la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 228.3) prevé expresamente que “contra la decisión del incidente de recusación no se dará recurso alguno, sin perjuicio de hacer valer, al recurrir contra la resolución que decida el pleito o causa, la posible nulidad de esta por concurrir en el juez o magistrado que dictó la resolución recurrida, o que integró la Sala o Sección correspondiente, la causa de recusación alegada”, sino porque además, en la fase preliminar del juicio oral, tanto en el procedimiento abreviado como en el proceso ordinario por delito, a través de las cuestiones de previo pronunciamiento —según ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 1982—, es posible hacer valer y obtener la reparación de las supuestas vulneraciones de derechos fundamentales que se aleguen por las partes (ATC 173/1995, de 6 de junio, FJ 2). Desde entonces, en numerosas resoluciones, hemos apreciado la falta de agotamiento de la vía judicial como causa de inadmisión de las pretensiones de amparo que cuestionan directamente la inadmisión o desestimación de los incidentes de recusación planteados, ya sea contra el juez instructor de la causa o contra alguno de los magistrados que integran la Sala de enjuiciamiento (entre otras muchas, SSTC 32/1994, de 31 de enero; 196/1995, de 19 de diciembre; 63/1996, de 16 de abril; 205/1997, de 25 de noviembre; 18/2000, de 31 de enero, FJ 5; así como en los AATC 168/1995 y 173/1995, de 6 y 7 de junio)».

(STC Pleno 10/2020, de 28 de enero. Recurso de amparo 4716-2018. Ponente: D. Alfredo Montoya Melgar. BOE 29-2-2020).

ARTÍCULO 44.1C)

Carácter subsidiario del recurso de amparo. Inadmisión por acudir directamente al recurso de amparo y la falta de invocación previa ante los Tribunales ordinarios

«El hecho de que la resolución judicial pueda ser considerada origen inmediato y directo de la vulneración de un derecho fundamental que los actores invocan como propio (su *ius in officium* previsto en el art. 23.2 CE) lleva únicamente implícita una valoración preliminar positiva de su legitimación *ad causam*, en cuanto “vínculo especial y concreto” entre la posición jurídica que los recurrentes invocan como propia y la resolución judicial que impugnan en amparo (por todas, STC 58/2011, de 3 de mayo, FJ 3). Desde la perspectiva de la demanda, la decisión de prisión provisional constituye, como ya se ha dicho, la única fuente jurídica del menoscabo de las facultades que les asisten como diputados, en particular la de participar personalmente en el debate de investidura cuya celebración estaba prevista para el día 24 de marzo de 2018. Solo la autoridad judicial, al resolver la prisión provisional, pudo valorar, según alegan, la pendencia de dicho debate como circunstancia relevante. Obviamente, si la frustración de ese acto parlamentario afectó a sus facultades más esenciales como diputados, constituyendo un elemento de su *ius in officium*, y si la decisión del órgano judicial constituyó una injerencia ilegítima en este, es una cuestión que pertenece ya al fondo del recurso. A priori, sin embargo, la merma en la esfera jurídica de los actores puede considerarse directamente derivada del acto impugnado, como situación activa suficiente para sustentar la legitimación *ad causam* de los recurrentes.

Cuestión distinta es, sin embargo, la de determinar si quien invoca válidamente un derecho o interés legítimo, como situación jurídica activa, ha debido actuar previamente en el proceso judicial para poder interponer válidamente el recurso previsto en el art. 44 LOTC, evaluación esta (de la llamada legitimación *ad procesum*) que viene determi-

nada por lo preceptuado en el art. 46.1 b) LOTC, según el cual están legitimados “quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente”, dicción legal que la doctrina de este Tribunal viene interpretando inequívocamente, ya desde la temprana STC 4/1982, de 8 de febrero, FJ 1, que comprende también a quienes, habiendo debido ser parte en el proceso judicial, no han llegado a serlo por causa que no les sea imputable (*ex multis*, SSTC 46/1982, de 12 de julio, FJ 4; 60/1982, de 11 de octubre, FJ 3; 86/1984, de 27 de julio, FJ 1; 83/1985, de 8 de julio, FJ 2; 67/1986, de 27 de mayo, FJ 3; 38/1987, de 1 de abril, FJ 1, y 235/1997, de 19 de diciembre, FJ 2). Esto supone, más concretamente, que la falta de intervención previa en el proceso judicial antecedente no puede resultar de la inactividad o negligencia de los propios recurrentes (por todos, ATC 53/1981, de 3 de junio).

La exigencia de legitimación procesal prevista en el art. 46.1 b) LOTC, según la cual solo pueden acceder al recurso de amparo quienes hayan sido “parte” en el proceso judicial previo, se solapa, en el caso que nos ocupa, con el deber que pesa sobre los recurrentes de cumplir con ciertas cargas que aseguran la subsidiariedad del recurso de amparo. La regla especial de legitimación procesal prevista en el art. 46.1 b) LOTC conecta, en efecto, con las letras a) y c) del art. 44.1 LOTC, que expresan el principio general de subsidiariedad del recurso de amparo, pues, si no se ha intervenido o no se ha intentado intervenir en el proceso judicial previo, va de suyo que la vulneración del derecho fundamental no ha sido denunciada, ni se ha combatido esta a través de los medios de impugnación pertinentes.

Hay que tener en cuenta que la letra c) del art. 44.1 LOTC exige, en particular, la denuncia temporánea de la vulneración del derecho fundamental. Y a ella se suma la exigencia del art. 44.1 a) LOTC de que “se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial”, requisito este que se desdobra, a su vez, en dos cargas procesales: (i) la de utilizar las diversas impugnaciones previstas en la legislación procesal aplicable para combatir la resolución judicial a la que se atribuye la vulneración del derecho fundamental, de suerte tal que no basta con denunciar [art. 44.1 c)] dicha violación sino que esta debe, además, combatirse siguiendo el iter procedimental (la cadena de recursos idóneos) previsto en el ordenamiento; (ii) la de acudir al recurso de amparo solo cuando dichas impugnaciones ya han sido resueltas por el órgano judicial competente, de modo que la vía de amparo no sea utilizada prematuramente, cuando la tutela del derecho fundamental aún puede ser obtenida de los órganos del Poder Judicial, guardianes naturales de los derechos de los ciudadanos (por todas, STC 129/2018, de 12 de diciembre, FJ 4 y 5).

El recurso de amparo cumple, con ello, un rol subsidiario: solo opera cuando la lesión del derecho fundamental ha sido oportunamente denunciada, poniéndose en conocimiento del órgano judicial competente, y cuando se han utilizado para combatirla los diversos medios de impugnación disponibles, que han resultado desestimados por los órganos del Poder Judicial.

(.../...)

No realizaron, sin embargo, ningún acto tendente a facilitar esa audiencia, pues no trataron de personarse en el procedimiento, a efectos de defender los derechos que podían resultar comprometidos, ni tampoco comparecieron ante el juez para denunciar la injerencia en sus derechos de participación política (art. 23.2 CE), al objeto de que el órgano judicial pudiese ponderar dicha circunstancia (esto es, no trataron ni tan siquiera de ser oídos en su condición de terceros afectados por la decisión judicial que pudiera adoptarse).

Permanecieron, por tanto, pasivos ante la lesión de sus derechos, denunciándola directamente ante el Tribunal Constitucional. Han incurrido, así, en una manifiesta contradicción: entienden en su demanda que el órgano judicial tenía imperativamente que oírles en el proceso a quo, pero han omitido en aquella vía judicial cualquier actuación tendente

a facilitar esa audiencia y a remediar, por tanto, dentro de aquel cauce ordinario, la posible lesión de sus derechos fundamentales».

(STC Pleno 2/2020, de 15 de enero. Recurso de amparo 2115-2018. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. BOE 14-2-2020. En el mismo sentido, STC Pleno 21/2020, de 11 de febrero. BOE 9-3-2020).

ARTÍCULO 49.1, *in fine*

Justificación de la especial trascendencia constitucional por incumplimiento reiterado por los Tribunales de la doctrina constitucional

«En el presente caso la Sala Segunda de este Tribunal decidió la admisión de estos recursos de amparo ahora acumulados al apreciar que concurre en los mismos dicha especial trascendencia constitucional como consecuencia de que la doctrina sobre el derecho fundamental que se alega podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental. Al haber sido muy numerosas las invocaciones de derechos fundamentales realizadas en las diversas demandas, es preciso aclarar que la concreta doctrina que se considera que podría estar siendo incumplida de modo general es la establecida por el Pleno de este Tribunal Constitucional en la STC 167/2002, de 18 de diciembre, FFJJ 9 a 11, según la cual el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción. Esta jurisprudencia ha sido posteriormente complementada por la STC 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3, señalando que, en aquellos casos en los que se condena en segunda instancia, revocando una previa absolución, o se agravan sus consecuencias, debe igualmente atenderse a la eventual exigencia de la audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa (art. 24.2 CE). En aplicación de esta doctrina, son muy numerosas las sentencias que ha debido dictar este Tribunal en la materia, bien constatando este incumplimiento (SSTC 125/2017, de 13 de noviembre; 73/2019, de 1 de julio, y 88/2019, de 1 de julio), bien con fundamento en la necesidad de aclarar algunos aspectos (SSTC 146/2017, de 14 de diciembre; 36/2018, de 23 de abril; 37/2018, de 23 de abril; 59/2018, de 4 de junio) o en ambos conjuntamente (STC 105/2016, de 6 de junio). Igualmente, son reiteradas las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pronunciadas en los últimos años en que se ha apreciado la vulneración del art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos en esta materia (SSTEDH de 8 de octubre de 2013, asunto Nieto Macero c. España; de 8 de octubre de 2013, asunto Román Zurdo y otros c. España; de 12 de noviembre de 2013, asunto Sainz Casla c. España; 8 de marzo de 2016, asunto Porcel Terribas y otros c. España; 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España; o 24 de septiembre de 2019, asunto Camacho Camacho c. España)».

(STC 1/2020, de 14 de enero. Recursos de amparo 3218-2017, 3313-2017, 3331-2017, 3358-2017, 3362-2017 y 3376-2017 (acumulados). Ponente: D.^a Encarnación Roca Trías. BOE 14-2-2020).

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 539

Posibilidad de modificar la situación personal en cualquier momento del procedimiento

«Conforme a una reiterada doctrina constitucional, las decisiones sobre la situación personal son susceptibles de replanteamiento en cualquier momento, de manera que el efecto de su firmeza queda relativizado, pues “ni la situación de prisión preventiva, ni la de libertad provisional, ni la cuantía de la fianza que permite acceder a la misma, constituyen situaciones jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables, sino que, de conformidad con lo previsto en el art. 539 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), los autos de prisión y libertad provisionales serán reformables durante todo el curso de la causa. Dicho precepto faculta, indiscutiblemente, a los órganos judiciales a modificar una situación anterior (de prisión o de libertad) ‘cuantas veces sea procedente’ y a modificar la cuantía de la fianza ‘en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio’. Como recordábamos en la STC 66/1997, de 7 de abril, FJ 1, la incidencia del paso del tiempo en el sustento de la medida de prisión provisional ‘obliga a posibilitar en todo momento el replanteamiento procesal de la situación personal del imputado y, por así expresarlo, a relativizar o circunscribir el efecto de firmeza de las resoluciones judiciales al respecto con la integración del factor tiempo en el objeto del incidente’. La particular característica de que los autos referidos a la situación personal del imputado no alcancen en ningún caso la eficacia de cosa juzgada (ATC 668/1986, de 30 de julio, FJ 1) conlleva que las partes puedan reiterar sus peticiones en esta materia –por más que hubieran sido ya total o parcialmente denegadas–, obligando al juzgador a realizar una nueva reflexión sobre la cuestión ya decidida. Esta facultad de las partes de reiterar su pretensión –aun después de haber agotado los posibles recursos– no está supeditada por la ley al advenimiento de nuevos hechos en el curso del proceso, ni aun siquiera a la aportación de nuevos elementos de juicio o argumentaciones distintas de las que ya hubieran sido expuestas con anterioridad.

Naturalmente, sin perjuicio de la referida facultad de las partes, el art. 539 LECrím no proporciona cobertura a modificaciones arbitrarias de la situación personal del imputado, por lo que en última instancia será necesario que la decisión judicial sí tenga su sustento en el acaecimiento de nuevas circunstancias en el curso del proceso, en la valoración de alegaciones no formuladas con anterioridad, o incluso en una reconsideración –plasmada en la resolución judicial– de las circunstancias ya concurrentes pero que, a juicio del propio órgano judicial, fueron erróneamente apreciadas en la resolución que se modifica” (STC 66/2008, de 29 de mayo, FJ 3)».

(STC Pleno. Sentencia 3/2020, de 15 de enero. Recurso de amparo 2226-2018. Ponente: D. Alfredo Montoya Melgar. BOE 14-2-2020).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal y Criminología
UNED

ART. 16 CP

Tentativa de delito: sobre su aplicabilidad en los delitos de peligro abstracto.

La punibilidad de la tentativa en la comisión de los delitos de peligro en abstracto ha sido históricamente cuestionada por un sector de la doctrina que entendía que, o bien la acción generaba un peligro potencial para el bien jurídico, en cuyo caso el delito estaba consumado, o bien no se llegaba a crear peligro alguno, en cuyo caso se trataba de una actuación impune. Sin embargo, el punto de vista según el cual el fundamento de la punición de la tentativa reside únicamente en la exposición del bien jurídico a un peligro relevante (teorías objetivas) ha sido seriamente cuestionado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que admite la punibilidad de las tentativas inidóneas-no supersticiosas (SSTS 4-4- 2007, 7-6-2004, 13-3-2000, 21-6-1999).

Tampoco las teorías puramente subjetivas resuelven de forma convincente el problema de la fundamentación de la punibilidad de la tentativa, pues si se «toma como punto de partida, no ya la puesta en peligro del bien jurídico, sino la comprobación de una voluntad hostil frente al Derecho» no es posible explicar por qué razón las tentativas supersticiosas o irreales no son punibles.

En la actualidad, sin ser una cuestión pacífica, se viene defendiendo que la fundamentación de la punición de la tentativa debe ser derivada de un criterio mixto. De una parte, se afirma que la tentativa es punible porque quién inicia la ejecución del delito exhibe una voluntad contraria a la norma, pero la punibilidad de esta manifestación de voluntad requiere además que «por su causa pueda ser minada la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico y resultar dañados el sentimiento de seguridad jurídica y, con él, la paz jurídica» (teoría de la impresión); y, de otra, se afirma que el fundamento de la punición debe residenciarse también en que la acción del autor ponga de manifiesto una infracción de la norma, si bien debe tratarse de una norma verdaderamente existente (teoría de la desobediencia a la norma). Es decir, lo decisivo es «si el autor obró o no, según un juicio racional, es decir, expresando desde su perspectiva, un proceder que racionalmente hubiera podido vulnerar la norma».

Pues bien, desde cualquiera de estas perspectivas no existe inconveniente alguno para caracterizar como tentativa punible la realización de una conducta que es racio-

nalmente idónea para producir como resultado inmediato la generación de un riesgo potencial abstracto y prohibido, cuando por circunstancias casuales y ajenas al propio autor la creación de ese riesgo no llega a producirse o concretarse.

La jurisprudencia ya ha resuelto afirmativamente el problema de la punibilidad de la tentativa en los delitos de peligro en abstracto, como muestra el examen de la cuestión con relación a los delitos contra la salud pública (SSTS 5-3-2001, 13-3-2000, 23-7-2010), cuya naturaleza no puede ser puesta en duda.

4. Este Tribunal ha interpretado el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, tipificado como delito de peligro abstracto (y no de idoneidad o de aptitud) por lo que resulta necesario verificar el riesgo generado. En su aplicación no se considera suficiente el simple hecho de conducir vulnerando la normativa administrativa por superar la tasa de alcohol en sangre permitida (que con base en el principio de precaución sería suficiente), sino que se exige además «que la concreta conducta del acusado haya significado un indudable riesgo para los bienes jurídicos protegidos (vida, integridad física de las personas, seguridad del tráfico)». Se remite de este modo a una verificación de la peligrosidad de la conducción en consideración a todas las circunstancias en que se produce.

(...) El tipo penal del art. 379 quedará, pues, descartado y se considerará atípica la conducta cuando esa posibilidad de afectación concreta del bien jurídico (desvalor potencial de resultado) quede excluida de antemano al no ser factible, desde una perspectiva *ex ante*, que se acaben poniendo en peligro con la conducción bienes jurídicos de ninguna índole.

(...) En el supuesto ahora analizado, se evidencia una tasa de alcohol por encima de la prevista en el artículo 379.2 del CP, lo que hace presumir, con presunción legal, tanto su incapacidad para manejar un vehículo de motor como la peligrosidad de su acción de conducir, sean cuales sean las circunstancias concretas –0,74 y 0,76 miligramos de alcohol por litro de aire expirado en las dos mediciones prácticas–, además, de la sintomatología compatible con un estado de embriaguez. Pero estamos ante un problema de tipicidad, el recurrente aduce que al no consumarse el delito –ausencia de conducción– no puede afirmarse que la conducta llevada a cabo por el mismo sea típica, quedando extramuros del derecho penal.

(...) Partiendo de lo anterior, y respetando la ausencia de conducción que la Sala declara acreditada, debemos preguntarnos si los hechos declarados probados integran la tentativa del delito por el que viene condenado el recurrente, y si esa forma imperfecta es viable en los delitos de riesgo abstracto.

En el tema planteado la solución dada por Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales es contradictoria, así a favor de la posibilidad de aplicar la tentativa encontramos, entre otras, las SSAP de Barcelona (Sección 2) 246/2019, de 9 de julio, o la de Tenerife (Sección 2) 437/2010, de 25 de noviembre, y en contra, considerando la conducta atípica las SSAP de Gerona 690/2014, de 5 de diciembre y de Tarragona 324/2012, de 28 de junio. Por otro lado, este Tribunal no se ha pronunciado expresamente al respecto, lo que conforme apuntábamos en la sentencia 652/2019, de 8 de enero, implica interés casacional.

Si bien es cierto que en la Jurisprudencia de este Tribunal no existe una resolución expresa sobre la cuestión planteada, sí encontramos un pronunciamiento *obiter dicta* al respecto en la sentencia 436/2017, de 15 de junio, cuando, tras afirmar que sin movimiento no hay conducción, sin que sea necesaria una relevancia de esas coordenadas, ni una prolongación determinada del trayecto, considerando que los actos de aparcamiento o desaparcamiento, o desplazamientos de pocos metros del vehículo colman ya las exigencias típicas, la Sala añadió «más allá de que algunos casos muy singulares y de poco frecuente aparición en la praxis de nuestros tribuna-

les (el vehículo no consigue ser arrancado pues se cala tras el intento de ponerlo en marcha; desplazamiento nimio por un garaje particular...) puedan ser ajenos al tipo penal por razones diversas que no son del caso analizar ahora». Del citado pronunciamiento, la conclusión que se extrae, es que los intentos de conducción deben ser considerados atípicos.

6. Según lo expuesto, debemos entender que la conducta será delictiva si concurren los dos elementos que integran la comisión de este delito de peligro abstracto, la conducción del vehículo de motor y ciclomotor, y el resto de presupuestos del tipo objetivo: determinada tasa de alcohol en aire espirado o acreditación de que el conductor se hallaba bajo la efectiva influencia de las bebidas alcohólicas. Pero, además, se requiere para que ello sea así, una peligrosidad real para usuarios potenciales que ha de determinarse mediante un juicio hipotético, peligrosidad que se puede identificar con la idoneidad de la acción.

Para la resolución de la cuestión planteada debemos partir de que en el delito del art. 379 se anticipa la tutela penal, lo que implica una expansión de la acción del ordenamiento punitivo que pretende adelantarse a la generación de riesgos manifiestos, lo cual ya es de por sí controvertido, la punición de la tentativa en este delito desnaturaliza definitivamente la tutela penal, hasta llevara a hipótesis irracionales por exceso, porque estamos precisamente ante el castigo de la fase previa a la real afectación del bien jurídico, mediante un juicio de idoneidad ex ante, sin desvalor del resultado, ya que todas las tentativas punibles son ex ante peligrosas, aunque ex post todas ellas se revelen incapaces de consumación.

La doctrina más destacada ha puesto de relieve que en el delito de peligro abstracto del art. 379 del CP con la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas los bienes individuales que entran en el radio de posible eficacia causal de la conducta son concretos al ser identificables (la vida y la salud de las personas) pero lo que sucede es que no hay objeto material al no recaer la conducta físicamente sobre la vida o la salud de ninguna persona concreta, así pues, lo que falta en este delito al igual que en la tentativa inidónea no es un bien jurídico individual sino un objeto material aptos para operar como sustrato material del interés tutelado. Así mismo apuntan que es equiparable la estructura objetiva de los delitos de peligro abstracto con la de la tentativa inidónea, lo que dificulta la tarea de apreciar tentativa en ellos, por cuanto la punición de una «tentativa de una tentativa inidónea», o la punición del «riesgo del riesgo» llevaría al castigo de una conducta ex ante no objetivamente peligrosa para ningún interés individual.

Sobre la base anterior, y partiendo de que al Derecho Penal solo le compete la protección de los ataques más graves contra los intereses socialmente más relevantes, que los delitos de peligro abstracto del art. 379 del CP, suponen un nuevo marco penal, como instrumento preventivo que tipifica infracciones formales, que pueden entrar en fricción con principios básicos del Derechos Penal: lesividad, proporcionalidad, intervención mínima..., y que, especialmente el legislador ha convertido en delitos consumados de peligro conductas que pudieran ser punibles como tentativa, debemos concluir afirmando que en este tipo de delito no cabe la tentativa, sin que las teorías sobre la autonomía de los bienes jurídicos supraindividuales pueda llegar al extremo de permitir confeccionar una tentativa de un peligro abstracto cuando, como ocurre en el presente caso, la conducta peligrosa para el valor supraindividual sea inofensiva para el valor individual, nos encontraríamos, ausente la propia posibilidad de imputación objetiva, ante un supuesto de una tentativa irreal.

En consecuencia, en el caso analizado, la conducta descrita en el relato fáctico es atípica, sin que quepa una punición del «riesgo del riesgo», entendemos que, supuestos como el analizado o similares, tales como entrar en un vehículo o subirse a un

ciclomotor, sin llegar a accionarlo, sin llevar a cabo alguna conducta relativa al verbo típico «conducir», no puede considerarse como tentativa del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, por muy alta que sea la tasa de alcoholemia en el sujeto, ya que lo decisivo sobre esta forma imperfecta es la realización de actos de conducción, no que el sujeto se encuentre bajo los efectos de estas sustancias.

Los actos previos llevados a cabo por el acusado –alquilar desde su terminal móvil una motocicleta, sacar el ciclomotor del estacionamiento y ponerse el casco reglamentario–, sin conducir o circular con el mismo, son actos preparatorios impunes, ya que no se trata de actos que inciden directamente en la realización del verbo activo que rige la figura delictiva «conducir».

(STS 48/2020, de 11 febrero)

ART. 31 BIS CP

Responsabilidad penal de las personas jurídicas: los compliance son un conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa, con la finalidad de implementar un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y en su caso exonerar a la empresa de responsabilidad penal.

No debe entenderse que en el caso ahora analizado existiera una «autopuesta en peligro» por el hecho de la confianza depositada en la recurrente por los socios, ya que ello lo que integra es una agravación, precisamente, por ese abuso de las relaciones personales que da lugar a que estos no sospecharan de ella en las operaciones y documentos que presentaba a la firma, por cuanto creían en su honestidad y corrección, hasta que un examen detallado de las operaciones llevadas a cabo durante el periodo en el que se suceden los hechos da lugar a detectar los desplazamientos patrimoniales llevados a cabo por la recurrente. Cierto y verdad es que, como luego destacaremos, los excesos de confianza pueden dar lugar a situaciones como la aquí ocurrida, o, también, no disponer de un programa de *compliance* normativo en la empresa que hubiera evitado estos hechos durante largo tiempo.

Este último es un tema interesante que irá surgiendo en el desarrollo de esta filosofía de exigir a las empresas implantar estos modelos de *compliance* para evitar la denominada «autopuesta en peligro» que pueda suponer que directivos o personas con apoderamientos expresos para realizar funciones como la aquí desplegada, puedan encontrar facilidades para llevar a cabo estas conductas de falsedad en documentos mercantiles y estafas en concurso medial. No disponer de estos modelos de *compliance* lo que genera en los casos de la delincuencia ad extra de directivos y empleados ex art. 31 bis CP es su responsabilidad penal, pero no podemos concluir que la carencia de estos programas provoca la exoneración de responsabilidad en casos de estafa por haber sometido a la propia empresa a la autopuesta en peligro que desplaza el «engaño bastante» a la víctima del delito, pero sí hay que insistir en que estos programas de *compliance* reducen el riesgo de que ello ocurra y con el paso del tiempo debe existir la extensión de esta filosofía de uso para autoprotgerse de este tipo de situaciones en donde se comprueba una mayor facilidad para perpetrar este tipo de actos de falsedad de documento mercantil y estafa.

Así pues, la ausencia de un *compliance ad intra* en el sector empresarial provoca la existencia de estos delitos de apropiación indebida, estafa, administración desleal y falsedades, como consta en las dos sentencias de esta Sala antes citadas al no poder concebirse la obligación del art. 31 bis y ss. CP desde el punto de vista *ad extra* tan solo, para evitar esa responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que el sector empresarial debe ser consciente de que el modelo del cumplimiento normativo lleva consigo una evitación de los tipos penales antes citados al hacer desaparecer los modelos tradicionales de confianza y relaciones personales que en el seno de una empresa degradan «el debido control» entre los órganos operativos que deben ejecutar decisiones en la empresa, tanto gerenciales, y de administración, como económicas y de pagos y cobros, porque está acreditado que la relación de los mecanismos de control en la empresa y el exceso en la confianza por las relaciones personales puede dar lugar en algunos casos a abusos que den lugar a que si la ausencia de control es prolongada, como aquí ha ocurrido, el resultado de la responsabilidad civil sea elevado. Tan es así, como la propia recurrente argumenta en su defensa la elevada suma que se le reclama, y cómo era posible la falta de detección del desfase, lo que, precisamente, viene motivado por esas relaciones personales, hasta que una auditoría detecta estas irregularidades que, finalmente, son denunciadas.

Estos tipos penales antes citados se dan con frecuencia en el sector empresarial auspiciados, precisamente, por la ausencia de mecanismos de control ajenos y extraños a los que conforman la relación entre sujetos que se aprovechan de esas relaciones personales y aquellos que les facultan y autorizan para realizar operaciones que entrañan riesgo para la empresa por la disponibilidad económica y de gestión de quienes los llevan a cabo. Precisamente, el *compliance ad intra* ajeno a esas relaciones personales y de confianza entre concedentes del poder y sus receptores evitaría, o disminuiría el riesgo de que estas situaciones se produzcan en el seno de las empresas.

Con el *compliance ad intra* en el seno de la empresa estas situaciones que aquí se han dado resultan de un alto grado de imposibilidad de ejecución, ante los controles que en el cumplimiento normativo existen y, sobre todo, de un control externo, aunque dentro de la empresa, pero ajeno a los propios vínculos de confianza interna que existen que son los que facilitan, al final, estos ilícitos penales.

En consecuencia, de la misma manera que en esta sentencia antes citada de la Sala se apuntaba que la alegada «autopuesta en peligro» de no existir fuertes mecanismos de control que puedan detectar y poder controlar y evitar estos fraudes que se cometen con frecuencia no exonera de responsabilidad hay que insistir en que el defecto en el cumplimiento normativo de detección de situaciones fraudulentas en las que las empresas pueden ser víctimas de estafas, como en este caso ocurrió, no supone una especie de «pasaporte» que permita a quienes diseñen y orquesten un mecanismo orientado al fraude que sean exonerados de responsabilidad, porque cosa distinta es la necesidad de mentalizar al sector empresarial que active los protocolos de detección de las estafas basadas en la confianza previa en relaciones contractuales anteriores sin el componente del fraude, y otra que estas conductas probadas engañosas queden impunes.

No puede configurarse la ausencia de mecanismos de protección, o el exceso de confianza en las relaciones contractuales, como un «cheque en blanco» para la ejecución de delitos patrimoniales. Y menos aun cuando la confianza está generada, como aquí ocurrió, en las relaciones previas en las que no se habían dado los hechos de estafa en las relaciones comerciales, lo que denota un «aprovechamiento» de esa confianza en la relación inter partes que, en cualquier caso, viene a ser terreno abonado para facilitar la estafa, y sin que el «relajamiento» de las condiciones de control en las operaciones lleve consigo la anulación de los elementos del tipo penal de la estafa.

Decir lo contrario determinaría la impunidad de quienes mantienen contratos cumplidos para generar confianza y que en un determinado momento inician el *modus operandi* basado en el engaño bastante, aunque guiados por ese fortalecimiento en esa relación por la confianza guiada por el «previo cumplimiento».

Pero la inexistencia de lo que podríamos denominar «coraza protectora ante las estafas» que puede generar el *compliance ad extra* en estos casos puede conllevar la exoneración de responsabilidad. Lo denominamos *compliance ad extra*, por cuanto supone la implementación de medidas de autoprotección empresarial ante la delincuencia que se origina desde fuera de la empresa hacia la perjudicada, o, también, desde la propia empresa hacia fuera, lo que, a su vez, es lo que genera responsabilidad penal de la persona jurídica si no existe un adecuado programa de cumplimiento normativo debidamente implementado ex art. 31 bis CP.

No obstante, en el presente caso se trató de una delincuencia *ad extra* de la empresa perjudicada que actuó sobre la misma basada en la confianza generada, y que ante el carácter bastante del engaño no pudieron actuar los mecanismos en la empresa de detección del fraude que se había generado, por medio del *modus operandi* descrito con claridad en el hecho probado generador de la estafa perpetrada. No puede, pues, imputarse, a la mercantil perjudicada que no perfeccionara mejor sus mecanismos de diligencia en la detección del fraude como vehículo conductor determinante de una exoneración de responsabilidad penal que se demanda, ya que la ausencia de estos mecanismos de control y la reiteración de este *iter* delictivo que se repite con frecuencia lo que debe llevar al sector empresarial es a acentuar y potenciar estos mecanismos de control interno y externo de estas conductas, pero no a facilitar la impunidad de quienes las cometan.

(STS 109/2020, de 11 marzo)

ART. 140 CP

Asesinato: condena por la muerte a más de dos personas; la aplicación del art.140.2 CP supone que todas las muertes que pueden constituir otros asesinatos sean castigados de forma independiente sin infringirse el principio non bis in ídem, no apreciándose en caso alguno por todas las muertes la única pena de prisión permanente revisable.

El art. 140.2 del CP –a juicio de la defensa– constituye un tipo específico que subsume la penalidad de los tres delitos cometidos previamente, para no vulnerar el principio *non bis in ídem*. La opción contraria implicaría que un hecho sea castigado con su pena correspondiente –25 años– y al mismo tiempo sea valorado para el castigo del cuarto hecho. Y éste habría sido el error que ha lastrado la respuesta penal asociada a los hechos imputados a Santiago. Se trata de una prisión permanente revisable –no de la suma de cuatro penas de 25 años, cuyo límite de cumplimiento sería 40 años, en virtud del art. 76 del CP– cuya revisión se atrasaría, en virtud del art. 78 bis del CP.

El motivo no puede prosperar.

Son muchas las cuestiones suscitadas por la nueva regulación del delito de asesinato introducida por la reforma de la LO 1/2015, 30 de marzo. Algunas de ellas van a ser objeto de examen al analizar el recurso promovido por la acusación particular, apoyado por el Ministerio Fiscal. Que entre esas cuestiones ocupa lugar especial la

incidencia que esa ruptura histórica con la definición del delito de asesinato puede tener en el ámbito de prohibición del de *non bis in ídem*, es algo que evidencia el interés dogmático y el altísimo tono crítico con el que esa modificación ha sido recibida. No vamos a abordar, por exceder de los términos en que el motivo ha sido formalizado, si la condena por más de tres delitos contra la vida exige que aquellos tengan que ser calificados como constitutivos de un delito de asesinato, no bastando, por ejemplo, la previa condena por homicidio. Tampoco centrará nuestra atención el debate acerca de si esas condenas tienen que haber sido dictadas en el mismo procedimiento o pueden haber sido impuestas en distintas causas penales y, en este último caso, si precisarían algún elemento de conexión que hubiera hecho posible el enjuiciamiento conjunto.

Sea como fuere, la invocación que hace la defensa del principio *non bis in ídem* y su concreta proyección sobre el supuesto que nos ocupa –que, a su juicio, debería llevar a la imposición de una única pena de prisión permanente revisable– no es aceptable. La Sala no quiere adentrarse en el debate criminológico y de política legislativa acerca del acierto o desacierto de la reforma. Tampoco en la llamada de atención de quienes han advertido de que la individualizada criminalización del asesino en serie, encierra en realidad una indeseable querencia de nuestro sistema penal por el Derecho penal de autor, más que por el Derecho penal del hecho. En nuestra sentencia STS 716/2018, 16 de enero, ya se contienen algunas consideraciones, a manera de *obiter dicta*, de elevada censura respecto de la oportunidad y justificación de la reforma. A lo que nos obliga ahora el motivo formalizado por la defensa es a un pronunciamiento acerca de si la penalización individualizada de cada uno de los asesinatos desborda la medida de culpabilidad.

Y ya anticipamos que la Sala considera que no existe tal vulneración.

No la hemos declarado en otros supuestos en los que el legislador admite la valoración de unos hechos anteriores como presupuesto para la agravación de la pena. Así sucede, por citar solo uno de los muchos ejemplos posibles, con el delito de maltrato habitual previsto y penado en el art. 173.2 del CP (*Cfr.* SSTS 645/2004, 14 de mayo; 320/2005, 10 de marzo o 580/2006, 23 de mayo, entre otros muchas). Pero aun admitiendo la sustancial diferencia entre uno y otro término de comparación, lo cierto es que los asesinatos previos han de castigarse conforme a los arts. 139 y 140 con sus respectivas penas, sin que queden absorbidos en el art. 140.2. No hay nada semejante a un concurso de normas a resolver por la regla de consunción (art. 8.3 CP). No estamos ante un único hecho para cuya calificación convergen distintos tipos penales. El concurso aparente de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que confluyen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Pues bien, la regla de absorción prevista en el art. 8.3 del CP, cuya aplicación reivindica la defensa –aun sin cita directa– exige que el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Dicho con otras palabras, que la desaprobación de una conducta descrita por la ley y expresada en la pena que la misma ley señala para esa conducta (*lex consumens*), abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penado en otro precepto legal (*lex consumpta*). Nada de esto acontece en el supuesto que nos ocupa. Carecería de sentido que la muerte de tres o más personas fuera castigada con la misma pena que la muerte de una persona susceptible de ser calificada conforme al art. 140 del CP. Y que ese desenlace fuera el resultado de una extravagante regla de consunción aplicada en gravísimos delitos contra la vida.

La solución que proclama esta Sala se apoya, no solo en el significado constitucional del principio *non bis in ídem*, sino en la propia literalidad del art. 140. 2. En su

inciso final se dispone que «... en este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo». Carecería de sentido esta remisión al art. 78 bis del CP, que pretende, en el caso de concurrencia de la prisión permanente revisable con otras penas, endurecer el acceso al tercer grado o a la libertad condicional.

(STS 129/2020, 5 mayo)

ART. 140 CP

Asesinato: Caso asesinato «El pescaíto». Víctima menor de dieciséis años: compatible con alevosía sin vulnerar el non bis in ídem.

La STS 129/2020, de 5 de mayo, ha declarado que esta Sala no ha sido ajena, en alguno de sus precedentes, a una línea doctrinal de intensa crítica al valorar los efectos jurídicos de la aplicación de la prisión permanente revisable. Pero más allá del debate acerca de la naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía y de la ineludible presencia de un elemento intencional, la Sala estima que la redacción del tipo hipercualificado del art. 140.1.1 CP es el resultado de una política criminal orientada a la protección de los menores de edad y de las personas más vulnerables por padecer alguna discapacidad física o mental.

Y ese enunciado –pese a sus deficiencias técnicas– es algo más que un mecanismo de protección de las personas a las que el autor mata prevaleciéndose de su imposibilidad de defensa.

Como ya hemos dicho en la STS 367/2019, 18 de julio, la condición de la víctima menor de 16 años de edad supone un fundamento jurídico distinto que justifica la decisión del legislador, y que no implica un mecanismo duplicativo (*bis in idem*), sino un *bis in altera*, por lo que no impide la calificación en el art. 140.1.1 del Código Penal de los hechos referidos.

No todas las víctimas desvalidas están incluidas en esa previsión agravada. Son perfectamente imaginables supuestos paradigmáticos de desvalimiento y que, sin embargo, no son encajables en el art. 140.1.1 del CP. Piénsese, por ejemplo, en la persona dormida, embriagada o narcotizada que, en atención a ese estado, carece de toda capacidad de reacción defensiva. La agravación que el legislador contempla en ese precepto no es la que corresponde, siempre y en todo caso, a la muerte alevosa por desvalimiento. No toda víctima de un asesinato ejecutado sobre seguro, con esta modalidad de alevosía por desvalimiento, ha sido sobreprotegida hasta el punto de incluir su muerte entre los supuestos de singular agravación.

Desde esta perspectiva, de lo que se trata es de responder a la cuestión de si la muerte alevosa de un menor cuya edad le inhabilita para cualquier defensa –hay menores que sí pueden defenderse–, impide un tratamiento agravado acorde con su mayor antijuridicidad. Y la respuesta ha de ser negativa. La consideración del asesinato de un niño como un presupuesto para sumar al desvalor inherente al medio ejecutivo la mayor reprochabilidad de la muerte a edad temprana, no suscita, a nuestro juicio, insuperables problemas de inherencia. De hecho, constituye una técnica legislativa –no exenta de crítica, es cierto– pero que está bien presente en otros pasajes del Código Penal. Es el caso, por ejemplo, del art. 183 del CP. Este precepto encabeza el capítulo II bis –De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años– del título VIII –Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales–, del libro II del CP. El legislador ha considerado oportuno dar un tratamiento singularizado a aquellas ofen-

sas contra menores de edad que se convierten en víctimas de abusos o agresiones sexuales por parte de otras personas. Su singularidad se justifica, entre otras razones, por la especificidad del bien jurídico protegido –la indemnidad sexual– y por el compromiso de toda sociedad democrática de favorecer una especial protección al menor de edad. Es entendible, por tanto, que el simple hecho de involucrar a un menor de 16 años en un contexto sexual reciba una respuesta más agravada que la que se dispensa en aquellos otros supuestos en los que la víctima ha superado ese límite vital. La edad se convierte así en el único presupuesto de agravación. Sin embargo, el legislador ha creído conveniente añadir un tipo hiperagravado en aquellos supuestos en que la víctima «...sea menor de cuatro años». Así se desprende de la lectura del art. 183.4.a), inciso final. De esta forma, el que realice actos sexuales con un menor de 16 años será castigado con la pena correspondiente a la modalidad de agresión que se cometa, pero en su mitad superior cuando la víctima sea menor de cuatro años. A juicio de la Sala, no es objetable, porque no hay un problema real de inherencia, el hecho de que la menor edad de 16 años se traduzca en una respuesta agravada –incluso, con una consideración sistemática diferenciada– en los delitos contra la indemnidad sexual y, en una respuesta hiperagravada en aquellos supuestos en los que el niño o niña está en los albores de la vida, al no haber cumplido todavía 4 años. No existe doble valoración de la menor edad de la víctima.

De acuerdo con esta idea, el art. 140.1.1 del CP no agrava lo que ya ha sido objeto de agravación en el art. 139.1, esto es, la muerte de un menor, ejecutada con alevosía por desvalimiento. El legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección. Conforme a la interpretación que ahora postulamos, la muerte alevosa de un niño siempre será más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad que es asesinado mientras duerme o se encuentra bajo los efectos de sustancias que le obnubilan. Y siempre será más grave porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso, sin que lo impida la regla prohibitiva de inherencia que proclama el art. 67 del CP.

También hemos tratado de la prisión permanente revisable en la STS 636/2020, de 26 de noviembre, en un caso de asesinato subsiguiente a agresión sexual. De igual modo, en la STS 418/2020, de 21 de julio, en un supuesto de asesinato buscando el autor su impunidad.

En la STS 391/2020, de 15 de julio, con un cuadro probatorio basado en agresión sexual y asesinato.

Específicamente tratando el problema que plantea el motivo, la STS 180/2020, de 19 de mayo, esto es del *bis in idem* con respecto a la alevosía del art. 139.1.^a y edad inferior a dieciséis años o víctima especialmente vulnerable por razón de la edad del 140.1.^a, esta resolución judicial, sin embargo, declara que no concurre, pues al existir otras circunstancias cualificativas del art. 139 (ensañamiento) u del art. 140 (subsiguiente a delito contra la libertad sexual), en todo caso corresponde imponer la pena de prisión permanente revisable, de modo que aunque concurriera el *bis*, no lo haría el *idem*, pues no supone su apreciación mayor sanción.

También trata de este problema la STS 339/2019, de 3 de julio, en un supuesto de víctima menor de 16 años.

El distinto fundamento de la punición que caracteriza esta línea, procede de la STS 367/2019, 18 de julio, en donde se proclama que la pena de prisión permanente revisable, que resulta de aplicación del art. 140.1 del Código Penal tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de asesinato. Por decisión del legislador, al incorporar tal pena a nuestro catálogo delictivo, como consecuencia

de una decisión de política criminal, ha establecido que cuando en un delito de asesinato concurre alguna de las circunstancias detalladas en tal precepto, corresponderá la imposición de la pena de prisión permanente revisable, y ello ocurrirá en tres clases de supuestos: 1.º) por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima, que se predica con carácter general para los menores de 16 años; 2.º) por razón de que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; y 3.º) cuando el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

Se trata de un diverso fundamento para la aplicación de tal precepto que agrava el delito de asesinato; por un lado, un hecho cualificado como tal delito de asesinato, y de otro, una mayor protección a un tipo de víctimas, como ocurre en el caso enjuiciado.

Son dos bases diferentes para dos agravaciones diferentes: no hay *bis in idem* sino un legítimo *bis in altera*.

La reforma derivada de la LO 1/2015, introduce varias hipercualificaciones en el delito de asesinato, que se enumeran en el nuevo art. 140, siendo la primera de ellas, que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.

Ya hemos dejado expuesta la intención del legislador en el Preámbulo de la LO 1/2015, al que ya hemos hecho referencia. Por ello, el fundamento de la prisión permanente revisable radica en la especial protección de los menores de 16 años (o resto de personas vulnerables) más que sancionar el mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a posibles reacciones defensivas, que es el fundamento de la alevosía.

(...) Por lo demás, no dejan de apreciarse datos, que resultan de los hechos probados, conforme a los cuales se deduce, además, un ataque súbito y repentino, frente al menor, previos a la maniobra de asfixia por parte de la acusada.

Además de ello, se refleja en la resultancia fáctica que la acusada, tras dar muerte al niño, excava una fosa para enterrar el cadáver y cortar un brazo del menor que no cabía; mantiene una actitud de simulación, fingimiento y farsa durante los once días que duró la búsqueda, alentando los ánimos a los padres y generando falsas expectativas sobre la aparición del menor, y acude a una manifestación portando una camiseta con la cara del niño y la expresión «todos somos Cecilio»; coloca una camiseta del niño en un cañaveral apartado y de difícil acceso; y desentierra y guarda el cadáver en el maletero de su coche, profiriendo frases «donde lo puedo llevar, a algún invernadero, ¿no quieren un pez?, les voy a dar un pez por mis cojones».

De modo que el único objetivo de tales acciones no era el autoencubrimiento, sino algo más, humillar a los padres del menor con todos esos actos, que no solamente les prestaban esperanza sobre la localización del niño con vida, sino que suponían una farsa con la que trataba de vilipendiarles.

Por ello, es necesario confrontar este tipo penal con la figura del autoencubrimiento, es decir, con la conducta por la que el partícipe en un delito trata de ocultar o eliminar los vestigios de la infracción cometida, bien porque pudieren sacar a la luz su comisión, bien porque habrían de mostrar su participación en la misma. Al efecto, decíamos en la STS núm. 497/2012, de 4 de junio, siguiendo a las SSTS núm. 600/2007, de 11 de septiembre, y 671/2006, de 21 de junio, y por referencia a otras anteriores como la STS de 05/02/1990, que el autoencubrimiento es, en términos generales, impune, salvo en el caso de que los actos practicados por el autoencubridor constituyan por sí mismos un nuevo delito, por lo que para decidir la absorción por el primer delito de la acción que pretende encubrirlo habrá de estarse de nuevo a los matices del caso. También se refería la STS núm. 671/2006 a los llamados «actos

copenados», es decir, actos cuya sanción penal ya está comprendida en la pena principal, de forma que lo menos queda absorbido en lo más por progresión delictiva. Ahora bien, añadía que «la consunción de una norma solo puede admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho queda sin respuesta penal, debiendo acudir en otro caso al concurso de delitos». Así, el principio de absorción delictiva (art. 8.3.ª CP) únicamente podrá aplicarse cuando el precepto penal más complejo consume al otro más simple, lo cual solamente podrá admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho quede sin respuesta penal, pues en otro caso deberá acudir al concurso de delitos. En efecto, el art. 8.3 CP recoge la fórmula «*lex consumens derogat legi consumptae*», lo que significa que el injusto material de una infracción acoge en sí cuantos injustos menores se sitúen respecto de ella en una relación cuantitativa de inferioridad, como el homicidio que absorbe las lesiones producidas para causarlo. Y lo mismo con respecto a los actos preparatorios y ejecutivos previos a la consumación. También se admite la consunción respecto de la ocultación de pruebas del delito efectuada por sus propios autores, que la STS núm. 671/2006 expresamente relacionaba con la inhumación ilegal del cadáver en supuestos de homicidio y asesinato. Se acoge así la teoría del autoencubrimiento impune (STS núm. 181/2007, de 7 de marzo).

El estudio de esta materia en nuestra jurisprudencia viene de antiguo, mostrándose ya favorable a la impunidad del autoencubrimiento, en virtud del principio de no exigibilidad. (...) Cuestión distinta será, evidentemente, que con las actuaciones realizadas para semejante autoencubrimiento se rebase dicha finalidad, supuesto en el que podrá seguir valorándose un posible concurso de delitos, como examinaremos en relación con el delito contra la integridad moral.

En efecto, la integridad moral es un derecho fundamental reconocido a todos en el art. 15 de nuestra Constitución, consecuencia de la cláusula general proclamada en su art. 10, que establece como fundamento del orden político y de la paz social, entre otros derechos, la dignidad de la persona. Sin embargo, los límites del concepto constitucional de la integridad moral, cuya concreción tampoco es fácil, no tienen por qué coincidir fielmente con el ámbito de protección penal de la misma, reconocido en el art. 173.1 CP que encabeza este apartado.

El precepto mencionado se refiere al trato degradante realizado por particulares que menoscaba gravemente la integridad moral de otro, con independencia de cualquier contexto o circunstancia en el que se lleve a cabo (laboral, funcional, de vivienda o familiar); es decir, el atentado a la integridad moral goza «*per se*» de autonomía penal, lo que explícitamente afirma el legislador en la regla concursal contenida en el art. 177 CP cuando se refiere aquellos casos en que, además del atentado a la integridad moral, se produjesen otros delitos, que serán castigados separadamente con la pena que les corresponda. De todo ello se infiere la necesidad de acotar el radio de acción de este tipo básico.

Decíamos que no es fácil definir la integridad moral como concepto autónomo con trascendencia penal. El Tribunal Constitucional se ha referido a los conceptos de inviolabilidad como derecho de la persona a ser tratada como tal y de dignidad, consistiendo éste en el derecho de toda persona a ser tratada como tal, sin hacerla padecer sufrimientos físicos o psíquicos mediante situaciones o conductas de humillación, envilecimiento, cosificación o instrumentalización. De forma que el trato degradante a una persona conlleva el menoscabo de su integridad moral, que, siendo grave, alcanzará la calificación del art. 173.1 CP.

Nuestra jurisprudencia (SSTS núm. 922/2009, de 30 de septiembre, 985/2012, de 27 de noviembre) ha señalado que «la integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, una realidad axiológica autónoma e independiente de la integridad física, la libertad en sus diversas manifestaciones o el honor». De ahí que tanto

el artículo 173 como el artículo 177 del Código Penal establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral.

Pero también por eso hemos de considerar que no todo atentado a la integridad moral, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.

Por lo que se refiere al concepto penal de integridad moral, diverso del derecho fundamental a la misma, resulta insuficiente apelar a la idea de dignidad de la persona.

El Tribunal Constitucional, que no fija un concepto preciso de integridad, le otorga un tratamiento autónomo de otras valoraciones, e interpreta un concepto desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, el derecho a ser tratado como persona y no como cosa.

Esta Sala (STS 3.10.2001), al referirse al bien jurídico protegido, declara: «El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la «integridad moral» y proscribire con carácter general los «tratos degradantes». La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto».

De todo ello se deduce que no es aceptable sostener una regla absoluta según la cual en nombre del autoencubrimiento impune, como expresión extensiva del derecho de defensa, el autor pueda vulnerar la integridad moral de un tercero. Lo que sucede, insistimos, es que el tipo objetivo exige la gravedad del trato degradante que por sí mismo menoscaba la integridad moral de la persona. Por otra parte, se trata de un delito de mera actividad y la medida de su tipicidad está en la gravedad del menoscabo de la tantas veces mencionada integridad moral.

Con la STS 62/2013, de 29 de enero, hemos de concluir que existió, pues, un efectivo ataque al bien jurídico que la norma que analizamos trata de proteger y que esta Sala entiende como manifestación directa de la dignidad humana (arts. 10 y 15 CE), en todas las facetas de la personalidad, como la de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano (STS núm. 1218/2004, de 2 de noviembre).

No puede justificarse, en suma, en nombre del derecho de defensa el menoscabo de la integridad moral de las personas y excluir la relevancia penal autónoma de dicha conducta, entre otras razones porque tampoco se desprende otra cosa en este punto del art. 24.2 CE (no declarar contra sí mismo y no declararse culpable). Además, ni siquiera el derecho de defensa pudo resultar afectado materialmente. Por lo tanto, la doctrina del autoencubrimiento no justifica la conducta de la procesada, sin que por ello exista una explícita colisión de derechos fundamentales, derecho de defensa y derecho a la dignidad, debiendo preservarse la autonomía punitiva en este caso de la protección de la integridad moral ex art. 173.1 CP.

Desde el plano de la inferencia judicial, la sentencia recurrida mantiene, como dicho ya, que hay otros datos que fuera del ámbito del autoencubrimiento, permiten ser calificados como delitos contra la integridad moral, como son «una cierta sobreactuación y protagonismo y las palabras de esperanza que dirigía a los padres, en particular aquellas en que les decía que esa misma tarde volvería y estaría tomando una Coca-Cola con ellos», razonando la sentencia recurrida que «es perfectamente com-

previsible que una vez que Gregoria fuese detenida como autora, don Jenaro y doña Inmaculada recordasen esas actitudes y esas palabras, y que, de ello, de nuevo, intensificara su dolor».

La acción típica presupone permanencia en el comportamiento degradante, pues en otro caso no habría «trato» sino simplemente ataque; en este caso, los actos degradantes son reiterados, y se aprecia en ellos intensidad lesiva para la dignidad humana.

(STS 701/2020, de 16 diciembre)

ART. 142 CP

Homicidio por imprudencia menos grave: constituye imprudencia menos grave la infracción del deber medio de previsión que es causalmente determinante del resultado producido, creando un riesgo que le es imputable, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso.

Escurridizo resulta el concepto de imprudencia menos grave: hay que construirlo, según acabamos de sugerir, aunque la cuestión no es pacífica en la doctrina, a base de dividir la antigua categoría de imprudencia leve en dos grupos: las imprudencias más graves de las antiguas leves y las restantes. El grupo de las imprudencias menos graves es una categoría de fronteras difusas tanto por arriba como por abajo. Debe abrirse paso como en cuña entre esas dos formas (grave y leve, que se corresponden con las tradicionales temeraria y simple) que gozaban de arraigo y contaban con ciertos criterios unificadores.

Aunque algo había dicho ya esta Sala sobre la imprudencia menos grave, no estamos en condiciones de valorar si las aclaraciones (¿o modificaciones?) que ha introducido la reforma de 2015 pueden considerarse o beneficiosas o perjudiciales para el reo (o sencillamente indiferentes que parece ser lo más exacto y así lo defiende el fiscal en su dictamen: sería norma más aclaratoria que reformadora; una interpretación auténtica según proclama el preámbulo de la Ley).

Está claro, en todo caso, ya se estime que la reforma ha ampliado los contornos, todavía poco definidos, de la imprudencia menos grave; ya se estime que los ha reducido; ya se piense que se ha limitado exclusivamente a aportar criterios orientativos que aclaran o perfilan algo más, pero no pretenden modificar, ni para ampliarlo ni para reducirlo, el ámbito de lo punible, que si un resultado producido por negligencia no grave no es encajable en la nueva formulación de la imprudencia menos grave nacida de la reforma de 2019 no será punible. Eso hace que tomemos como punto de referencia esa nueva acotación legal para abordar este asunto, conscientes, además, de que desde ese soporte legal vigente serán más provechosas de futuro las consideraciones que podamos hacer. Y, por otra parte, que, afirmada tal catalogación conforme a la norma vigente, no podrá discutirse tampoco su inclusión en la tipicidad inmediatamente precedente, aunque en esa legalidad previa no aparezca el criterio delimitador introducido en 2019.

(...) La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, ha procedido a una despenalización de la imprudencia leve, dibujando nuevos conceptos, imprudencia grave y menos grave en los tipos imprudentes de los arts. 142 y 152 del Código Penal.

Las razones de la distinción es la modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal.

(...) Se hace, pues, necesario un esfuerzo interpretativo para delimitar los conceptos de imprudencia grave y menos grave y proyectarlos sobre la realidad social diaria.

(...) La cuestión es pues si los conceptos imprudencia grave y menos grave son o no equivalentes a los anteriores de imprudencia grave y leve y si, por tanto, ha habido una reducción de la intervención penal.

En la doctrina científica, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, se pueden distinguir, fundamentalmente, dos posturas en torno a la elaboración conceptual de la nueva categoría de imprudencia menos grave –y su relación con la grave–. En primer lugar, la que tiende a identificar la imprudencia menos grave con la antigua leve, y junto a ella la de quienes la construyen como una tipología de imprudencia intermedia más intensa que la leve anterior, por lo que se separaría de esta última, nutriéndose de supuestos más graves y sin detraer ninguno de la imprudencia grave. En segundo lugar, la que elabora la nueva imprudencia menos grave como desgajada o separada de la grave, al alimentarse de sus conductas más leves, con las consiguientes repercusiones en el derecho transitorio centradas en la posibilidad de aplicación retroactiva de la nueva categoría como más beneficiosa.

La imprudencia menos grave no puede equipararse a la antigua imprudencia leve. Por otra parte, la nueva imprudencia menos grave tampoco se integra totalmente en la imprudencia grave, y no se nutre de las conductas más leves de la imprudencia, sino que constituye una nueva categoría conceptual. La nueva modulación de ese nivel de imprudencia delictiva contempla un matiz diferenciador de grados o niveles de gravedad; la vulneración del deber de cuidado es idéntica en una y otra y la diferencia está en la intensidad o relevancia –la imprudencia leve atípica vendría referida, por exclusión de las otras dos categorías, a la vulneración de deberes de cuidado de insuficiente entidad o relieve y de mayor lejanía a la imprudencia grave–.

La menor gravedad significa, en estos términos, partir de una previa valoración de la entidad o intensidad en la infracción de los deberes referidos, constitutivos de la imprudencia grave, que ante las circunstancias concurrentes, se degrada o desvalora.

Proyectando estas consideraciones al derecho transitorio, no cabría hablar de retroactividad con el argumento de que el nuevo texto surgido de la reforma podría ser más favorable, dado que la imprudencia grave no ha sufrido modificación alguna.

En suma, en una aproximación hermenéutica al concepto de imprudencia menos grave, es precisa una vulneración de cierta significación o entidad de los deberes normativos de cuidado, en particular de los plasmados en los preceptos legales de singular relevancia, sin exclusión de los sociológicos.

Por tanto, la imprudencia menos grave ha de situarse en el límite superior de aquellas conductas que antes eran consideradas como leves y que el legislador ha querido expresamente despenalizar, encontrándose supuestos que por la menor importancia y relevancia del deber de cuidado infringido, de conformidad con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la jurisprudencia para ello, y a los que con anterioridad se ha hecho referencia, pueden ser considerados como menos graves.

La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causal-

mente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso. Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir).

Estas nociones, naturalmente, constituyen generalmente conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan del diseño, en el caso concreto, para operar en la realidad que ha de ser juzgada en el supuesto de autos. La imprudencia grave es, pues, la omisión de la diligencia más intolerable, mediante una conducta activa u omisiva, que causa un resultado dañoso y que se encuentra causalmente conectada normativamente con tal resultado, mediante la teoría de la imputación objetiva que, partiendo de un previo lazo naturalístico, contribuye a su tipificación mediante un juicio basado en la creación de un riesgo no permitido que es el que opera como conexión en la relación de causalidad.

(...) La reforma de 2019 ha intentado delimitar o clarificar algo ese concepto – imprudencia menos grave–. Tomando prestado un criterio que había aflorado en alguna jurisprudencia menor, establece que la presencia de una infracción grave de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial (RDL 6/2015, de 30 de octubre) supondrá, en principio, un caso de imprudencia menos grave a los efectos de los arts. 142 y 152 CP.

(...) La glosa inicial de esta proposición normativa sugiere estas consideraciones:

a) Es claro que la referencia a una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial remite al RDL 6/2015 y su listado de infracciones graves.

b) Una segunda observación: no tiene la norma afán de proporcionar con esa remisión una definición única y excluyente de la imprudencia menos grave. Es solo una indicación orientadora. Presenta alguna singular diferencia (en cuanto no se ofrece como definitiva) a la introducida en el campo de las imprudencias graves. En este ámbito el Código reformado establece que se reputa en todo caso grave la imprudencia en la que el resultado traiga causa de algunas de las circunstancias previstas en el art. 379 (exceso de velocidad relevante en los términos allí previstos, o conducción bajo los efectos del alcohol u otras sustancias tóxicas). Al igual que ha establecido la jurisprudencia en relación al art. 380.2 (STS 744/2018, de 7 de febrero de 2019) estamos ante una presunción legal de imprudencia grave; no ante una definición excluyente o totalizadora. Es taxativa en el sentido de que no es conciliable con la ley, producido un resultado como consecuencia de esos delitos de riesgo, degradar la imprudencia de su máximo rango legal (salvo que podamos negar la imputación objetiva: determinara la producción del hecho). Pero al margen de esos, caben otros supuestos de imprudencia grave. En el marco de la imprudencia menos grave el inciso «en todo caso» que aparecía en el texto que inspiró la enmienda desapareció.

c) La nueva caracterización de la imprudencia menos grave, presenta un relevante matiz frente a la especificación de la imprudencia grave. La presencia de una infracción grave de tráfico, según la catalogación administrativa, empuja en principio al marco de la imprudencia menos grave y aleja de la imprudencia leve no punible. Ahora bien, eso no significa ni que no puedan existir otros casos de imprudencia menos grave; ni que siempre que se dé una infracción grave de tráfico la imprudencia haya de ser calificada de menos grave.

Desarrollemos esta idea:

a) Pueden aparecer supuestos en que sin identificarse una infracción administrativa grave estemos ante una imprudencia menos grave (aunque si observamos el listado extensísimo, y con algún supuesto extremadamente abierto, de las infracciones viarias graves –art. 76 de la Ley de Seguridad Vial–, eso será muy difícil: basta fijarse en la amplísima fórmula de la letra m): es infracción grave la conducción negligente). También –es lógico– existirán casos en que la infracción de tráfico administrativa adquiera la consideración de muy grave, y, sin embargo, no alcance el nivel de la gravedad a efectos penales exigido por los arts. 142 y 152. Debemos acudir entonces a la imprudencia menos grave para ofrecer la respuesta penal adecuada.

b) Pero, igualmente, son concebibles supuestos en que se constate la presencia de una infracción grave y no estemos ante una imprudencia menos grave:

1. Bien porque el Juez o Tribunal considere que la imprudencia alcanza magnitud suficiente para colmar el concepto penal de imprudencia grave. Éste sería el presente supuesto según el entendimiento del recurrente que comparte el Ministerio Fiscal.

2. O bien, en el otro extremo, por entenderse que, aunque concorra una infracción grave viaria, la imprudencia no desborda los linderos de la imprudencia leve en sentido jurídico penal. El juez o tribunal no queda convertido en esclavo de la catalogación administrativa. No estamos ante la resurrección de la imprudencia simple con infracción de reglamentos. A eso responde –y el seguimiento de la tramitación parlamentaria lo confirma– el inciso que alude a la necesidad de que el juez aprecie la entidad de la imprudencia. La presencia de una infracción grave supone una presunción de imprudencia menos grave. Emplaza, en principio, a incoar diligencias para esclarecer los hechos y delimitar la magnitud de la negligencia. Pero el Juez podría llegar a excluirla por factores varios no susceptibles de ser reducidos a un listado: Solo caben orientaciones o criterios que habrán de ir pensándose casuísticamente (v.gr., si la infracción administrativa grave es intencional o fruto de una negligencia). No es admisible otra interpretación que la de dejar esa escapatoria al arbitrio judicial descartando una dependencia absoluta de la calificación penal de la imprudencia respecto de la catalogación administrativa, menos precisa y más de brocha gorda. Un absoluto automatismo es rechazable. Así se deriva inequívocamente de ese inciso final; y, así, por otra parte, se constata si examinamos el listado de infracciones graves de la legislación viaria

La comparación con la cláusula del inciso final del art. 142.1, párrafo penúltimo lo corrobora: en todo caso se dice ahí. No encontraremos igual apostilla en la previsión paralela del art. 142.2 donde se ve sustituida por una matización: apreciada la entidad de esta por el Juez o Tribunal. El pronombre «esta» solo puede referirse a la infracción grave administrativa. No puede significar algo tan obvio e innecesario como señalar que es el Juez quien debe constatar que la conducta es encajable en alguna de las infracciones descritas en el art. 76 que ahora citaremos. Añade algo: además de ser una infracción grave según la normativa administrativa de tráfico, ha de encerrar una determinada entidad, concebida como algo más, un plus, de orden valorativo, que debe ponderar el Juzgador y que permite definitivamente excluir la levedad.

La técnica del legislador es alambicada y la interpretación tiene algo de tortuosa. La confusión se ve alimentada por el manejo de términos idénticos (grave, leve) para referirse a conceptos distintos, provocando un cierto galimatías que reclama continuas aclaraciones.

Recopilemos: la presencia de una infracción grave de tráfico –que es la pauta orientadora introducida en 2019– puede determinar: a) Una imprudencia grave si el Juez o Tribunal lo estima así a la vista de las circunstancias que implican esa mayor

magnitud de la infracción del deber de cuidado. b) Una imprudencia menos grave, que, según esa pauta, debiera ser lo ordinario, aunque aquí se imponen matices. c) Una imprudencia leve si el Juez o Tribunal no aprecia entidad suficiente en la infracción como para categorizarla penalmente de menos grave, en supuestos que tampoco serán insólitos o excepcionales.

Pese a lo bienintencionado de la reforma, no se logra la deseable previsibilidad normativa, previsibilidad tan importante en el Derecho penal como lo es en la imprudencia. Algo se ha avanzado, pero no se alcanza el nivel ideal de taxatividad. Se queja de ello en uno de sus dictámenes de casación la parte recurrida. Se antoja, en efecto, poco claro un marco jurídico que se podría sintetizar así: la infracción grave de una norma de tráfico (con un resultado típico) constituye un delito leve de imprudencia menos grave, sancionado con pena leve o con pena menos grave, salvo que el Juez o Tribunal considere bien que la imprudencia es grave, bien que es leve.

La utilización de unos mismos vocablos (grave, leve) con significaciones diversas (según nos estemos refiriendo al ámbito administrativo, al de la imprudencia penal, o al de la catalogación de los delitos y las penas) provoca un panorama más bien turbio.

Demos un paso más a través del análisis de la norma administrativa que se sitúa como referente –no exclusivo ni definitivo, pero sí indicador o indicario– de lo que es imprudencia menos grave a los efectos del art. 142 CP (y 152).

(...) No existe, así pues, vicariedad de la norma penal respecto de la administrativa: esta por voluntad del legislador aporta un indicativo, un criterio, un indicio de la posible catalogación como imprudencia menos grave, pero no cancela la facultad del Juzgador, para, *in casu*, razonándolo, declarar bien que es una imprudencia grave, bien que es una imprudencia leve.

Algo aporta en todo caso la mención: una infracción grave de tráfico constituye una presunción, un criterio orientativo, de que, *prima facie*, estaremos ante una imprudencia menos grave. Para desactivar esa especie de presunción, salvo casos muy claros (v.gr., y por usar un ejemplo tópico, alcance por detrás a escasa velocidad en un momento de colapso circulatorio con continuas retenciones) ordinariamente será necesario incoar diligencias, indagar y decidir mediante una motivación especial; razonar por qué en el supuesto concreto, pese a ello, la negligencia no tiene entidad suficiente para desbordar la categoría inferior (levedad).

Evidentemente esa valoración no siempre será igual. Según cual sea la infracción grave de tráfico con que operemos habrá unos matices u otros. Y siempre será imprescindible el juicio que exige la imputación objetiva.

La ya mencionada infracción de la letra m), por ejemplo, aporta o nada o muy poco pues remite al problema general ¿cómo de grave es la negligencia? En los excesos de velocidad habrá que graduar, entre otros imaginables factores, en cuánto se excedía el tope permitido: habrá supuestos muy diferenciables. Otras veces puede ser decisivo comprobar si la infracción administrativa en sí ha sido intencionada o por descuido (v. gr., al no respetarse un «ceda el paso») y ponderar las causas de esa desatención momentánea, ... No es posible un prontuario o un *vademécum* completo: será el juzgador el llamado a valorar en cada supuesto, sin perder de vista ese parámetro legal orientativo (infracción administrativa grave) del que no puede prescindir, y que le obliga *prima facie* a explicar por qué pese a constatar una infracción grave descarta la calificación como imprudencia menos grave.

La presencia de una infracción grave constituye indicio de imprudencia menos grave; presunción que, puede ser contrarrestada por una motivación suficiente a veces basada en la evidencia, tendente a mostrar que esa imprudencia en esas concretas

circunstancias y sus singulares características no alcanza ese rango intermedio y puede ubicarse razonablemente en la imprudencia leve, atípica penalmente.

(...)No podemos hablar por tanto como única hipótesis posible de absoluta falta de previsión y cuidado (imprudencia grave) por desprecio de las normas de cautela que aun la persona menos cuidadosa hubiera atendido. Pero sí resulta indudable, aún en la alternativa fáctica más favorable, de inobservancia de una diligencia de grado medio, no equiparable al estándar del más previsor, ni tampoco al del menos cuidadoso. Es una omisión de un deber de cautela y precaución medianamente exigible en las circunstancias concretas, que en este caso imponían una atención extrema. Estamos ante una imprudencia de grado medio (ni grave, ni leve) apta para ser encajada en el concepto penal de imprudencia menos grave.

(STS 421/2020, de 22 julio)

ART. 153.2 CP

Violencia doméstica: maltrato a menor descendiente: aplicable cuando la víctima sea menor aún sin convivencia, cuando se halle sujeta a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente y cuando la víctima fuere persona con discapacidad necesitada de especial protección.

En el tercer motivo de nuevo cuestiona la adecuada subsunción del guantazo propinado a la menor en el artículo 153.2 CP, ahora en relación con la remisión que realiza al art. 173.2 CP, por entender que el tipo exige el requisito de convivencia, cuya concurrencia niega; afirma que si la víctima del maltrato es ascendiente o descendiente del autor, debe concurrir la convivencia entre sujetos activo y pasivo para subsumir el maltrato en el artículo 153 del Código Penal.

(...) No es fácil la redacción ni el seguimiento tras cada reforma de quienes establece el legislador como sujetos pasivos del delito de malos tratos habituales. En el apartado primero, el artículo 153, en su redacción actual, castiga al que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida: sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

(...) desde un inicio, se entendió pacíficamente por doctrina y jurisprudencia menor que la convivencia se exigía a los ascendientes, personas con discapacidad necesitadas de especial protección (incapaces indicaba entonces la norma) o hijos no sujetos a patria potestad, tutela, curatela o guarda de hecho. Dicho en negativo, para los hijos propios o del cónyuge o conviviente, sujetos a patria potestad o incluso mera guarda de hecho, nunca ha sido ni es exigida la convivencia para incurrir en la conducta típica.

(...) ni en la redacción inicial ni en las sucesivas modificaciones del tipo de malos tratos habituales, a cuya enumeración se remite el tipo de maltrato que no causen lesión, es exigido el requisito de la convivencia para integrar la condición de sujeto pasivo, para el cónyuge (plenamente clarificado desde la LO 14/1999) o persona ligada por análoga relación de afectividad, ni para los hijos propios o del cónyuge o

conviviente, que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro.

Mientras que se exige en los demás casos; con una salvedad, en relación a los: i) descendientes (salvo los sujetos a potestad, tutela, curatela o guarda de hecho, pues cuentan con previsión específica individualizada); ii) ascendientes; y iii) hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente (parentesco no contemplado en las anteriores redacciones), que nada se indica expresamente sobre la exigencia de la convivencia.

Y esta categoría de sujetos pasivos, es la que ha determinado una cierta confusión en la interpretación de la norma, que no resta pacífica. La Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2003, entendió que para este grupo, no se exigía convivencia; pero tras la sentencia de esta Sala 201/2007, de 16 de marzo (luego reiterada en la 288/2012), la FGE, en su Consulta 1/2008, de 26 de julio cambia de criterio. Categoría parental esta, sin embargo, ajena a la que media en autos.

La citada sentencia 201/2007, se refería a una «hermana» y la 288/2012, a un ascendiente, en modo alguno a un hijo sujeto a patria potestad; y desde esas circunstancias debe invocarse su contenido, dado que era pacífico que en relación a la condición de sujeto pasivo de los hijos propios o del cónyuge o conviviente, que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, la inexigibilidad del requisito de la convivencia; círculo que desde la reforma de 2003:

– No se restringe a los hijos, de los que se diferencian los descendientes, que dadas las categorías posteriores, comprende hijos mayores de edad, nietos, bisnietos..., o hijos menores no sujetos a su patria potestad ni de su cónyuge o conviviente, ni a su guarda de hecho, donde nada se indica sobre la necesidad de convivencia, pero donde la jurisprudencia y el actual criterio de la FGE, la exige.

– Se amplía a menores y personas con discapacidad necesitada de especial protección, para los que se exige convivencia, salvo que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.

Así, no solo en la inicial interpretación de las citadas sentencias 927/2000, 662/2002 y 355/2003; sino también posteriormente cuando la cuestión se suscita, como en las sentencias 108/2005 de 31 de enero, 261/2005 de 28 de febrero, 1159/2005 de 10 de octubre, 409/2006 de 13 de abril y 770/2006 de 13 de julio, que en directo análisis del artículo 153 CP, con idéntico texto, afirman: El sujeto pasivo ha de guardar una relación especial con el agente –que puede ser tanto hombre como mujer– y amplía el mismo: así en relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplía el tipo a aquellos supuestos en que haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia *more uxorio* al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Ahora el tipo abarca situaciones en que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquella, los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho o de derecho de uno u otro.

E incluso la STS 288/2012, de 19 de abril, que exige la convivencia en el caso de víctima ascendiente, la niega para los menores o incapaces que guarden cierto tipo de relación de dependencia con el cónyuge o conviviente del mismo, en expresa referencia a la locución normativa, se hallen la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho o de derecho; pues convivan o no, se integran en el núcleo familiar.

(...) En definitiva, resolvemos la cuestión que suscitaba interés casacional, con el pronunciamiento de que concurre el delito de maltrato de obra del artículo 153 del Código Penal, cuando la víctima sea menor aún sin convivencia, cuando se halle sujeta a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o

conviviente. Y en idénticos términos cuando la víctima fuere persona con discapacidad necesitada de especial protección.

(STS 47/2020, de 11 febrero)

ARTS. 227 CP

Abandono de familia: impago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar.

[...] el artículo 227 del Código Penal no efectúa distinción alguna entre pensión por alimentos y cuota hipotecaria, o entre deuda de la sociedad de gananciales y carga del matrimonio. Se refiere a «cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos».

Según el Diccionario de la Real Academia Española, prestación significa «cosa o servicio exigido por una autoridad o convenido en un pacto» o, en su acepción jurídica «cosa o servicio que alguien recibe o debe recibir de otra persona en virtud de un contrato o de una obligación legal».

En el caso examinado, con independencia de la calificación o naturaleza que merezcan las cuotas hipotecarias que gravan la vivienda familiar, nos encontramos ante una resolución judicial que ha establecido la obligación del Sr. Luis Andrés «de hacer frente al pago de la mitad de la hipoteca que ascendía a 1.200 euros mensuales» además de la prestación propia por alimentos a favor de sus dos hijos menores.

Tales prestaciones se fijaron con arreglo a la ley, con audiencia de ambos cónyuges, teniendo en cuenta el interés familiar, especialmente el superior interés de los dos hijos menores, y en atención a los ingresos de ambos progenitores. Con independencia de cuál sea la naturaleza de la cuota hipotecaria que gravaba la vivienda familiar como carga del matrimonio o como deuda de la sociedad de gananciales, lo que es evidente es que cubre una necesidad básica y que la parte que debía pagar el acusado fue tenida en consideración al fijarse, primero en la resolución judicial que puso fin al matrimonio y después en la sentencia de modificación de medidas, la pensión por alimentos que el acusado debía pagar a sus hijos, ya que en la misma resolución se acordó que aquel debía hacer frente al pago de la mitad de la hipoteca.

No debe olvidarse que la hipoteca gravaba la vivienda habitual cuyo uso fue adjudicado a los hijos, y lógicamente a su madre, pero no por derecho de uso propio sino por ser a ella a quien se adjudicó la guardia y custodia de los menores. Ese derecho de uso se integra en los alimentos que los progenitores están obligados a proveer a los hijos conforme a lo dispuesto en el artículo 142 del Código Civil, que considera como tales «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica». Expresado en otros términos, la finalidad que cumplía la adjudicación de la vivienda familiar era la de asegurar cobijo a los hijos, como interés más necesitado de protección, integrándose de esta manera en el concepto de alimentos. En el supuesto de que los cónyuges no hubieran adquirido la vivienda en propiedad como medio de atender la necesidad de habitación de sus hijos, lógicamente la reso-

lución debería haber previsto una solución habitacional alternativa en relación a los menores a la que necesariamente el acusado tendría la obligación de contribuir.

El impago por parte del Sr. Luis Andrés de la mitad de las cuotas hipotecarias ha determinado la ejecución del bien que constituía la vivienda familiar, lo que a su vez determina la privación de su hogar a los menores, y con ello de parte de los alimentos que el acusado venía obligado a proveer. No hay que olvidar que comúnmente ambos cónyuges son deudores solidarios y que el impago de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario faculta al acreedor a la venta judicial y ulterior despojo de la vivienda mediante el lanzamiento de sus ocupantes. Como consecuencia de ello, el pago de la mitad de la cuota hipotecaria que correspondía a la Sra. Diana, que opone el recurrente, no hubiera evitado la ejecución hipotecaria.

Conforme a lo expuesto, debe concluirse estimando que las cuotas hipotecarias constituyen una prestación económica en su sentido legal y gramatical, a cargo de ambos progenitores, con independencia de su naturaleza como carga del matrimonio o como deuda de la sociedad de gananciales. Como tal integra el elemento del tipo exigido por el artículo 227.1 del Código Penal. Y en consecuencia, las cuantías adeudadas por este concepto integran el daño procedente del delito que ha de ser reparado conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del mismo precepto. Todo ello sin perjuicio, lógicamente, del resultado que la ejecución hipotecaria que pende sobre el bien pueda producir en relación a la liquidación de la sociedad de gananciales, lo que es ajeno al procedimiento penal.

(STS 570/2020, de 3 noviembre)

ART. 305 CP

Delito contra la Hacienda pública. Caso Gürtel: consideración como delito fiscal de la no declaración de rentas provenientes de hechos delictivos. Posturas doctrinales.

(...) Son rechazables los argumentos de quienes niegan que el delito fiscal pueda ser antecedente del blanqueo, por los siguientes motivos:

1º) En caso de delito fiscal como antecedente del blanqueo, el objeto del blanqueo es la ganancia procedente del delito fiscal, esto es, la cuota defraudada.

No es bien objeto de blanqueo los rendimientos o base imponible que han motivado dicha cuota.

En definitiva es la cuota la que se puede lavar.

– Es rechazable el argumento de que el blanqueo dimanante de un delito fiscal vulnera el principio *ne bis in idem*, por cuanto, por un lado, la cuota defraudada es el resultado de la liquidación tributaria de un fraude al erario público, en tanto que el objeto del ulterior blanqueo es la ganancia obtenida de ese fraude, es decir la cuota tributaria.

Por otro lado, los comportamientos de uno y otro delito son diferentes y diversos son los bienes jurídicos protegidos. En el delito de blanqueo la doctrina mayoritaria sostiene que se afecta al orden económico, esto es «la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes» o bien «la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía». El sistema de economía de mercado está

garantizado por los poderes públicos (art. 38 CE). La base de esta concepción económica se encuentra en la libre y leal competencia, por lo que el sistema económico regular se ve afectado por la afluencia de recursos económicos que se general al margen del propio sistema, con efectos sobre la financiación de las empresas, competencia desleal y consolidación de organizaciones que contaminan el orden económico y merman la credibilidad del mercado. Algún autor apunta que el bien jurídico protegido es la seguridad interior del Estado, pero entendido como preservación del orden público, sino antes bien como interés en la erradicación de ciertas formas de delincuencia, la delincuencia organizada. En particular, cuyos objetivos consisten en la obtención de cuantiosos beneficios que es necesario legitimar o reciclar como requisito indispensable para su disfrute. De manera que en la medida que se penalizan las conductas de blanqueo, se estaría combatiendo dicha clase de delincuencia en uno de sus componentes nucleares.

Realmente nos encontramos ante un delito pluriofensivo que afecta al orden socioeconómico y a la Administración de Justicia, cuya punición está justificada por la lesividad inherente a las conductas tipificadas, así como por razones de política criminal radicadas en la lucha contra la criminalidad organizada.

En el delito fiscal en relación al bien jurídico la jurisprudencia habla de la íntima relación que guarda con la función que los tributos cumplen en un Estado Democrático de Derecho, subrayando que el incumplimiento de las prestaciones patrimoniales de carácter público está presente en el tipo del injusto de este delito.

De entre las diversas hipótesis que han marcado el bien jurídico protegido –fe pública, el deber de lealtad, el palmario, la función del tributo en el Estado de Derecho– es la Hacienda pública el que prevalece, pero no desde una perspectiva exclusivamente patrimonial sino del interés del Estado y de la propia Hacienda pública de que la carga tributaria se realice con los modos fijados en la Ley, se protege, en consecuencia, el proceso de recaudación de ingresos y de distribución de los mismos en el gasto público.

La STS. 643/2005 de 19.5, tras valorar que algunos sectores doctrinales desvían la esencia de la lesión hacia un delito semejante a los patrimoniales cuyo sujeto pasivo es la Hacienda pública, y aceptar que al final el perjuicio es económico, mantiene en línea de las concepciones más funcionales que la justificación de semejante delito y pena, radica en la inadmisibles vulneración de los principios de solidaridad tributaria inexcusables en una sociedad democrática, lo que conduce a un bien jurídico protegido basado en los principios constitucionales que imponen la real y leal contribución al sostenimiento de los servicios sociales y los cargos públicos, por lo que cualquier fraude tributario supone un grave atentado contra ellos.

Consecuentemente se trata de conductas que adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y de bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados, por lo que la norma del delito penal no abarca la total antijuricidad del hecho.

Esta Sala, con las reservas que se apuntarán, se inclina por esta última posición por las siguientes razones:

1.º) En primer lugar la norma administrativa de prevención del blanqueo de capitales, que es una transposición de la Directiva 60/2005 fue más allá de la redacción del texto europeo al recoger específicamente la cuota defraudada como objeto del blanqueo y así el art. 1.2 de la Ley 10/2010 de 28.4, sobre Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del terrorismo –en vigor desde el 30.04.2010– dice: «a los efectos de esta Ley» se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así

como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, «con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda pública».

Es cierto que esta Ley no estaba en vigor cuando los hechos imputados al recurrente tuvieron lugar, pero la admisión de la cuota defraudada como objeto del blanqueo no se justifica solo por la Ley de Prevención, sino atendiendo a la pura aplicación del Código Penal.

En efecto en la redacción inicial del art. 301, vigente cuando sucedieron los hechos, se hablaba de delito «grave» como antecedente de un ulterior blanqueo, desde la reforma LO 15/2003 de 25.11, cualquier delito puede ser antecedente, y en virtud de la reforma LO 5/2010 de 22 junio, el párrafo 1.º del art. 301 utiliza la expresión «actividad criminal» en vez de delito, significándose en la doctrina que la razón de tal expresión es el criterio jurisprudencial de no ser necesaria una condena anterior, para sustentar su posterior blanqueo de capitales.

Por tanto, según la legislación penal española, un delito fiscal, en principio, no está excluido para poder ser delito precedente de un blanqueo, dada su consideración, en todo caso, de delito grave.

Retomando la Ley de Prevención, de acuerdo con esta, la cuota defraudada constituye un bien procedente de la actividad delictiva y, por lo tanto, objeto idóneo del blanqueo de capitales. En este sentido el Consejo General del Poder Judicial en su informe al anteproyecto de Ley, declaró expresamente que la cuota defraudada a la Hacienda pública cuando constituye el producto de un delito fiscal, puede ser objeto de una operación de blanqueo, siempre que la cuota defraudada alcance el límite cuantitativo previsto en el tipo penal contra la Hacienda pública –120.000 E–.

No obstante la interpretación que la doctrina ha hecho de la citada Ley tampoco ha sido uniforme:

– Un sector entiende que el hecho de que el art. 1.2 de la Ley utilice la expresión «a los efectos de esta Ley...» se consideran las cuotas defraudadas a Hacienda como bienes procedentes de un delito, debe interpretarse como la clara intención del legislador de que únicamente a los efectos de la Ley de Prevención del Blanqueo y de su regulación administrativa y, por tanto, no a los efectos del Código Penal, puede considerarse que las cuotas defraudadas a la Hacienda pública proceden de delitos, pero no tiene ninguna incidencia en el ámbito penal que seguiría dejando fuera al fraude fiscal como delito previo del blanqueo de capitales.

Esta interpretación, con todo, no resulta convincente pues precisamente el objetivo de la Ley es armonizar la definición de blanqueo que se contiene en ella con la del Derecho Penal.

– Otra posibilidad es considerar que constituye un criterio de interpretación de los tipos penales relativos al blanqueo de capitales de los arts. 301 y ss. CP. Se trataría, por lo tanto, de una especie de interpretación auténtica que permitiría la persecución conjunta del delito fiscal y del blanqueo de capitales. Se estaría así configurando el tipo del art. 301 como una especie de norma penal en blanco, cuyo elemento típico bienes que «tienen su origen» (n.º 1) o «proceden» (n.º 2) de algún delito debe interpretarse por remisión a la normativa administrativa, en este caso la Ley de 2010.

Interpretación que tampoco resulta convincente por su dudosa constitucionalidad. Primero porque la propia literalidad del art. 301 CP carece de una remisión normativa expresa a normativa extrapenal alguna. Segundo, por las dudas que surgirían de cara a su compatibilidad con la reserva de Ley orgánica propia de la materia penal, que resulta necesaria en este ámbito al prever los tipos del blanqueo de capitales penas de prisión.

– Resulta por ello, razonable entender que la intención del legislador, no manifestada, no es establecer *ex novo* que el fraude fiscal es delito previo del blanqueo, sino simplemente despejar las posibles dudas que hay en la doctrina a la hora de interpretar la legislación penal vigente que admite cualquier actividad delictiva como previa al blanqueo.

(...) La cuota tributaria puede ser objeto material del delito de blanqueo

Conforme al art. 305 CP, la elusión del pago de tributos (mediante una defraudación) constituye la conducta típica que genera la obligación tributaria, que tiene por objeto el pago de la cuota tributaria. Lo que surge es la denominada deuda tributaria, que según el artículo 58.1 LGT está constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta. Es decir, el bien que procede del delito fiscal es la cuantía económica correspondiente a la cuota tributaria, que es una cantidad de dinero que constituye normalmente una proporción que se aplica sobre la base imponible (gravamen). Y el dinero, evidentemente, constituye un bien en el sentido del delito de blanqueo de capitales. Se trata, con todo, de una cantidad de dinero que no ingresa en el patrimonio del autor del delito fiscal, sino que ya se encuentra en él porque constituye una parte del mismo, pero ello no impide considerar que la cuota tributaria procede del delito fiscal.

El Código Penal, de acuerdo con los instrumentos internacionales en la materia (arts. 3.1 a/b) de la Convención de Viena y art. 9 Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y de la financiación del terrorismo, hechos en Varsovia el 16.5.2005, considera objeto material del delito de blanqueo los bienes que tengan su origen (art. 301.1) o «procedan» de un delito grave en la actualidad de una actividad delictiva (art. 301.2). Ambas expresiones alusivas al origen o procedencia de los bienes son equivalentes desde un punto de vista semántico. La procedencia implica que los bienes han de tener su origen en un delito grave (el término «procedencia» se define en el diccionario de la RAE, como origen, principio de donde nace o se deriva una cosa. Están originados en un delito grave los bienes que tienen su «causa» en ella.

Ahora bien será necesario elaborar criterios que permitan concretar con precisión cuando un bien, en este caso la cuota tributaria, tiene su causa en una actividad delictiva previa, el delito fiscal.

La conexión entre el bien y la actividad delictiva previa ha de ser de tipo causal, en el momento en que esto sea así, se dice que los bienes están «contaminados». Las teorías desarrolladas por la ciencia jurídico-penal para afirmar la existencia de una relación a la causalidad entre un comportamiento y un resultado nos sirven para determinar qué bienes están conectados causalmente con una actividad delictiva previa, y así se puede afirmar que un bien procede de una actividad delictiva previa cuando, suprimiendo mentalmente tal actividad previa, el bien desaparecería en su concreta configuración que incluye todo lo relacionado con la existencia, composición material, valor o titularidad económica del bien. En sentido negativo, no existirá nexo causal si la actividad previa no constituye una condición de la situación patrimonial actual o la existencia del bien. Una actividad delictiva previa es causa de un bien cuando repercute directa o indirectamente en su existencia, composición material, valor, en su titularidad, posesión o custodia.

Existe también conexión causal y, por lo tanto, contaminación, cuando suprimiendo mentalmente la actividad delictiva –en este caso el delito grave (delito fiscal)– el bien no se encuentra en el patrimonio de un sujeto. En este caso, se puede afirmar que el bien tiene su origen en aquel delito. Los autores que niegan que el delito fiscal puede ser delito procedente del blanqueo señalan que la relación causal con la actividad delictiva precisa que el autor obtenga algo que no tenía antes del

delito y que éste produzca un incremento del patrimonio material de sus autores o partícipes, pero es evidente que aplicando las teorías causales válidas en la ciencia jurídico-penal (sin recurrir a causalidades hipotéticas), –argumenta el sector doctrinal favorable– el delito fiscal supone un incremento del patrimonio del defraudador, con bienes que de otro modo no estarían en el mismo. Y ello viene avalado por la propia descripción del art. 305 CP, que cuantifica la cantidad de dinero que constituye la cuota defraudada en más de 120.000 euros, que son los que incrementan el patrimonio del defraudador. Este dinero no estaría en su patrimonio si no hubiera defraudado a la Hacienda pública y tiene, por lo tanto, su origen y procedencia en el delito fiscal.

El delito fiscal del art. 305 CP genera efectivamente un ahorro de gastos (la deuda tributaria), pero traduce dicho ahorro en una cantidad de dinero, esto es, otorga relevancia penal a los gastos ahorrados, en este caso, a la cuota tributaria defraudada, que debe superar los 120.000 euros. Esta cuantía, es el bien derivado del delito y, por lo tanto, es idónea para ser objeto material del delito de blanqueo. Que se encuentre ya en poder del defraudador no tiene ninguna importancia a efectos del blanqueo de capitales. Así también en las insolvencias punibles los bienes ya están en el patrimonio del deudor, y ello impide considerar que constituyen bienes que proceden de un delito, idóneos por lo tanto para ser blanqueados. El art. 257 n.º 1 CP castiga a quien se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, bienes, por lo tanto, expresamente mencionados en el tipo penal y que resultarán contaminados al menos en la cuantía de las deudas que tenga con aquellos. Y también se encuentran los bienes en poder del delincuente (aunque no le pertenezcan) en la apropiación indebida, en la que el sujeto activo los ha recibido antes de apropiárselos, y ello no impide considerarlos bienes idóneos para el blanqueo por constituir el objeto del delito.

En definitiva, la cuota defraudada constituye un bien en el sentido del art. 301 CP, que constituye simultáneamente un perjuicio para la Hacienda pública y un beneficio para el defraudador (para algún autor el incremento del patrimonio del defraudador por su actividad delictiva implica la disminución del patrimonio del erario público). Y además supone el beneficio o provecho económico derivado del delito susceptible de ser considerado bien idóneo del delito de blanqueo de capitales. Por lo tanto, las conductas típicas descritas en el art. 301 CP pueden recaer sobre la cuota tributaria.

El problema, no es tanto el origen o la procedencia delictiva de los bienes, cuanto la dificultad de concretarlos e individualizarlos en el patrimonio del contribuyente, por cuanto en principio no sería admisible la teoría de que todo el patrimonio del contribuyente queda contaminado.

Siendo así, hemos de partir de que el momento de contaminación de los bienes integrantes de la cuota tributaria defraudada se produce cuando vencen los plazos administrativos establecidos para declararlos a la Administración tributaria. Hasta este momento, existe un período de temporal durante el que no es posible determinar si existe o no delito fiscal, y por ello, todo acto realizado sobre tal dinero no puede ser considerado delito de blanqueo de capitales, porque los bienes no tienen –todavía– carácter delictivo.

Una vez concretada la cuota tributaria que cuantifica la obligación tributaria económicamente valorable de la que responde el defraudador, habrá que diferenciar en su patrimonio los bienes que la integran, pues si no se puede individualizar la cuota tributaria en su patrimonio, difícilmente se puede realizar la conducta típica del delito de blanqueo, al no existir objeto material.

El blanqueo de capitales exige la concreción de un objeto específico o una pluralidad de bienes igualmente determinados que proceden de una actividad delictiva, lo que no resulta fácil cuando se trata de dinero, bien éste fungible por excelencia.

La posibilidad de que el fraude fiscal constituye delito previo del blanqueo requiere que durante la investigación se pueda identificar razonablemente la parte de los bienes del patrimonio del defraudador que constituyen la cuota tributaria. En algunos casos sí será posible acreditar de manera segura que la conducta de blanqueo recae sobre bienes que forman parte de la cuota tributaria.

1. Una posibilidad es que la acción típica del delito de blanqueo de capitales recaiga sobre una parte del patrimonio del defraudador que obligatoriamente incluya todo o parte de la cuota tributaria. Ello sucederá cuando la acción de blanqueo se realiza sobre la totalidad del patrimonio del autor del delito previo, o al menos sobre una proporción tan elevada de su patrimonio que supere la parte lícita y comprenda una parte del valor de la cuota tributaria impagada. En estos casos puede establecerse con certeza que los bienes obtenidos del delito fiscal se encuentran total o parcialmente en el objeto sobre el que recae la acción típica del delito de blanqueo.

2. Otra posibilidad es que se consiga identificar la cuantía constitutiva de la base liquidable sobre la cual no se han pagado impuestos. La cuota tributaria se determina normalmente aplicando el tipo de gravamen a la base liquidable (art. 56 LGT), y que el tipo de gravamen es la cifra, coeficiente o porcentaje que se aplica a la base liquidable para obtener como resultado la cuota íntegra (art. 55 LGT). Por lo tanto, dado que la cuota tributaria es un porcentaje de la base liquidable, es razonable entender que la masa patrimonial integrada por la base liquidable contiene una parte contaminada. No está contaminada toda la base liquidable, sino solo la parte constitutiva de la cuota tributaria. Por tanto habrá delito de blanqueo si se transfiere la totalidad de la base imponible, porque una parte está contaminada, o una cuantía de dinero que obligatoriamente incluya una parte de la cuota tributaria.

(STS 507/2020, de 14 octubre)

ARTS. 307 TER CP

Delito contra la seguridad social. Falta de especial gravedad en la defraudación: para su aplicación deben valorarse conjuntamente el importe defraudado, los medios empleados y las circunstancias personales del autor; criterios para determinar cada uno de esos factores.

Una peculiaridad del delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 307 ter CP es que el tipo básico contemplado en el párrafo primero del apartado 1, no exige cuantía mínima para entenderse consumado, en contraste con el resto de los delitos contra la Hacienda pública o la Seguridad Social que sí requieren que el fraude supere importes significativos para ser penalmente relevante.

Establece el párrafo segundo del artículo 307 ter 1 CP «cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo».

Cualquier análisis en relación a la aplicabilidad de esta modalidad atenuada debe partir de la consideración, que ya hemos afirmado, de ley especial que corresponde al artículo 307 ter CP respecto al delito de estafa de los artículos 248, 249 y 250 y también respecto al 251, todos del CP, que le atribuye preferencia en la aplicación (ar-

título 8.1 CP). Pues si estudiáramos la relación desde el principio de alternatividad y mayor rango punitivo del artículo 8.4 CP, la modalidad atenuada del artículo 307 ter 1 párrafo segundo que ahora centra nuestra atención, quedaría siempre desplazado por el artículo 249 apartado primero si la cuantía de la defraudación fuese superior a 400 euros. Solo subsistiría con importes inferiores a esa suma, ya que su pena es de multa proporcional y por tanto pena menos grave que desplazaría a la del artículo 249.2 CP, lo que conduciría a su práctica inoperatividad.

El subtipo que nos ocupa exige que la defraudación no revista especial gravedad de acuerdo con los parámetros del importe defraudado, los medios empleados y las circunstancias personales del autor. A partir de una interpretación literal del precepto, el uso de la conjunción copulativa «y» sugiere indefectiblemente que los distintos indicadores que la norma contempla deben de ser valorados conjuntamente.

La figura atenuada aglutina factores que afectan al injusto –importe y medios– y a la culpabilidad –circunstancias personales–, variedad que complica su exégesis y aplicabilidad.

En cualquier caso, dado el contenido patrimonial del tipo, si bien esta modalidad atenuada debe conformarse con la valoración de los tres parámetros que el precepto contempla, goza de especial relevancia «el importe de la defraudación», que, como apunta el Fiscal, resulta básico en la fórmula, lo que aconseja perfilar en la medida de lo posible un límite cuantitativo que otorgue seguridad jurídica en su aplicación.

(...) Son varias las posibilidades que se nos plantean.

Tenemos que descartar la equiparación absoluta con el delito de estafa que llevaría a fijar el límite cuantitativo de la modalidad atenuada por debajo de 400 euros. Si el legislador ha decidido distanciarse en ese concreto punto de tal precedente, no es adecuado sortear su voluntad de esta manera. Además, chocaríamos con el propio texto de la norma que habla de «menor gravedad», y le asigna una pena menos grave, cuando 400 euros es la cifra tomada como dintel en los delitos de contenido patrimonial que tienen previsto su correlativa figura leve (el hurto del artículo 234.2; la estafa del 249 párrafo segundo; la apropiación indebida del 253.2; o los daños del 263.1 párrafo segundo, todos ellos CP). No encontramos justificación suficiente para la asimetría en cuanto a la penalidad que esta opción supondría en el carácter público del patrimonio que protege el artículo 307 ter, pues no es ese el criterio que sigue el Código, por ejemplo, cuando del tipo básico se trata, o al no prever una super agravación como la contemplada para la estafa en el artículo 250.2 segundo párrafo, cuando la cuantía supere los 250.000 euros. Pese al carácter público de los fondos afectados en el caso del artículo 307 ter, en estas ocasiones la estafa lleva aparejada mayor penalidad.

El Fiscal propone como límite de aplicación, que el importe defraudado no supere los 4.000 euros. Está bien argumentado. No es una cantidad caprichosa, sino referida a la malversación de caudales del artículo 433 CP, donde se ha establecido ese límite para hacer entrar en juego un subtipo atenuado; precepto que, además, tiene algunos factores de conexidad con el que ahora se contempla. Sin embargo, el paralelismo se difumina si lo ponemos en relación con aquellas figuras con las que el tipo estudiado comparte perfiles y ubicación en el CP, es decir, los restantes preceptos incluidos en el Título XIV del Libro II, «De los delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social», y especialmente con los que más recientemente han merecido la atención del legislador, los artículos 305.3 y el 308 reformados por la LO 1/2019, de 20 de febrero.

Ciertamente el artículo 307 ter CP se diferencia de sus compañeros de ubicación, en que no contiene condición alguna de punibilidad derivada del importe de la defraudación, que es típica a partir del primer euro. Sin embargo, comparte otros perfiles, como la existencia en algunos casos de un tipo cualificado, que en consonancia con la inexistencia de un límite mínimo que condicione la tipicidad, para el artículo 307 ter

está fijado en una suma inferior de la que corresponde a los que sí la tienen (artículo 305 bis o 307 bis). Y con otros, el tener previsto una modalidad atenuada (artículo 305.3 correspondiente a las defraudaciones que afecten a la Hacienda de la Unión Europea y 308.4 dedicado al fraude de subvenciones) configurada como delito menos grave.

Respecto al precepto contenido en el artículo 305.3 CP, el límite que fija el suelo por debajo del cual se considera el comportamiento atípico, se elevó en el año 2019 de 4.000 a 10.000 euros, quedando estructurada la punición en un tipo básico aplicable a partir de 100.000 euros y hasta 600.000, una modalidad agravada cuando exceda de esa cifra y otra atenuada, prevista como delito menos grave, para defraudaciones que oscilen entre los 10.000 y los 100.000.

También en el año 2019 el legislador incorporó en el diseño típico del fraude de subvenciones del artículo 308, una modalidad atenuada para importes que, sin llegar a superar los 100.000 euros, excedieran de 10.000 (art. 308.4 CP).

Contando con la inexistencia de condiciones de punibilidad, esta configuración se corresponde de forma más equilibrada con la estructura del delito de fraude de prestaciones a la Seguridad Social; que tendrá, cuantitativamente, un último escalón de punición que abarcará las defraudaciones de hasta 10.000 euros. En el bien entendido –como se indicó más atrás– que el referente a la cantidad es solo uno de los utilizados en el artículo 307 ter.1 párrafo segundo CP, para la constitución del tipo atenuado; de forma que, si ni por los medios empleados ni por las circunstancias personales del autor el hecho revistiera mayor gravedad, una defraudación inferior a los 10.000 euros abriría la aplicación al tipo atenuado.

Ya hemos dicho que el tipo exige una ponderación conjunta de los tres parámetros en liza. Lo que relativiza la cifra fijada, que tendrá relevancia determinante, insistimos, cuando sea el único estándar a considerar, pero no en el caso de que converjan con especial intensidad de uno u otro signo, agravatorio o atenuatorio, los otros dos.

4. Dentro del parámetro de los «medios empleados», sin ánimo de exhaustividad, se valorarán como factores para apuntalar la especial gravedad que excluya el subtipo, aunque la cantidad no llegue a 10.000 euros, la constitución fraudulenta de empresas y sociedades, en las que sin actividad real se simulen y aparenten relaciones laborales inexistentes para obtener prestaciones sociales fraudulentas; el otorgamiento de escrituras instrumentales mendaces; y también aquellos en los que se hayan materializado acuerdos con trabajadores para, a cambio de dinero, generar a su favor periodos ficticios de cotización a la Seguridad Social. Todo ello sin perjuicio de que, en aquellos casos en que la concurrencia de falsedades instrumentales en documentos oficial, público o mercantil, que por afectar a bienes jurídicos distintos y no venir exigidas por el tipo aboquen al concurso de delitos, la ponderación sobre la aplicación o no de la modalidad atenuada que nos ocupa habrá de evitar el incurrir en doble sanción.

5. En cuanto a las circunstancias personales del autor, en un paralelismo con la doctrina de esta Sala en relación a la modalidad atenuada que para el delito contra la salud pública prevé el artículo 368.2 CP que introdujo el mismo estándar, como circunstancias personales del delincuente habremos de considerar las situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social (entre otras STS 336/2017, de 11 de mayo). Son factores que no solo permiten, sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor. Así como también aquellos que referencia el artículo 50.5 CP con alusión a «la situa-

ción económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares».

En el parámetro se pueden valorar aspectos tales como los conciertos criminales, los planes urdidos y la utilización abusiva de personas vulnerables o de sus documentos para aparentar las relaciones laborales inexistentes.

En definitiva, los criterios expuestos habrán de operar como pautas interpretativas en la aplicación de la modalidad prevista en el párrafo segundo del artículo 307 ter.1 CP, en todo caso dotados de la flexibilidad que deriva de la interacción entre ellos.

(STS 570/2020, de 3 noviembre)

ARTS. 335 CP

Delitos relativos a la protección de la fauna: la caza de especies no protegidas en tiempo de veda supera el mero incumplimiento formal de una norma administrativa, suponiendo la protección del equilibrio en la conservación de las especies, la biodiversidad y la propia supervivencia de la fauna.

El tipo objetivo exige la concurrencia de dos elementos: a) una acción de caza que tenga por objeto especies no protegidas de fauna silvestre (la caza de especies protegidas es sancionada en el art. 334 del CP); b) esa acción ha de recaer sobre animales cuya caza estuviera expresamente prohibida por las normas específicas sobre su caza.

Para integrar la tipicidad definida en el art. 335 del CP se hace necesario recurrir a las disposiciones generales que definen el régimen jurídico de protección de cada una de las especies. El art. 56 de la Ley 42/2007, 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, redactado conforme a la Ley 33/2015, 21 de septiembre, incluye el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial, mientras que el art. 59 se ocupa del Catálogo Español de Especies Amenazadas.

El Real Decreto 1095/1989, 8 de septiembre, mediante referencia a los anexos I y II, establece las listas de las especies que pueden ser objeto de caza o pesca en todo el territorio español (art. 1), sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias en la materia, puedan excluir de ella, o autorizar, en su caso, para sus respectivos ámbitos territoriales, tanto las que no existen en estos como las que reciben medidas especiales de protección a través de su inclusión en los respectivos catálogos de especies amenazadas. Y los arts. 3 a 5 desarrollan las condiciones generales que el artículo 34 de la Ley establece con el fin de garantizar la protección de las especies objeto de caza y pesca.

El esfuerzo de integración para abarcar la tipicidad del art. 335 del CP exige también tomar en consideración toda una serie de disposiciones autonómicas. Por citar solo algunas: Ley 14/2010, 9 diciembre, de Caza en Extremadura; Ley 12/2006, 17 julio, Caza en Cantabria; Ley 7/1998, 6 de julio, Caza en Canarias; Ley 7/2003, 12 de noviembre, Caza y Pesca Fluvial en Murcia; Ley 13/2004, 27 de diciembre, Caza en la Comunidad Valenciana; Ley 1/2015, 12 de marzo, Caza en Aragón; Ley 6/2006 de 12 de abril, Caza y Pesca fluvial en Baleares; Ley 2/2011, 17 de marzo, Caza en el País Vasco; Ley 4/1996, 12 de julio, Caza en Castilla y León; Ley 13/2013, 23 de diciembre, Caza en Galicia; Ley 9/1998, 2 de julio, Caza en La Rioja; Ley 3/2015, 5

de marzo, *Caza en Castilla-La Mancha y Ley 8/2003*, 28 de octubre, sobre flora y fauna silvestre de Andalucía.

Estamos, por tanto, en presencia de un precepto –el art. 335 del CP– que responde a la técnica de la ley penal en blanco. Se trata de una norma en la que el mandato imperativo que incorpora es perfectamente asimilable por sus destinatarios, pero que exige el complemento normativo de leyes o preceptos reglamentarios que fijen su alcance.

(...) El art. 335 del CP exige que la acción de caza se proyecte sobre una especie no protegida de fauna «... cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza». Si se tratara de una especie protegida vendría en aplicación el art. 334.1.a).

Como puede observarse, tras la reforma de 2003 el Código Penal protege las especies animales distinguiendo entre aquellas especies amenazadas del artículo 334 del Código Penal, cuya caza es siempre y en todo caso ilegal y, aquellas otras especies cazables, porque así lo determinan las Comunidades Autónomas, a tenor de la normativa administrativa complementaria a la que antes hemos hecho referencia.

Las prohibiciones de cazar una determinada especie tienen distinto significado. Pueden tener carácter absoluto, pero también pueden ser de naturaleza relativa, reduciendo la prohibición a límites temporales, espaciales o relacionados con las medidas o el peso del ejemplar.

El objeto del presente recurso se centra en determinar el alcance jurídico de una limitación temporal que, en la fecha en que el juicio histórico sitúa la acción delictiva, afectaba a las especies de muflón y ciervo. Se trata, en fin, de dar respuesta al interrogante acerca del tratamiento penal de la caza en tiempo de veda, identificado, en expresión bien plástica, con el «furtivismo de temporada».

En el caso que centra nuestra atención, la caza de muflones y ciervos estaba afectada por la prohibición impuesta por Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, Orden de 1 de julio de 2016, por la que se modifica la Orden de 5 de junio de 2015, mediante la que se fijan las vedas y períodos hábiles de caza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y se publican los períodos hábiles de caza para la temporada 2016-2017. Esos límites están autorizados, con carácter general, por el art. 62.3.d de la ley 42/2007, de 13 de diciembre, según el cual «se podrán establecer moratorias temporales o prohibiciones especiales cuando razones de orden biológico o sanitario lo aconsejen».

3.5.- Pese a la literalidad del art. 335 del CP, la Sala entiende que no todo incumplimiento de una prohibición administrativa de caza puede ser calificado como delito. Este precepto no puede ser degradado a la condición de delito puramente formal de desobediencia a la normativa administrativa. Lo prohíbe el principio de intervención mínima, esto es, la necesidad de reservar la respuesta penal para aquellas conductas socialmente más desvaloradas. Pero la claridad de esta idea, que define un punto de partida infranqueable, no impide reconocer que en el abanico de prohibiciones coexisten, junto a incumplimientos formales, insuficientes por sí solos para colmar la antijuridicidad material, otras infracciones que van mucho más allá de una simple vulneración formal. Entre estas últimas debemos incluir la caza de especies no protegidas en tiempo de veda.

En efecto, la fijación de períodos de veda no responde a una distribución puramente convencional y caprichosa del tiempo de caza. Por el contrario, responde a razones de orden biológico para facilitar la reproducción de la especie. La veda está íntimamente conectada con la conservación de las especies y el aprovechamiento sostenible de la caza, preservando los ecosistemas de los que forman parte los animales objeto de estas actividades. La definición de períodos prohibitivos de carácter cíclico tiene un valor estratégico de primer orden para la protección de la vida animal. Nada de ello, pues, es

ajeno a la protección de los recursos naturales renovables. El equilibrio en la conservación de las especies, en definitiva, la biodiversidad y la propia supervivencia de la fauna no pueden considerarse bienes jurídicos de ínfimo valor axiológico.

Cuestión distinta es la irrenunciable necesidad de que los Jueces y Tribunales, en el momento de ponderar el juicio de tipicidad, asuman unos criterios hermenéuticos teleológicamente vinculados al respeto y a la conservación de la biodiversidad, impidiendo así que infracciones formales con encaje en la microliteralidad del art. 335 conviertan en delito lo que puede ser adecuadamente tratado en el ámbito de la sanción administrativa. Son muchas las prohibiciones expresas impuestas por las normas específicas sobre caza. Algunas de ellas relacionadas con las licencias o habilitaciones personales de los cazadores, otras con los límites geográficos naturales que separan el territorio de cada comunidad autónoma o con el número o el peso de ejemplares capturados. Para que una infracción de esta naturaleza sea susceptible de respuesta penal será indispensable exigir un plus de ofensividad, un mayor desvalor material del resultado. Solo las conductas que vulneren o pongan en peligro el bien jurídico biodiversidad, son merecedoras de sanción penal.

(STS 570/2020, de 3 noviembre)

ART. 382 CP

Delitos contra la seguridad vial: cuando el autor pretenda con su conducta dolosa utilizar el vehículo como instrumento del delito para causar la muerte o lesionar, cometerá el correspondiente delito con dolo directo y si además pone en peligro a terceros, se aplicará un concurso real, siendo sancionadas por separado.

La norma concursal prevista en el art. 382 CP está pensada para conceder una respuesta penalógica adecuada a aquellos hechos delictivos que causan, además del peligro, un resultado lesivo. El legislador no quiere que el delito de peligro quede absorbido en el delito de resultado, sino que se aplique un concurso delictivo, de manera que se imponga la pena del delito más grave en su mitad superior.

Pero esta norma concursal no puede ser aplicada cualquiera que sea el delito de lesión causado. Ciertamente, la literalidad de la norma no lo impide, porque únicamente se refiere a que se produzca «un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad». Pero quien con su acción se dirige a causar individualmente un resultado doloso frente a una persona en particular, utiliza el automóvil como un instrumento, no resultando afectado el riesgo causado para la circulación hacia ese concreto sujeto, porque, respecto de él, lo que quiere el autor es herirlo o matarlo. Ahora bien, si con tal acción pone en peligro concreto, como lo es en este caso, otros bienes jurídicos individuales, tal acción no puede quedar impune, sino que se aplicará, frente a ellos, la correspondiente sanción por la comisión de un delito de peligro en el ámbito de la seguridad vial.

(...) De modo que la cláusula concursal se aplicará indudablemente al resultado lesivo, cuando se trate de delitos imprudentes, y se aplicará el concurso real, como en nuestro caso, cuando existan otros bienes jurídicos puestos en juego, como la vida o la integridad física de terceros, y la acción sea dolosa. Dicho de otro modo: cuando el autor pretenda con una conducta (dolosa) utilizar el vehículo como instrumento del delito para causar la muerte o lesionar al sujeto pasivo del delito contra la vida o la integridad de las personas, al no existir propiamente riesgo para la seguridad de la vía, pues

la acción queda concentrada en el sujeto pasivo, tal acción quedará sancionada en el correspondiente delito cometido con dolo directo hacia tal víctima.

Ahora bien, cuando además del daño producido con dolo directo, se cometa un delito de peligro por afectar a la seguridad de la vía, peligro que afectará a terceros, se aplicará el correspondiente concurso real de infracciones, siendo sancionadas por separado.

Para la aplicación de la norma concursal se requiere que el autor, además del riesgo prevenido, origine un resultado lesivo constitutivo de un delito imprudente, o eventualmente con dolo eventual. El dolo directo de atentar contra la vida o causar una lesión a la víctima perseguida por el autor, impide la aplicación de la cláusula concursal, porque lo querido es llevar a cabo tal resultado. En ese supuesto, cuando se afecta la seguridad vial que incluya como bien jurídico a terceros, podrá dar lugar a un concurso real de delitos, a sancionar por separado.

Ya hemos dicho (STS 744/2018, de 7 de febrero de 2019) que «el resultado no forma parte de la previsión contenida en los delitos contra la seguridad del tráfico (no es concreción del mero riesgo que genera el conducir bajo la influencia del alcohol), sino que supone una tipicidad distinta en la medida en que el coche es el instrumento empleado para la comisión de un delito contra la vida y la integridad física de las personas a las que el acusado dirigió su acción».

(STS 350/2020, de 25 junio)

ARTS. 399 CP

Falsificación de certificados

Podemos así concluir que los distintivos gráficos tienen la consideración de certificado a los efectos del artículo 399 del Código Penal, cuando confluyen en ellos las siguientes características: 1) Una previsión normativa que identifique un conjunto de productos, de servicios o de situaciones, a los que se exige cumplir unas cláusulas específicas para poder ser merecedores de una consecuencia también prevista; 2) El establecimiento de un sistema cerrado para el control de los condicionamientos impuestos; 3) La previsión normativa de un sello, o de un distintivo, al que se atribuye el significado de acreditar que concurren esas previsiones específicas en el objeto al que se incorporen y 4) Que corresponda a la administración pública vigilar la satisfacción de las exigencias de ese proceso.

(STS 343/2020, de 25 junio)

ART. 410 CP

Desobediencia y denegación de auxilio: Caso Inhabilitación al Presidente de la Generalitat de Cataluña. Negarse abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales.

Argumenta también el recurrente que la Junta Electoral Central no puede ser considerada Autoridad superior a los efectos del art. 410.1 CP.

Cita en su apoyo jurisprudencia de esta Sala Segunda en el sentido de que a diferencia del delito de denegación de auxilio del apartado segundo del art. 410, la existencia de una relación jerárquica es elemento imprescindible del tipo penal de desobediencia a las decisiones u órdenes de la autoridad superior del primer apartado del referido art. 410 CP.

La STS 177/2017, de 22-3, se pronuncia sobre esta cuestión incluyendo en el art. 410.1 del CP «la negativa de autoridades administrativas a dar cumplimiento a las resoluciones judiciales o decisiones u órdenes de autoridad superior (SSTS 80/2006, de 6-2; 54/2008, de 8-4; 263/2001, de 24-2; 485/2002, de 14-6; 415/99, de 9-4 ; 8/2010, de 20-1)».

Es cierto que no faltan críticas dogmáticas a este entendimiento jurisprudencial, opiniones que ponen el acento en la necesidad de una dependencia jerárquica entre quien ordena y quien desatiende la orden.

Sin embargo, aún quienes así razonan, reconocen que la redacción actual del art. 410 CP es expresión de la voluntad legislativa de proclamar normativamente lo que ya era opinión unánime en la jurisprudencia. A ella, por tanto nos remitimos.

Compartimos el criterio del Fiscal en el sentido de que cuando el art. 410 CP habla de autoridad superior no se está refiriendo necesariamente a una superioridad jerárquica, que es lo que aquí se pretende. La Junta Electoral Central es autoridad superior en el ámbito electoral, las elecciones generales son de ámbito nacional y competencia de la administración electoral, en la que el presidente de la comunidad autónoma carece en absoluto de competencias.

(...) En cuanto a la falta de gravedad de los hechos en el ejercicio de sus derechos y desde el respeto de derecho de terceros, habrá que analizar la expresión «abiertamente» que emplea el precepto para calificar la negativa a obedecer órdenes recibidas, tal expresión ha de interpretarse no en el sentido literal de que haya de manifestarse de forma explícita y contundente, empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente del sujeto activo del delito, sino también puede existir cuando se adopte «una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo para dar cumplimiento a la referida orden» es decir, aún sin oponerse o negar la misma, tampoco realiza la actividad mínima necesaria para llevarla a cabo (no se olvide que estamos en presencia de un verdadero delito de «omisión»), máxime cuando la obligación de su cumplimiento es reiteradamente solicitada por la autoridad competente para ello, es decir, cuando esa pertinaz postura de pasividad se traduzca lógicamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer o lo que es lo mismo, este delito se caracteriza no solo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino también es punible «la que resulte de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde» (vid. SSTS 1203/97, de 11-10; 203/2001, de 24-2; 485/2006, de 14-6; 54/2008, de 8-4; 177/2017, de 22-3).

En el caso presente es claro que los requerimientos realizados por la Junta Electoral Central fueron dictados en el ámbito de sus estrictas competencias y aparece formalmente revestido con todos los requisitos exigidos para su eficacia, hay que concluir, por ello, que no cabía oponer a su cumplimiento un discurso jurídico de parte. O los acuerdos de la Junta encierran en sí todos los elementos necesarios para predicar de ellos su imperatividad (art. 410.1 CP) o adolecen de algún defecto estructural que permitiría activar la causa de justificación y exonerar de responsabilidad penal al requerido (art. 410.2 CP). Lo que no puede aceptarse es que entre una u otra opción se constituya artificialmente una vía intermedia que estaría integrada por otros acuerdos o resoluciones que pese a estar revestidas de todas las formalidades legales, son discu-

tibles o cuestionables por sus servicios jurídicos de quien resulta obligado a su cumplimiento –lo que aquí no ha sucedido–.

(STS 477/2020, de 28 septiembre)

ARTS. 439 CP

Negociaciones prohibidas a funcionarios públicos.

El delito previsto en el art. 439 del CP no es de fácil interpretación. En la determinación de su alcance confluyen principios que están en la base misma de la aplicación del derecho punitivo y que otorgan legitimidad democrática a la sanción penal. Hablamos del derecho penal como ultima ratio y del principio de intervención mínima, que aconsejan reservar las penas aflictivas para aquellas conductas singularmente desvaloradas por la sociedad. Las consecuencias que se derivan de este punto de partida son obvias: no toda infracción administrativa, no toda contravención de las normas que definen el régimen disciplinario del funcionariado, pueden traducirse en una sanción penal. El esfuerzo interpretativo de esta Sala no se ve precisamente aliviado cuando el mandato imperativo ínsito en la norma penal se construye con un agobiante casuismo que, por querer abarcarlo todo, entorpece la definición de los límites del tipo. Y ya no se trata solo de las dificultades asociadas a la necesidad de deslindar la infracción administrativa frente a la sanción penal, sino de los problemas de concurso normativo que de hecho se suscitan con otros preceptos penales que, en una primera lectura, abarcan similar porción de injusto (*Cfr.* art. 428 CP).

En la definición de su bien jurídico, como tantas otras veces, la referencia taxonómica del epígrafe que da vida al capítulo IX del título XIX (De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función) no es, desde luego, definitiva. Pero sí ofrece algunas de las claves para su exégesis. El bien jurídico protegido puede entenderse como un conglomerado de valores –la integridad, la rectitud, la imparcialidad en la actuación del funcionario– reconducibles a la objetividad con que la administración pública debe servir a los intereses generales.

No podemos aferrarnos a una interpretación microliteral del art. 439, que lleve a la conclusión de que la realización de actividades prohibidas por un funcionario o la ejecución por su parte de actos abusivos, siempre y en todo caso, tienen alcance penal. En la STS 636/2012, 13 de julio –con cita del ATS 2 junio 2008, referido a un delito de negociaciones prohibidas, en su modalidad de asesoramiento–, decíamos que «... no todo consejo emanado de una autoridad o funcionario público puede reputarse delictivo. Solo aquel que compromete la imparcialidad, que menoscaba el deber de exclusividad o que provoca una interferencia entre los intereses privados y los de naturaleza pública, puede ser objeto de persecución penal».

(...) Como hemos apuntado supra, no se trata de elevar a la categoría de delito toda infracción del régimen de incompatibilidades por agentes de la Guardia Civil. Ello supondría una inadmisibles confusión de las bases axiológicas sobre las que se asienta la norma penal. Muchas de esas infracciones encuentran el adecuado lugar de tratamiento en el régimen disciplinario. Una aproximación referencial a la jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo refuerza esta idea. Son numerosos los precedentes que tienen su origen en el ejercicio de actividades denunciadas como incompatibles y que, sin embargo, no desbordaron el marco del derecho administrativo sancionador.

(...) En el espacio funcional en el que se desarrollaba la actividad de Felicísimo como agente de la Guardia Civil convergían dos intereses de imposible armonización. De una parte, lo que la sociedad espera de los encargados de asegurar el tráfico vial, que incluye entre sus objetivos que el transporte por carretera de los vehículos del gran tonelaje se desarrolle, no ya conforme a las autorizaciones legalmente previstas –dato decisivo–, sino en un marco férreo de inspección que impida la relajación de esas exigencias y la puesta en peligro de otros conductores. De otra parte, el interés personal –de más que previsible signo lucrativo– a la hora de sustraer los camiones propiedad de su esposa, titular de una empresa de transportes, a esos controles. Es difícil imaginar una colisión de intereses, una actividad prohibida y un abuso de poder tan evidentes como el que refleja el hecho probado.

(STS 89/2020, de 3 marzo)

ARTS. 457 CP

Simulación de delito: las denuncias de hechos delictivos sin asignar autoría, son incapaces de provocar actuación procesal directamente vinculada al hecho falso denunciado por aplicación del art. 284.2 LECrim que determina el archivo en sede policial, no motivando el delito de simulación de delito.

Las conductas castigadas en el art. 457 CP afectan a ese bien jurídico en tanto distraen, inútilmente y para nada, medios y esfuerzos de la Administración de Justicia penal emplazándola a investigar hechos irreales. Normalmente la actuación del autor no estará guiada por ese móvil específico, que, por lo demás, no es requerido por el tipo. Cuando el propósito real consista en otra finalidad delictiva (v. gr., estafa de seguro, o encubrimiento de una apropiación indebida o hurto, o aborto fuera de los supuestos exentos de pena) estaremos ante un concurso de delitos. Pero subsistirá la tipicidad del art. 457 por la dualidad de bienes jurídicos afectados. Sea cual sea la posición que se adopte sobre la posibilidad de encajar estos supuestos (denuncia genérica en la policía sin identificar autor con móviles defraudatorios, u otros delictivos) en el art. 457, es obvio que subsistirá la otra tipicidad (estafa, apropiación indebida, hurto...). En esos casos la disyuntiva no es impunidad o sanción; sino sanción por un solo delito (el propósito delictivo final: hurto, estafa...), o dos sanciones (además, la simulación de delito como conducta instrumental).

A partir de la reforma procesal de 2015 esa perturbación de la administración de justicia que parece ser el bien jurídico protegido por el art. 457 CP, queda, en principio, excluida de raíz en casos como el que contemplamos: denuncias de hechos delictivos sin asignar autoría, en tanto son diligencias condenadas a no hacer aparición en un Juzgado de instrucción y, por tanto, incapaces de provocar actuación procesal directamente vinculada al hecho falso denunciado. Y, además, y en esto incide también la Audiencia Provincial, esa perspectiva necesariamente ha de ser captada por el denunciante, sea cual sea su grado de ignorancia procesal: el precepto obliga a comunicarle que la denuncia no será remitida al Juzgado más que en algunos casos que el simulador será consciente que no sobrevendrán ordinariamente. No puede excluirse que en algunos supuestos excepcionales por circunstancias especiales pueda entenderse como resultado no descartable desde el principio que esa denuncia llegue a la oficina judicial. Esos supuestos insólitos merecerán un tratamiento diferenciado en

cuanto el dolo del autor, al menos por vía eventual, admitirá ese resultado actuando con indiferencia frente a él. Pero cuando ese final de la denuncia es absolutamente imprevisible, la conducta en sí carecerá de idoneidad para lo que constituye, según la actual doctrina, el resultado prohibido núcleo de su desvalor y antijuricidad penal.

En esos casos no habrá delito, así pues. Puede haberlo, en cambio, cuando se simula ser víctima de un delito real, en tanto que en ese supuesto sí se abrirá una investigación con vocación de llegar al Juzgado (STS 17 de marzo de 1969).

(...) La nueva disciplina procesal hace que casos como el aquí analizado (denuncia de hechos delictivos no sucedidos sin señalar posibles autores: si se designasen nos moveríamos en el delito de acusación y denuncia falsa) carezcan de esa idoneidad: no provocarán salvo supuestos o excepcionales o anómalos actuaciones procesales.

(...) Si antes de la reforma procesal no habría más que tentativa si el atestado no llegaba al Juzgado; ahora, si el atestado no tiene por qué llegar, salvo el caso que será insólito de reclamación de oficio, al Juzgado por disposición legal, no habrá acción punible. No afecta a la consumación del delito el hecho de que se archiven las diligencias penales incoadas a raíz de la denuncia (ATS 1047/2013, de 16 de mayo); pero sí que ese archivo se produzca en la misma sede policial.

(STS 347/2020, de 25 junio)

ART. 468 CP

Quebrantamiento de condena: en la expresión «estuviese privado de libertad» del art. 468.1 CP se integra el permiso penitenciario como cumplimiento efectivo de pena y por lo tanto su quebrantamiento es el de una condena privativa de libertad.

El delito de quebrantamiento de condena y de medidas cautelares es un delito contra la Administración de Justicia por el que se va a proteger la efectividad de las resoluciones judiciales permitiendo que se cumpla con la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado.

Frente a una decisión judicial, como una sentencia condenatoria o una medida cautelar o de seguridad que comporte una restricción de libertad o de derechos fundamentales, el legislador impone su cumplimiento y acatamiento sin posibilidad de desobediencia, lo que se complementa con el tipo penal del quebrantamiento, conminando con una pena la conducta de incumplimiento.

Por otra parte, los permisos penitenciarios, regulados en el artículo 47 de la Ley Orgánica General penitenciaria, y 154 y siguientes del Reglamento Penitenciario, forman parte del régimen de cumplimiento y se integran dentro de la función resocializadora que informa el sistema de ejecución de penas privativas de libertad y constituye un elemento clave para asegurar el tratamiento penitenciario y la reinserción y resocialización del condenado. El Tribunal Constitucional, por todas Sentencia 112/1996, ha manifestado con reiteración que los permisos de salida están conectados directamente con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y la reinserción social, cooperando potencialmente a la preparación de la vida libertad del interno, dirigida a fortalecer los vínculos familiares y a reducir las tensiones de la vida continuada en prisión, siendo un estímulo a la buena conducta. Desde esa perspectiva el permiso se integra en el cumplimiento y ejecución de la pena privativa de libertad impuesta.

(...) La cuestión controvertida se centra en determinar el alcance de la expresión «estuviera privada de libertad», presupuesto de la distinta penalidad. Ha de dilucidarse si la pena ha de fijarse en función de la clase de pena, medida de seguridad o medida cautelar, quebrantada o, por el contrario, la correspondencia ha de realizarse respecto de la situación personal de quien quebranta la pena o medida. En el caso objeto del presente recurso de casación, que nos sirve para fijar el criterio, el recurrente había sido condenado, y se estaba ejecutando una pena privativa de libertad por un delito contra la salud pública; el penado había incumplido su obligación, no era mero retraso, de reingresar al establecimiento penitenciario, después de disfrutar un permiso, y se encuentra en una situación fáctica de libertad, aunque jurídicamente está cumpliendo una pena privativa de libertad.

En principio, ambas posibilidades interpretativas son factibles pues, ciertamente, quien no reingresa al establecimiento penitenciario incumpliendo su obligación, o quien no regresa al establecimiento en un régimen que le permita compatibilizar estancia y salidas diarias a desempeñar una actividad laboral, se encuentra físicamente en libertad, pero también es cierto que el interno está cumpliendo una pena privativa de libertad, pues el permiso forma parte del régimen de cumplimiento normal de esa pena, y, por lo tanto, su situación jurídica es de cumplimiento de una pena privativa de libertad.

La doble previsión penológica no parece obedecer a una distinta conformación fáctica del hecho, sino que contempla que en la tipicidad del quebrantamiento, como antes se dijo, se han ampliado los presupuestos de la tipicidad, del «sentenciado o preso» a quien quebranta la condena, medida de seguridad, medida cautelar, conducción o custodia; variedad de situaciones que aconsejan una distinta penalidad debiendo prever la diversidad de situaciones susceptibles del quebranto y las situaciones que conllevan.

Como criterio general, recordemos que la previsión de penalidad establecida en los tipos penales se conecta con la gravedad del hecho efectivamente cometido, y es obvio que las penas privativas de libertad se corresponden con delitos que merecen un mayor reproche, frente a otras penas más leves. Igualmente, respecto a las medidas cautelares que impliquen una privación de libertad que proceden respecto a hechos investigados graves. En consecuencia, es lógica la previsión de una pena privativa de libertad para el quebrantamiento de una pena impuesta por un delito que lleva aparejada una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo. El quebrantamiento de una pena o una medida es más grave cuando se hace por quien ha sido condenado, o se le impone una medida privativa de libertad, por un delito grave que cuando lo quebrantado es otra clase de pena o medida. Por ello, la pena privativa de libertad del artículo 468 del Código Penal responde a la gravedad de la conducta, el quebrantamiento de una condena o medida privativa de libertad, por la intensidad y efectividad del contenido de la pena o medida.

La interpretación que entiende que la justificación de una u otra pena responde a una situación fáctica de libertad, desde la que se realiza el quebrantamiento, parte de la literalidad del aserto y de considerar que es más grave si el autor se encuentra sometido a un sistema de coacción física y, efectivamente, privado de libertad, que quien no se encuentra en esa situación de efectiva restricción física.

En apoyo de esta tesis, se pronuncia la instrucción del Ministerio Fiscal del 7 febrero 2000, al argumentar, en favor de la interpretación literal, el mayor disvalor de la acción que revela la conducta de quien elude las medidas de contención que delimitan el espacio físico en que aquella restricción se hace realidad. Esto es, si el quebrantamiento se produce mediante la superación de límites físicos que impiden la libertad. También se ha sostenido la mejor favorabilidad en esta interpretación.

Esta argumentación, entendemos, no es del todo asumible. Basada en la mejor favorabilidad, este criterio nos llevaría a entender que lo quebrantado no es una condena, sino un permiso penitenciario y sus reglas. Por tanto, el reproche sería administrativo, lo que conduciría a una consecuencia incoherente.

La expresión «estuviese privado de libertad» se refiere a un concepto normativo del tipo que se rellena con la normativa de cumplimiento que incardina el permiso penitenciario o el régimen de cumplimiento como cumplimiento efectivo de pena y, por lo tanto, su quebrantamiento es el de una condena privativa de libertad, confirmando, en consecuencia, los pronunciamientos del Juzgado de lo Penal y de la Audiencia Provincial en el recurso de apelación.

(STS 50/2020, de 14 febrero)

ARTS. 491 Y 504 CP

Injurias y calumnias a la corona y a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado: Caso Rapero enaltecimiento del terrorismo, y contra la corona y la policía.

Estas expresiones exceden del derecho a la «libertad de expresión» u opinión, y exceden y traspasan la línea divisoria en el marco de expresiones que puedan «herir» o «importunar», en palabras del TEDH a las instituciones, o sus representantes, para entrar en el ámbito del ilícito penal. El hecho probado descrito en las expresiones citadas incluye estas expresiones que no pueden consentirse en una sociedad donde el respeto deba ser la forma de actuar correcta y sus excesos en la medida declarada probada no puede ser admitido bajo ningún amparo. No hay crítica o queja a la monarquía o sus miembros, o incluso a su línea de actuación. Hay frases injuriosas y calumniosas que no pueden tener amparo en la opinión personal del que les expone en red social de amplia difusión. Ni aunque considere que otras personas puedan desaprobar conductas de una persona. Pero una cosa es desaprobar actitudes y otra injuriar y calumniar, porque en estas últimas existe el exceso determinante del ilícito penal.

En ningún modo la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de marzo de 2018 valida y admite que exista esa servidumbre, sino que marca claramente las directrices en orden a la posibilidad de que cualquier persona se le pueda cuestionar o criticar su posición en la vida social y pública. Pero no es el caso que se establece en esta cuestión, sino que se va más allá de la mera crítica pública respecto a la pertenencia a la monarquía y esto es lo que es delictivo y típico en el artículo 490 del Código Penal.

Tampoco puede admitirse, ni se deriva de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de marzo de 2018, que pertenecer a la monarquía suponga una minusvaloración de los derechos que se tengan a la protección del honor. No se trata de que exista una barrera que no admita crítica la pertenencia a la monarquía, pero sí, al menos, el establecimiento de un plano de igualdad en el sentido de que si un miembro de la monarquía es víctima de injuria o calumnia puede merecer esta conducta el reproche penal que marca el tipo penal del artículo 490.

En el caso de que no se admitiera el reproche penal en supuestos como el presente supondría una anulación de un tipo penal que permite la subsunción en el mismo de los hechos probados que en este caso se citan con expresiones reiteradas tales como «mafioso», «ladrón», «borracho tirano», «basura mafiosa», «capo mafioso saqueando el reino español», «negocios sucios en Arabia Saudí», «ya denunciaron

que a Florinda maltrata», «cuántos millones y millones... han saqueado y derrochado durante tantos años... tantos miembros de la familia real», «monarquía mafiosa que da lecciones a países donde nadie es desahuciado», «negocios mafiosos del Borbón con Arabia Saudí», «entre quienes financian el ISIS queda todo», «la banda criminal de la monarquía», o incitando a la violencia como «a Inocencia, pero medio país le desea la guillotina», «Estanislao Picon, tomará su palacio la revolución», «que suelten a la familia real sin escoltas por nuestras calles».

Se trata de expresiones que atentan al honor y que encuentran su ámbito de protección y reproche penal en el art. 491 CP. Recordemos que el art. 18.1 CE garantiza conjuntamente «los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», aunque son diferentes por su objeto específico, sus límites y sus formas de protección. El bien jurídico que se protege en los delitos de injurias y calumnias es el honor. La doctrina apunta que el honor puede ser interno o externo. El honor interno, sería el «ideal e intangible, que posee el hombre como ser racional y que se identifica con la dignidad de la persona». El honor externo sería el juicio que la comunidad proyecta sobre el individuo, es decir, la reputación o fama social. Ambos tipos de honor han sido objeto de perturbación en este caso con las expresiones proferidas.

El exceso en cuanto a la libertad de expresión es claro y manifiesto.

No puede haber libertad de expresión cuando «se supera la barrera del límite de la mera crítica», y en este caso se supera con creces. Y lo hacemos ponderando las posibilidades que tendría el uso de la libertad de expresión en una sociedad democrática que debe admitir la crítica o los comentarios que molesten o importunen, pero no es este el caso. Se trata de claros y graves ataques al honor de la familia real.

En cuanto a la calumnia consiste en atribuir un hecho falso constitutivo de delito a otra persona, sea este perseguible de oficio o a instancia de parte, por lo que la doctrina señala que constituye un tipo agravado de la injuria. Y aquí la doctrina destaca que se requiere un temerario desprecio hacia la verdad, que debe entenderse en el sentido de que se requiere el dolo, es decir, el conocimiento eventual (doloso) de que el hecho de que se imputa es falso. Por consiguiente, «para estimar que concurre calumnia, a ese conocimiento ha de añadirse el de que la expresión que se profiere es ofensiva, sin que quepa exigir un ulterior *animus injuriandi*, ni utilizar este elemento como un criterio delimitador entre dos derechos fundamentales (la libertad de expresión y el honor) cuyos respectivos límites han de trazarse objetivamente» y es aquí donde claramente se sobrepasa con las expresiones antes citadas claramente referenciales de imputación de delitos que conlleva la comisión de la calumnia.

No existe en las expresiones que se citan ninguno de los *animus* excluyentes de este tipo penal que se citan por la doctrina en casos semejantes, y que serían: 1.– El *animus criticandi* o propósito de criticar o censurar constructivamente el comportamiento ajeno» (STC 51/1989). 2.– *Animus narrandi*: Elimina toda injuria por desenvolverse dentro del campo jurídico y de la ética. 3.– *Animus iocandi*: cuando hay una expresión deshonrosa pero dentro de un espíritu de amistad o de broma que excluye toda intencionalidad de ofender. En el caso de la calumnia, hablaríamos del *animus difamandi* o voluntad de difamar.

Pero sí el *animus injuriandi*: es la intención específica de injuriar, de promover en la sociedad el rechazo social hacia una persona mediante una expresión de desprecio, vejativa, pretendiendo el autor causar un daño en el honor del ofendido a través de la imputación (STC 170/1994). Y, además, como se sostiene por la doctrina, la calumnia es un supuesto agravado de la injuria. Se trata de una ofensa al honor a la que hay que añadir la imputación de un delito que puede suponer la posibilidad de que la autoridad judicial instruya el correspondiente sumario contra el agraviado.

(...) Las expresiones declaradas probadas no suponen «un ámbito de la crítica política, y no personal, de la institución de la monarquía en general y en particular del Reino de España». Supone un ataque personal y directo a la Casa Real y a sus miembros de modo despiadado, atacando personalmente a los mismos, y no simplemente una mera discrepancia del recurrente hacia la monarquía como institución del Estado. En modo alguno. Y esta conclusión se lleva a cabo ponderando la libertad de expresión y dónde están sus límites, el alcance de la misma y su proyección. Y en esa actitud de ponderación de la misma y de confrontación de derechos en una sociedad democrática, hay que destacar que, también, en esta misma sociedad democrática en la que se tienen derechos de libertad de expresión existe el mismo derecho de las personas a que no se atente a su honor ni que se les calumnie. Y este es el juego de la ponderación de los derechos de libertad de expresión y el del honor, en donde el exceso exacerbado en el primero entra de lleno en el ataque al segundo.

Todo ello supone un evidente menosprecio a S. M. el Rey y a la institución que encarna en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad por lo que, en este caso, el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta, con toda evidencia, contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, absolutamente innecesario, superándose con mucho lo que pudieran considerarse críticas hirientes, molestas o desabridas, sin que por tanto el art. 20.1 a) y d) CE deban operar como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta, aunque en este caso se refiera a personas que se dedican a actividades públicas. Y es que ser persona pública no supone estar abierto a que se exprese el resto de la sociedad hacia ella en la forma que aquí se ha expuesto. Es una cuestión de límites y en este caso hay exceso grave. Se excede con mucho la barrera de ese límite y no puede encontrar abrigo la conducta del recurrente en la característica de persona pública del afectado, porque no es mera crítica. Es calumnia, injuria y ataque a su honor.

(...) Debemos recordar, y esto es relevante, que la opinión es libre, pero lo que no es libre es el insulto, la calumnia, el ataque a las instituciones del Estado, el menosprecio grave. Destaca la doctrina que el objeto de la libertad de expresión es la difusión de opiniones, ideas, juicios de valor, apreciaciones, etc. que, por su singularidad, solo están sujetos al límite de que no se trate de expresiones formalmente injuriosas.

Se incide por la doctrina en que, en otros términos, la libertad de expresión comprende el derecho a la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida o ácida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, siempre y cuando, no se incurra en el insulto formal, o en expresiones intrínsecamente vejatorias, como en este caso se ha producido.

Y, con ello, no está permitido atacar a cualquier persona o institución sobre la que no se comulgue con sus ideas, o con su forma de actuar, porque el ataque injurioso o calumnioso no es libertad de expresión.

Y es por ello, por lo que la doctrina recuerda que fuera del ámbito del ejercicio legítimo de la libertad de expresión se encuentran las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás incompatible con la norma fundamental; en consecuencia, lo único que no entra dentro del ejercicio legítimo de la libertad de expresión son las frases formalmente injuriosas o el insulto, ya que ello no entra en los parámetros de la «crítica».

(...) Injurias y calumnias a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado (art. 504.2 CP).

Lo mismo que se ha expuesto antes cabe decirlo del tipo penal objeto de condena en el art. 504 CP, ya que suponen los hechos probados ataques a la institución de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en tanto en cuanto tampoco supone una

crítica a una institución pública como es la policía, sino que supone ataques injuriosos y calumniosos al desempeño de su función como representantes del Estado. Porque los agentes de policía en modo alguno tienen una menor protección que cualquier ciudadano. Y por pertenecer al Estado no pueden ser objeto de hechos delictivos de carácter injurioso calumnioso como coste de los hechos probados.

Tampoco se trata de una crítica vertida en cuanto a cómo funcionan las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

También en esta modalidad se va mucho más allá y se introducen en los hechos probados en mensajes que entran dentro del tipo penal del artículo 504.2 del código penal, y que incitan a la violencia, como antes se ha recogido al tipificar los hechos en el art. 578 CP. (...)

Vemos que, incluso, en ambos casos, como se apunta en la sentencia de apelación, su contenido, por la vía también del art. 578 analizado en el fundamento precedente, pone en riesgo la integridad y seguridad de la familia Real y de los cuerpos y fuerza de seguridad no solo por lo que objetivamente se dice y pretende, sino que, además, porque se trata de múltiples mensajes que se prolongan en el tiempo y que se expanden «en abierto» a sus seguidores. No se trata de tuits ocasionales, ni producto de un momentáneo desahogo o de provocaciones puntuales previas, sino obra de una actitud reiterada en la que el acusado indica a sus 54.000 seguidores lo que está bien y lo que no, quiénes son modelo y quién no, e incitando a actuar violentamente contra la Corona y los Cuerpos policiales.

Y en estos dos casos de ataques al Rey y a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, además de hostigamiento verbal contra el Rey y los Cuerpos Policiales, hay concretos actos de apoyo explícito a la violencia que se use contra ellos. De la literalidad de los tuits, en relación con el contexto en que fueron emitidos, como una opinión personal del autor desconectados de lo que podría suponer una crítica política, se puede advertir que aparecen como medio idóneo para suscitar reacciones violentas, minar la confianza en las instituciones democráticas, avivar el sentimiento de desprecio y odio contra esas instituciones y menoscabar la dignidad de las personas. No es libertad de expresión. Es odio y ataques al honor.

(STS 135/2020, de 7 mayo)

ART. 557 BIS CP

Desórdenes públicos: Caso Centro Cultural Blanquerna. Aplicación del subtipo agravado de manifestación o reunión numerosa: impropiedad: al sustituir la reforma de la L. O. 1/2015 la frase «gran número de personas» por «una manifestación o reunión numerosa», se ha dado mayor amplitud al alcance del tipo.

No puede, como apunta el Fiscal, imponerse una interpretación que otorgue el artículo 570.2 del Código Penal del Código antes de la reforma, un carácter extensivo, que no tiene y además en perjuicio del reo. En efecto al sustituir la frase «gran número de personas» por «una manifestación o reunión numerosa», se ha dado mayor amplitud al alcance del tipo.

Consecuentemente para aplicar la norma con el alcance anterior, era necesario que tales actos se produjeran «con ocasión de la celebración de eventos o espectáculos, que

congregarán a un gran número de personas», mientras que en la actualidad bastaría que los hechos se lleven a cabo en «una reunión numerosa o con ocasión de ella».

De ahí se puede concluir que la nueva redacción del precepto sí permitiría su aplicación al caso de autos, ya que la celebración del acto en el local Blanquerna, tendría el carácter de «reunión numerosa», pero el precepto no existía en el momento de comisión de los hechos.

Restaría dilucidar si nuestro caso resultaría subsumible en el antiguo 572.2, que requería que se realizarán en eventos o espectáculos empleando ambos términos como sinónimos como demuestra el propio legislador cuando en el segundo apartado del precepto, nos dice: «con idéntica pena serán castigados quienes en el interior de los recintos donde se celebren estos eventos...». Con lo cual, se puede entender, que el recepto evento empleado por el legislador, lo hace como sinónimo de espectáculo, y espectáculo según la Real academia es, «función o diversión pública celebrada en un teatro, en un circo o en cualquier otro edificio o lugar en que se congrega la gente para presenciarla», refiriéndose pues, única y exclusivamente a espectáculos públicos, a todos aquellos que libremente, si bien, bajo el pago o no de la correspondiente entrada, puede acceder cualquier persona y no cabe duda que la *mens legislatoris*, estaba dirigida a tipificar aquellos actos perturbadores de la paz pública que se estaban produciendo en los espectáculos deportivos. A ello se podrían añadir los conciertos, recitales musicales y otras celebraciones desarrolladas en campos de fútbol o de baloncesto, plazas de toros, y otros recintos o explanadas capaces de albergar multitud de personas.

No parece ser otra la razón de la introducción de tal precepto, por la reforma del año 2003 –nos dice el Fiscal–; pues al haberse producido alteraciones de orden público en diversos espectáculos deportivos, y concretamente en los campos de fútbol, siguiendo las Directivas Europeas y normas reguladoras de las actividades deportivas, consideró conveniente, la tipificación como agravante de tal conducta. A tal interpretación, pareció abonarse este Alto Tribunal, (si bien *obiter dicta*) cuando declaró, «la LO 15/2003 ha reformado este artículo para añadirle un segundo apartado, en donde se incriminan los desórdenes públicos particularmente en sede de acontecimientos muy numerosos (eventos o espectáculos que congreguen a gran número de personas), pensando el legislador seguramente en los deportes de grandes masas, y acentuando su punición en casos en que la alteración del orden público se produzca mediante comportamientos que provoquen o sean susceptibles de provocar avalanchas u otras reacciones en el público que pusieren en situación de peligro o a parte o la totalidad de los asistentes» (STS 136/2007 de 8 de febrero).

Por otro lado, la asistencia al acto no tenía un carácter abierto o público, sino que se accedía con invitación personal y tras la confirmación de asistencia, y el lugar de la celebración, era una local propiedad de la Generalitat de Catalunya.

En cualquier caso, faltaría el requisito de la asistencia de gran número de personas, ya que no es lo mismo reunión numerosa (que sí sería aplicable conforme a la nueva legalidad) que «gran número de personas» que requeriría que se congregarán masas en los referidos espectáculos o eventos.

(STS 386/2020, de 9 julio)

ART. 578 CP

Enaltecimiento del terrorismo: Caso canciones de Raperos. La incitación a la violencia terrorista, mediante el enaltecimiento de los terroristas o de sus métodos, no puede estar amparado por la libertad de expresión.

(...) Los hechos declarados probados no constituyen solamente una conducta de «canción provocadora». Son actos de enaltecimiento de actos terroristas y, por ende, típicos. No se trata de una expresión aislada, de un conjunto de manifestaciones de mal gusto, de expresiones incluso equívocas. Los hechos probados describen un recuerdo y enaltecimiento de conductas terroristas.

No puede, por ello, tratarse de que existe una divulgación por medio del rap del arte, o que se trataba de una denuncia social en la idea de cambiar la sociedad, ya que los hechos probados describen «algo más» en un plus de conducta que lleva el reproche penal del enaltecimiento del art., 578 CP.

La conducta probada no es una proclama de una queja ideológica en modo alguno, sino que, como se ha expuesto por ambos Tribunales, integra una «llamada al delito» y a la revuelta por medio del ejercicio de la violencia, no solo proclamándola como «vehículo» para resolver los «problemas» que, según los recurrentes, tiene la sociedad, sino recordando a destacados terroristas que la ejercieron y ofreciendo estas conductas como símbolo de referente que hace atraer el riesgo abstracto que hemos señalado concurrente en este tipo penal.

Resulta evidente el relato que efectúan ambos Tribunales en cuanto al «evidente exceso» de la conducta declarada probada que traspasa los límites y la «línea roja» de la denominada «canción protesta» con los que, a su vez, marca el tipo penal por el que son condenados.

Las expresas menciones llevadas a cabo por el Tribunal de apelación en torno al exceso de las letras de las canciones y la probanza de su «publicidad» llevan a integrar el tipo penal que es objeto de condena, sin constituir meramente una «queja ideológica» reflejada por medio de la canción en sus redes sociales.

Existe probanza de la «eficacia» de la publicidad, como se ha expuesto, ya que estos contenidos declarados probados cuentan «con unos 1.900 suscriptores y más de 400.000 visualizaciones de sus contenidos».

Por todo ello, en torno a la subsunción de los hechos probados en el tipo penal por el que se les ha condenado hay que recordar los elementos que le caracterizan:

1.- Requisitos del tipo penal del art. 578 CP:

a.- Exige formalmente una actuación del sujeto que suponga justificar delitos de terrorismo o enaltecer a los que hayan participado en ellos. b.- Proclamar que aquellos hechos tipificados como delitos deban considerarse admisibles y no censurables, o decir alabanzas de quien se considera partícipe en su ejecución o atribuirle cualidades de gran valor precisamente, se sobreentiende, por razón de tal participación. c.- Esta conducta va más allá de la expresión de coincidencia con objetivos políticos, o camaradería nacida de vínculos ideológicos, simpatía o de la mera crítica social, y que comporta una alabanza, no ya de los objetivos políticos sino de los medios violentos empleados por las citadas organizaciones terroristas y por sus miembros y contienen una incitación a su reiteración que genera un elevado riesgo real de que alguno de los múltiples seguidores en las redes sociales del acusado los intente repetir. d.- No queda la conducta amparada por la libertad de expresión o difusión de opiniones invocadas, en el entendido de que a los fines del

terrorismo resultan extraordinariamente útiles y valiosas las aportaciones de quienes, como los recurrentes, ensalzan las acciones, justifican la violencia y expresan simpatía frente a la eliminación física del disidente siendo ese el *leitmotiv* que late en las letras que constan en los Hechos probados. e.- No se trata como se pretende en el recurso, de sancionar penalmente una discrepancia respecto de la ideología política o social de otros, o la libertad ideológica, sino, dada la forma en que se exterioriza y expresa la discrepancia, de penar la incitación, la provocación y el riesgo que genera de que terceras personas, enardecidas por esas expresiones, retomen la violencia concreta contra instituciones y colectivos reales y determinados de la manera en que lo hicieron los terroristas que se pone de ejemplo, aunque se incide en que el riesgo lo es en abstracto.

3.- Elementos objetivos que integran la infracción penal:

1.- La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica el delito de terrorismo. 2.- Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. 3.- Justificar supone presentar o hacer aparecer como acciones legítimas aquello que es un claro comportamiento criminal de carácter terrorista.

4.- El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

a) cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577; o b) cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos.

5.- Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión o difusión que otorgue cierta publicidad, como puede ser un periódico, un acto público o un lugar con numerosa concurrencia.

6.- La barrera de protección se adelanta, siendo exigida tan solo la mera alabanza o la justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los ejecutaron.

7.- Conducta típica: Consiste en ensalzar, engrandecer, alabar, dignificar, apreciar, mostrar admiración por la actividad terrorista o la justificación, es decir, describir como justo el terrorismo como medio de solución de conflictos, esto es, una relativización o la negación de su antijuridicidad, lo cual puede suponer una cierta identificación con los autores.

8.- El enaltecimiento es algo más que la mera aprobación o el asentimiento y, la justificación es algo más que una mera explicación y, en todo caso, deben estar referidos de forma clara y determinante a la actividad terrorista tipificada como tal en el CP o de quienes hayan participado en su comisión.

9.- La identificación con el ideario terrorista no puede erigirse per se en fundamento de un tipo penal, pero el mismo supone un indicio que, si se ve reforzado con acto inequívoco de alabanza y justificación de la lucha armada terrorista, rellena el espacio del injusto de este delito.

10.- En cuanto a la forma de la comisión se requiere que el hecho sea público, es decir, conocido por la sociedad, cuando menos las expresiones de enaltecimiento y justificación sean accesibles o de dominio público.

Elemento subjetivo del tipo penal:

1.- Debe deslindarse el dolo o propósito del autor del móvil del delito. El tipo penal solo exige el primero de ellos. 2.- Se comete el delito independientemente de las motivaciones que en su fuero interno pudieran llevar a una persona a actuar del modo en que lo hizo. 3.- Se admite el dolo eventual en algunos casos y según las circunstancias, de tal suerte que el delito se comete si las expresiones tienen los elementos objetivos a los que se refiere. 4.- El elemento subjetivo del injusto, de tal suerte que este último es propiamente el dolo, la conciencia y voluntad de que se está cometiendo un ilícito penal, el cual se constata mediante el examen objetivo de los mensajes publicados, sin que sea posible la integración de los mismos mediante explicaciones posteriores.

2.- El riesgo abstracto. ¿Qué es el riesgo abstracto? Sobre la existencia del riesgo como elemento concurrente en este tipo de casos se han pronunciado tanto el Tribunal de instancia, como el de apelación. a.- Tal riesgo, ha de entenderse en abstracto como «aptitud» ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas. b.- Se trata de que se debe comprobar si en el comportamiento formalmente ajustado a la descripción típica concurre además algún otro elemento que haga constitucionalmente tolerable la sanción penal. c.- Relevancia a efectos de tipificación, como cuestión de legalidad ordinaria, pero bajo exigencias constitucionales, de la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado. d.- Riesgo como aptitud ínsita en la actuación imputada y que va más allá de la mera expresión emotiva, sino que busca incitar a que se apoye y ayude a los que cometen actos de terrorismo. Pues bien, se debe poner de manifiesto sobre este proceso de subsunción y *error iuris* alegado que:

1.- Se destaca la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo, por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, en la que se prevén como delitos incardinables dentro del ámbito del terrorismo.

(...) El delito tiene acogida entre los recogidos en el Título III de la meritada Directiva, en los que esta denomina «Delitos relacionados con actividades terroristas», que, en su Art. 5, bajo la rúbrica de «Provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo» indica que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos».

2.- Considerando 10.º de la Directiva, que señala que «los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población.

3.- Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. Parámetros a tener en cuenta en este caso en relación al riesgo: a.- En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. b.- También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional, que es lo que interpreta en este caso concreto la resolución recurrida, que acaba entendiendo que efectivamente el acusado pretende justificar cierto tipo de terrorismo, aleccionando en su «bondad» a sus seguidores, con la intención de conseguir que alguno de ellos retome y vivifique el pasado terrorista que ensalza como ejemplo en la trayectoria de varias personas a las que se enaltece por ello, colocando a la sociedad ante el riesgo de que, nuevamente, pueda someterse a determinados colectivos a su azote. Los elementos que determinan ese riesgo abstracto se ubican en: a.- El conocimiento de los elementos objetivos del tipo. b.- La idoneidad y aptitud para objetivamente

convertir las expresiones en enaltecedoras o justificativas del terrorismo. c.- El conocimiento de su gravedad. d.- El riesgo, aunque sea abstracto, se erige como un auténtico elemento del tipo, configurando el tipo penal que analizamos como un delito de mera actividad que se agota con la realización de la conducta, sin que se exija la producción de resultado distinto del comportamiento mismo, de manera que el riesgo predicado debe encontrarse ínsito en las manifestaciones, que objetivamente deben ser idóneas para la generación de ese riesgo abstracto, para lo cual, como se ha dicho, habrá que tener en cuenta las circunstancias concretas del caso. e.- Estamos ante un delito de peligro abstracto, esto es aquel en que la «peligrosidad se supone inherente a la acción, salvo que se pruebe que, en el caso concreto, quedó excluida de antemano», lo que exige que el comportamiento determinado sea de hecho peligroso objetivamente *ex ante*, idóneo en el momento de la acción para producir el menoscabo lesivo, aunque no se requiera tampoco una concreta puesta en peligro *ex post*. f.- Las expresiones delictivas integran un incentivo indirecto al lector potencial a apreciar de manera positiva la realización de un acto criminal. g.- «Aptitud» es la habilidad o postura que posee una persona o cosa para efectuar una determinada actividad. h.- El riesgo se dará cuando las manifestaciones públicas sean aptas o idóneas para desplegar una actividad, y por ello se debe valorar esa aptitud o idoneidad en sí misma y en función de las circunstancias. En el caso, lo conforma dirigirse a múltiples admiradores justificando actividades violentas execrables contra colectivos que se demonizan, incitándoles a reaccionar de modo violento contra ellos y poniendo ejemplos reales de cómo hacerlo en terroristas concretos que han actuado en un entorno de entre 5 y 20 años antes. i.- Se trata de tutelar la seguridad colectiva, tanto de las personas como de los bienes, entendiéndola como la creación de un clima de garantía social en el que no se verán amenazados los bienes jurídicamente protegidos, sean individuales o colectivos. j.- Se trata de delitos de peligro abstracto en los que es necesario establecer el llamado «grado de probabilidad», esto es el llamado juicio de peligro, algo no ausente de dificultad. k.- En los delitos de peligro abstracto materiales, en definitiva, el legislador parte de que una conducta es peligrosa para el bien jurídico protegido de acuerdo con las reglas de la experiencia, no siendo necesario que en el caso concreto se demuestre que el bien jurídico haya corrido peligro.

Concurren en el presente caso los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal objeto de condena del art. 578 CP. No tiene cobertura ni amparo justificativo el que los recurrentes quieren sostener de una queja social articulada por medio del rap como «canción protesta», por cuanto los hechos probados no están ni en el límite de la frontera entre el ilícito penal y la mera protesta social, adentrándose con «eficacia» publicista en el exterior por medio de una divulgación social que ha tenido sus efectos, como se ha destacado.

La literalidad de las canciones en sus letras, como se expone en el relato probado que se ha extraído, y destacando las más relevantes, conlleva un claro acto de enaltecimiento y exaltación de la lucha terrorista como *modus operandi* en su ideología de revuelta social y como forma de expresar una solución a lo que los recurrentes entienden como «problemas sociales» y el vehículo que proponen como vía para resolverlo con una claridad expositiva evidente y sin rodeos, sino reclamando con claridad el ejercicio de la violencia y abrigando como ejemplo la conducta de destacados terroristas.

La subsunción de los hechos en el tipo penal es clara y evidente.

(STS 291/2020, de 10 junio)

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Doctor en Derecho

Magistrado

En el año 2020, por segunda vez consecutiva, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no ha celebrado ninguna reunión de unificación de criterios, haciendo uso del art. 264 LOPJ.

En el año 2019, como indicamos en el Anuario anterior, la causa, según fuentes de la propia Sala, fue la celebración del juicio, que concluyó con la STS n.º 459/2019, de 14 de octubre, en la que se condenó a diversos dirigentes de la Generalitat de Cataluña por delitos de sedición, malversación y desobediencia, dado que ello, ante su duración, deliberaciones para la redacción de la sentencia y resolución de las numerosas cuestiones incidentales, resueltas mediante Autos, alteraron la actividad normal de la Sala, debido al número de magistrados que acabaron implicados en dicho proceso.

Ante ello, se ideó la *fórmula de dictar sentencias con siete magistrados*, a fin de unificar criterios sobre las cuestiones que se consideraron necesarias y durante 2020 se ha seguido similar práctica, pero con la diferencia de que, a partir de la sentencia de 24 de febrero de 2020, tales sentencias han sido de pleno, esto es, con la participación de todos los magistrados de la Sala.

Al respecto, se contabilizan una veintena de sentencias en las que se han abordado temas muy variados, de las cuales damos cuenta, seguidamente.

STS N.º 343/2020, DE 25 DE JUNIO DE 2020

Asunto: Colocación de pegatina de haber pasado la ITV, sin ser cierto.

Doctrina: Tras indicarse que se trata de una cuestión resuelta de forma contradictoria por distintas Audiencias Provinciales, se considera delito de uso de certificado falso del art. 399.2 CP en relación con el art. 400 bis CP dada su instrumentalidad probatoria. El distintivo en cuestión integra las figuras delictivas descritas, no siendo un mero elemento instrumental de control policial de los vehículos a fin de comprobar si han pasado la obligada revisión periódica.

STS N.º 344/2020, DE 25 DE JUNIO DE 2020

Asunto: Publicar en internet la dirección de mail y teléfono de la jefa, que le acababa de despedir, haciéndose pasar por ella, pidiendo «sexo duro».

Doctrina: Se considera delito de injurias graves con publicidad del art. 209 CP porque los mensajes publicados tenían un significado objetivamente infamante, degradante y de menosprecio y una intención de injuriar, pues se buscaba una íntima humillación y vejación personal de la persona afectada. La aplicación del tipo agravado se basa en el concepto de «injurias con publicidad» del art. 211 CP, por el medio con que se propagó el mensaje, que supuso que la suplantada recibiera un número de llamadas no precisado, en que le reclamaban mantener relaciones sexuales «dado el ansia sexual que los anuncios proclamaban».

STS N.º 345/2020, DE 25 DE JUNIO DE 2020

Asunto: El recurso de casación lo es respecto a una sentencia de apelación, exclusivamente.

Doctrina: Lo resuelto por un juzgado de lo penal no es susceptible de examen en casación, ya que esta solo ha de ocuparse de cuestiones resueltas por la Audiencia, sin que se admita «el efecto Guadiana»: pretensiones impugnatorias que desaparecen en apelación y reaparecen sorpresivamente en una ulterior impugnación, pues «en el momento en que se consiente una decisión, no impugnándola, queda expulsada esta cuestión de la controversia». De ese modo lo que ha dejado de ser objeto procesal de la apelación no puede ser tampoco, objeto de la casación. Hay voto particular.

STS N.º 348/2020, DE 25 DE JUNIO DE 2020

Asunto: Integra el art. 227 CP el impago de la mitad de la cuota hipotecaria, cuando esta fue impuesta en sentencia de divorcio.

Doctrina: La expresión «cualquier tipo de prestación económica» incluida en el delito de abandono de familia, en su modalidad de impago de pensiones, abarca no solo las pensiones alimenticias *stricto sensu*, sino también la cuota hipotecaria, independientemente de cuál sea su naturaleza jurídica, al tratarse de un pago que cubre una necesidad básica para que sus hijos pudieran utilizar la vivienda familiar.

STS N.º 347/2020, DE 25 DE JUNIO DE 2020

Asunto: Análisis en profundidad del delito del art. 457 CP, tras la reforma de 2015.

Doctrina: Entre los muy distintos supuestos, destacamos que la simulación de delito, consistente en presentar una denuncia verosímil ante la policía, como tiene naturaleza de delito de resultado, permite la tentativa cuando no llega a incoarse un procedimiento penal. En cambio, si el denunciante se retracta antes de que se incoe dicho procedimiento, se está ante un caso de exención de responsabilidad penal por desistimiento. Incluso si el juzgado sobresee una denuncia que, quien la presentó no podía captar que acabase en un juzgado, por inexistencia de dolo, no habría delito.

STS N.º 346/2020, DE 25 DE JUNIO DE 2020

Asunto: Impagos en relación con el art. 227 CP, que se pueden recoger en sentencia.

Doctrina: En los delitos de «tracto sucesivo acumulativo», como el impago de pensiones, se puede solicitar como responsabilidad civil la cuantía que va desde el primer impago hasta el mismo momento del juicio oral, siempre que dicha cantidad se incluya en el trámite de conclusiones definitivas, y que el acusado haya podido defenderse adecuadamente de dicha acusación.

STS N.º 351/2020, DE 25 DE JUNIO DE 2020

Asunto: Hecho de la circulación y cálculo de los intereses de la indemnización.

Doctrina: Partiendo de que la aseguradora resultaba obligada al pago de la indemnización, tanto se tratara de dolo eventual o imprudencia grave, se acuerda que la obligación de indemnizar el perjuicio causado ha de incrementarse con los intereses del art. 20 LCS. Y en concreto, durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. Y desde esa fecha, el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento.

STS N.º 355/2020, DE 26 DE JUNIO DE 2020

Asunto: Subtipo atenuado del delito de fraude de prestaciones a la Seguridad Social.

Doctrina: Dado que el subtipo agravado lo es por obtener para sí o para terceros una prestación indebida de la Seguridad Social superior a 50.000 euros, si se trata de una defraudación inferior a 10.000 euros podríamos, en principio, hablar de un hecho que «no reviste especial gravedad», podríamos estar ante el subtipo atenuado previsto en el art. 307 ter 1, segundo párrafo CP. Pero se descarta su aplicación ante la existencia de una estrategia urdida por quien se encargaba de la gestión directa de la empresa, para que tres supuestos trabajadores, aparentando una relación laboral inexistente, pudieran acceder al subsidio de desempleo sin haberse abonado previamente las correspondientes cotizaciones.

STS N.º 357/2020, DE 30 DE JUNIO DE 2020

Asunto: Delito fiscal por impago del IVA.

Doctrina: El derecho a la presunción de inocencia no se satisface en el proceso mediante simples estimaciones indirectas, sino que requiere que la eventual condena penal se base en una prueba real. Por otro lado, la base imponible en el IVA debe interpretarse en el sentido de que en los casos en que la inspección de los tributos descubra operaciones ocultas sujetas a dicho impuesto no facturadas, ha de entenderse incluido el IVA, en el precio pactado por las partes por dichas operaciones.

STS N.º 389/2020, DE 10 DE JULIO DE 2020

Asunto: Dispensa del art. 416 LECrim. cuando el procedimiento se inicia por denuncia de quien se persona como acusación particular.

Doctrina: La víctima, en estos casos, ha resuelto su conflicto, a favor de denunciar primero y ostentar la posición de parte acusadora después. El derecho de dispensa es esencialmente renunciabile, y la víctima ha renunciado a él. Renunciado el derecho por parte del testigo, como dice nuestra jurisprudencia, no se recobra su contenido, ni hay razón alguna para ello. Esto es común con todos los derechos, salvo el derecho a no declarar del acusado, por afectar esencialmente a su derecho de defensa.

Si después deja de ostentar tal posición procesal no debe recobrar un derecho al que ha renunciado, porque tal mecanismo carece de cualquier fundamento, y lo único que alimenta es su coacción, como desgraciadamente sucede en la realidad, siendo este un hecho de general conocimiento. Tampoco es posible convertir delitos de naturaleza pública en delitos estrictamente privados, no siendo este ni el fundamento ni la finalidad de la dispensa que se regula en el *art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, que de aquel modo los desnaturaliza, pues como ha dicho el Tribunal Constitucional no debemos interpretar este precepto con formalismos «desproporcionados».

En el caso, además, en la fecha de comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento ya se encontraban los cónyuges en trámites de divorcio e igualmente se constató que el día de la comparecencia al juicio oral, ya se había dictado sentencia de divorcio, por lo que se había disuelto el vínculo entre la denunciante y el acusado. Por eso, en estos casos, la dispensa a la obligación de colaborar con la Justicia carece de fundamento.

STS N.º 412/2020, DE 20 DE JULIO DE 2020

Asunto: Estudio, en profundidad, del art.197 del CP.

Doctrina: La delimitación entre el apartado 1 y 2 del art. 197 del CP, delito de descubrimiento y revelación de secretos, necesita acudir a la normativa extrapenal incluida en la Directiva 95/46 del Parlamento de la UE, sustituida por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y en la Ley de Protección de Datos, LO 15/1999, derogada por la LO 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

STS N.º 419/2020, DE 22 DE JULIO DE 2020

Asunto: Punición de los delitos continuados contra el patrimonio.

Doctrina: Con base en la doctrina acuñada en el Pleno no jurisdiccional de la Sala de 30 de octubre de 2007, acogido de manera pacífica por la jurisprudencia posterior, se afirma que la agravación del art. 74.1 CP solo dejará de apreciarse cuando la aplicación del art. 74.2 CP ya haya supuesto una exacerbación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial (en el caso, hurto y estafa continuados).

STS N.º 421/2020, DE 22 DE JULIO DE 2020

Asunto: Medición del grado de imprudencia en un hecho de la circulación.

Doctrina: Para el análisis del caso concreto examinado, se realiza una encomiable exposición, con carácter general, de la doctrina de la imprudencia, sus grados y el modo de evaluarlos. Y se dice que, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona que debió actuar con un deber de cautela y precaución medianamente exigible en las circunstancias concretas.

STS N.º 561/2020, DE 29 DE OCTUBRE DE 2020

Asunto: La revocación de la libertad condicional con incumplimiento de la orden de reingreso al centro penitenciario, integra el delito de quebrantamiento de condena.

Doctrina: Con independencia de su exacta naturaleza, cuestión discutible tras la reforma del CP, efectuada por la LO 1/2015, la libertad provisional se halla vinculada al tratamiento penitenciario de quien es penado, por lo que su revocación, por volver a delinquir u observar mala conducta, con orden de reingreso incumplida en el centro penitenciario, integra el delito del art. 468.1 CP.

STS N.º 557/2020, DE 29 DE OCTUBRE DE 2020

Asunto: Legitimación del progenitor conviviente para denunciar el delito del art. 227 CP.

Doctrina: Se considera cumplido el requisito de procedibilidad previsto en el art. 228 CP, al considerarse agraviado al progenitor que convive con el hijo, aunque este sea mayor de edad, porque es una de las personas que soporta las consecuencias inmediatas de la actividad criminal. En todo caso, es posible subsanar tal cuestión, asumiendo el alimentista mayor de edad, en sede judicial, la denuncia formulada por su progenitor o progenitora.

STS N.º 570/2020, DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2020

Asunto: Cazar en tiempo de veda, puede ser constitutivo de un delito contra la fauna.

Doctrina: La aplicación del delito del art. 335 CP, a fin de separarlo de la mera infracción administrativa, exige un plus de ofensividad para el equilibrio de la biodiversidad y la propia supervivencia de la fauna, que no pueden considerarse bienes jurídicos de ínfimo valor axiológico. Y el hecho de abatir cinco animales, un muflón y cuatro ciervos en época de veda y sin autorización del titular del coto, se considera de gravedad suficiente para considerarse incluido en dicho delito.

STS N.º 573/2020, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2020

Asunto: Competencia para enjuiciar la utilización de un permiso de conducir fraudulento, elaborado en el extranjero.

Doctrina: Consecuente con el art. 23. 3 f) de la LOPJ y el art. 6 del Convenio Schengen, el permiso de conducir falso, documento oficial y de identidad, al tiempo que es utilizado en España, constituye un delito que conlleva que sea conocido por la jurisdicción española, cualquiera que sea el lugar en que se produjo la falsificación.

STS N.º 586/2020, DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2020

Asunto: Prescripción del delito fiscal.

Doctrina: La administración tributaria no puede liquidar impuestos prescritos, pero sí realizar comprobaciones e investigaciones respecto a impuestos no prescritos que incidan sobre actos y operaciones del mismo sujeto tributario. En el caso, se trataba de una sociedad sobre la que gravitaba el IVA y el impuesto de sociedades.

STS N.º 607/2020, DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2020

Asunto: Ejecución de los pronunciamientos civiles de una sentencia penal.

Doctrina: Firme una sentencia penal, la ejecución de sus pronunciamientos de naturaleza civil pueden continuar hasta la completa satisfacción del acreedor, que no necesita instar demanda alguna y sin que le afecte ni la prescripción ni la caducidad, tal como resulta de los artículos 239 y 570 de la LEC.

STS N.º 692/2020, DE 15 DE DICIEMBRE DE 2020

Asunto: Aplicación de una STEDH, que estima vulnerado el art. 6.1 del CEDH.

Doctrina: Declarada la falta de imparcialidad del Tribunal, la consecuencia es casar la sentencia declarada firme y no acudir al recurso de revisión, sino anular dicha sentencia y retrotraer las actuaciones al momento procesal de celebrar un nuevo juicio oral con un tribunal diferente.

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO(1)

CARMEN FIGUEROA NAVARRO
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

INSTRUCCIÓN 1/2020, DE 15 DE SEPTIEMBRE, SOBRE CRITERIOS DE ACTUACIÓN PARA LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES EN LOS DELITOS DE ALLANAMIENTO DE MORADA Y USURPACIÓN DE BIENES INMUEBLES

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares.-2. La delimitación entre el delito de allanamiento de morada y el delito de usurpación de bienes inmuebles. Breve análisis del concepto de morada.-3. Medidas cautelares en procedimientos penales por delitos de allanamiento de morada y usurpación. 3.1 Planteamiento de la cuestión. 3.2 Notitia criminis. 3.3 Solicitud de la medida cautelar. Fumus boni iuris, periculum in mora y juicio de proporcionalidad. 3.4 Trámite. Posible audiencia del/de la investigado/a. Medida cautelar inaudita parte.-4. Conclusiones.

(1) Disponible en: <https://www.fiscal.es/documentaci%C3%B3n>

CIRCULAR 1/2021, DE 8 DE ABRIL, SOBRE LOS PLAZOS DE LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL DEL ARTÍCULO 324 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

SUMARIO: 1. Cuestiones preliminares.–2. Los plazos de la investigación judicial del art. 324 LECrim. 2.1 Nueva regulación legal. 2.2 El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y los plazos regulados por el art. 324 LECrim. 2.3 Ámbito objetivo de aplicación.–3. Presupuestos para la prórroga de la investigación judicial.–4. Delimitación de las facultades del órgano instructor y las partes en relación con la prórroga de la investigación judicial.–5. Cómputo de los plazos. 5.1 Determinación del dies a quo. 5.2 Dies ad quem de la investigación judicial.–6. Interrupción del cómputo.–7. Los efectos del transcurso de los plazos de la investigación judicial. 7.1 Prórroga extemporánea de la fase de investigación judicial. 7.2 Régimen jurídico de las diligencias practicadas extemporáneamente. 7.2.1 Diligencias acordadas con anterioridad al agotamiento del plazo. 7.2.2 Régimen de las diligencias acordadas y practicadas extemporáneamente.–8. La declaración en calidad de investigado/a tras la expiración de los plazos del art. 324 LECrim.–9. La petición de diligencias complementarias tras la conclusión de la fase de instrucción.–10. La actividad extraprocésal del Ministerio Fiscal ante procedimientos provisionalmente sobreseídos.–11. Actividad extraprocésal y plazos procesales de la investigación judicial.–12. Régimen transitorio aplicable a las causas incoadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma.–13. Cláusula derogatoria.–14. Conclusiones.

BIBLIOGRAFÍA

Revista de libros

ALCALÁ, César: *Checa. Las prisiones republicanas*. LibrosLibres. Madrid, 2020, 390 páginas.

Este es un libro terrible. César Alcalá nos presenta una obra dura y necesaria, demostrativa de que la denominada Memoria Histórica no únicamente debe ocuparse de los crímenes franquistas, sino de los llevados a cabo por los partidos del Frente Popular, esencialmente en la retaguardia de las ciudades que resistieron el alzamiento militar del 18 de julio de 1936. Barcelona, Madrid o Valencia ocupan, fundamentalmente, las páginas de este texto sin concesiones, plagado de crueldades sin cuento. No es la primera vez que el autor, periodista e historiador, en su bibliografía, se ocupa de este asunto, pero el presente es, posiblemente, el más completo y, desde luego, el más actualizado.

Lugares de detención y siniestros personajes, autores de los desmanes que allí se cometían, pueblan el texto. También aparecen nominativamente muchas de las víctimas. La vesania y la arbitrariedad presiden la actuación de los milicianos, al margen de cualquier poder estatal, aunque lo cierto es que cuanto acontecía era conocido y consentido por este, cuando no incitado claramente por los responsables gubernamentales. En este sentido, las referencias al presidente de la Generalitat, Lluís Companys, al ministro de Defensa, Indalecio Prieto, o al ministro de la Gobernación, Ángel Galarza, son determinantes, así como a los directores generales de Seguridad del periodo.

La competencia, en cambio, de la Dirección General de Prisiones es inexistente en las checas. De ahí, que César Alcalá señale que «el ingreso en una cárcel oficial era un privilegio para los habitantes de la capital de la nación» (pp. 341), refiriéndose concretamente a la Modelo, sita en el distrito madrileño de Moncloa. No obstante, los secuaces de la Junta de Orden Público irrumpían cuando lo deseaban en este centro, seleccionando internos y secuestrándolos para asesinarlos en las afueras. En lo poco en que se permitió actuar al Organismo oficial, personificado en la persona del delegado para las prisiones de Madrid, Melchor Rodríguez García, «el ángel rojo» (pp. 38 y ss.), las cosas en los centros, bajo su autoridad, mejoraron sensiblemente.

La descripción de los centros de encierro es detallada. Acompañada de fotografías, se nos muestran los edificios, requisados muchos de ellos y recon-

vertidos, en su nuevo destino, en checas de tortura. El recorrido es intenso y extenso por sus estancias, pasillos y sótanos. Pareciera que en las ciudades leales a la República proliferaran estos siniestros establecimientos en desmesurado número. La entidad de los variados tormentos (además de los narrados en cada checa, *vid.* el catálogo de estos en la pp. 313 y ss.) y el acondicionamiento de las celdas a tales efectos son estremecedores. Los testimonios de los supervivientes y de algunos de los propios torturadores no ofrecen duda. Si en un principio fue la llamada Causa General (de la que existen múltiples ediciones desde 1943; en este sentido *vid.* Ed. Akrón, Astorga, 2008) la que publicó los sucesos, un buen número de libros se han ocupado desde entonces de los mismos con rigor y veracidad. Otra cosa es que no satisfagan o sean denostados por los partidos sectarios, alguno de los mismos involucrados en su historia en tales acontecimientos.

Los apartados del libro de Cesar Alcalá podían compendiarse, esencialmente, en los sitios y establecimientos que se utilizaron para el encarcelamiento político. Las checas de Barcelona (pp. 101 y ss.), las de Madrid (pp. 197 y ss.), las valencianas y de su Comunidad (pp. 257 y ss.), los barcos prisión, en los puertos que quedaron, en un primer momento, en manos de los republicanos, como Barcelona, Valencia, Bilbao, Santander y Baleares, (p. 279 y ss.) y los campos de concentración (pp. 301 y ss.) ocupan la parte principal de la obra, sin perjuicio de otros capítulos en donde se introducen los métodos genéricos de detención, malos tratos o sacas para los fusilamientos, así como unos anexos complementarios.

Todos los edificios destinados al fin de hacer sufrir se enumeran y son descritos con minuciosidad. Los más conocidos en el imaginario popular y los más ocultos de cuantas ciudades se recorren. Y todos dejaron su memoria amarga. Edificios, palacios, cuarteles o conventos, que todavía pueden verse, con su exterior en ocasiones incólume, olvidados los interiores donde se practicaba el terror. Hay un camino que puede hacerse fácilmente en dos calles madrileñas que se cruzan: en la de Torija estaba el Tribunal de la Suprema de la Inquisición y en Fomento 9, una de las checas más temibles. Ambas instituciones diferían en poco respecto al dolor que procuraban y nos deben hacer pensar.

Finaliza el libro de Alcalá con una extensa bibliografía (pp. 385 y ss.) que se refiere expresamente a la materia de que se trata; buenas referencias para proseguir en la investigación de esos hechos.

Pero lo peor de todo, pese a lo vivido y contado, es la ocultación e incluso el negacionismo de lo acontecido. Por desgracia, también lo narrado es historia de nuestra Guerra Civil que debería ser borrada de la memoria de todos, como se pactó en la Transición democrática donde, aunque permaneció la conciencia de los hechos, se antepuso la necesidad del olvido y el perdón. Que esto se haga o se incumpla depende hoy de todos.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

ANDRÉS LASO, Antonio: *Concordia en las Cortes y violencia en las cárceles: la transición penitenciaria española*. Reus. Madrid, 2021, 356 páginas.

Siempre he tenido un enorme respeto por los logros profesionales de Antonio Andrés. Funcionario de Instituciones Penitenciarias del Cuerpo Técnico (actual jurista de Topas), secretario general de la Delegación del Gobierno de Castilla-León, subdelegado del Gobierno en Salamanca y profesor de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, fui miembro del Tribunal que juzgó su brillante tesis doctoral, dirigida por mi querido colega Ricardo Mata, catedrático de dicho centro docente, sobre la transición política y penitenciaria española, y formé parte del que le otorgó, con todo merecimiento, el prestigioso Premio Victoria Kent(1), al que presentó su laureada y citada tesis. Es pues, un gran especialista en la materia, con importantes libros y artículos publicados al respecto, alguno de los mismos francamente originales y determinantes.

El presente es más político. Se trata de un análisis exhaustivo de las reformas, tanto las referidas a los cambios legislativos, incluida la Constitución o la Ley General Penitenciaria, cuanto al régimen democrático que nacía. Excusado es decir que Andrés Laso es un entusiasta de las transformaciones operadas, en las siempre creyó, recogiendo y alabando la tarea emprendida por muchos de los que fuimos, en mayor o menor medida, sus protagonistas.

Conocí esta obra con anterioridad a este momento. No únicamente me pareció digna de ver la luz sino necesaria. Ya había publicado el autor un pequeño y valioso ensayo, que puede considerarse un claro avance, en un reciente Vol. Colectivo, que recoge un ciclo de conferencias en la Facultad de Derecho de Valladolid (dirigido por Ricardo Mata)(2), pero yo le insistí en la obligatoriedad de dar a conocer el texto amplio y completo. Esto es precisamente lo que se ha hecho ahora y ello me llena de satisfacción. Pareja a la que sentí cuando Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona, que fue mi subsecretario de Justicia y actual consejero permanente de Estado, presentó la segunda parte de sus memorias, «Las transiciones de UCD»(3), cuya recensión tam-

(1) ANDRÉS LASO, A.: «La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: orígenes, evolución y futuro». Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior. Madrid, 2016. *Vid.* mi recensión a esta importante obra en GARCÍA VALDÉS, C.: «Bibliografía. Revista de Libros», en *ADPCP*, 2016, pp. 681 y ss.

(2) ANDRÉS LASO, A.: «De la Ley a la Ley, del Reglamento a la Ley: La reforma penitenciaria en el cambio de régimen», en Mata y Martín, R (Dir.): «Hitos de la historia penitenciaria española. Del siglo de oro a la Ley General Penitenciaria». BOE. Madrid, 2020, pp. 207 y ss.

(3) ORTEGA DÍAZ-AMBRONA, J. A.: *Las transiciones de UCD. Triunfo y desbandada del centrismo (1978-1983)*. Galaxia Gutenberg. Barcelona, 2020.

bién hice y aparece hoy en esta misma sección del presente Anuario(4). Textos así, como estos, referidos a la transición democrática, son aleccionadores y merecen editarse y destacarse siempre para documentación y ejemplo de quienes no la vivieron directamente. Ambos libros son complementarios. El de Juan Antonio Ortega está escrito desde dentro, como personaje destacado, en sus diversos cargos públicos, del cambio producido y el de Antonio Andrés trabajado desde fuera, como estudioso apasionado del mismo y conocedor de cuanto aconteció. Los dos son admirables y merecedores del mayor encomio.

La obra de Antonio Andrés, con esclarecedor prólogo de su maestro, Ricardo Mata, consta de catorce capítulos que pueden resumirse en tres grandes partes: la inicial y más sucinta referida al cambio político que se operó en la transición (pp. 27 y ss.), la más extensa sobre los orígenes y aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria (pp. 73 y ss.) y la final, acerca de la problemática presente de nuestras prisiones y la actualidad de la posible reforma del gran texto legislativo (pp. 277 y ss.). En cuanto a este tema, me sigue pareciendo inviable. La situación política, enrarecida y sectaria, no entiendo que pueda llegar a un consenso tan necesario para la aprobación de una nueva y más moderna Ley Penitenciaria, «concordia» en las Cámaras, entre partidos, como titula el autor, imprescindible como lo fue en 1979 y hoy, en mi opinión, impensable.

Una completísima bibliografía y otras fuentes documentales, dignas de la mayor alabanza por su adecuada selección, cierra el libro (pp. 330 y ss.), listado de obras que nos servirá, indiscutiblemente, para profundizar en lo escrito con tanta validez y utilidad por Antonio Andrés.

No me cabe duda de que los apartados que abarcan los capítulos tres a nueve, definen la presente monografía. Cuanto narra, con inteligencia y aprobación el autor, no puedo olvidarlo, es más lo recuerdo directamente. Antonio Andrés lo va mencionando a lo largo de su escrito y yo me reconozco en cuanto dice, especialmente en lo relativo al esfuerzo y sacrificio que conllevó la puesta en marcha de la nueva legalidad penitenciaria y la pacificación de las prisiones. Tampoco margina a mis mejores colaboradores, citándoles, sin los cuales nada podría yo haber realizado. Ello demuestra el conocimiento profundo de la época que el autor exhibe.

Personalmente no puedo omitir que este tipo de ensayos, que hablan de un pasado que protagonicé, dan, sin dudar y, en primer lugar, justificación a mi vida y luego, la satisfacción de ver, cuarenta y dos años después, que se actuó con equilibrio y entrega en un cargo que sigo respetando –a quien lo ostente– y queriendo. Habla el autor de mí con respeto y reconocimiento (pp. 210 y ss.) y, al recorrer esas páginas, yo no puedo sino agradecer su generosidad y sacar de la memoria que cuánto se hizo, indudablemente, mereció la pena.

(4) GARCÍA VALDÉS, C: «Bibliografía. Revista de Libros», *ADPCP*, 2021, *vid. ut supra*.

La aportación de Antonio Andrés Laso es singular y excelente, merecedora del aplauso público y del especializado. La reciente historia penitenciaria española se encuentra perfectamente recogida, con cariño y profunda dedicación. Pocos son capaces de hacerlo. Únicamente los estudiosos sinceros y bienintencionados intelectuales, que así nos dan cuenta de una etapa decisiva de nuestro pasado más cercano que alumbró lo mejor del presente. Eso es exactamente lo que ha hecho Antonio Andrés. Aproximarnos a una evolución completa del sistema penitenciario democrático de nuestro país, enmarcado en el contexto de la reforma política, con una documentada obra necesaria e imprescindible para conocer nuestro ayer.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

CAROU GARCÍA, Sara: *El yihadismo en prisión. El abordaje penitenciario del radicalismo islamista violento*. Bosch. Barcelona, 2020, 260 páginas.

I

La profesora y abogada, Sara Carou García, vuelve a tratar monográficamente un tema penitenciario delicado, lleno de dificultad y profundamente original. Ya lo hizo, con anterioridad, al escribir acerca del primer grado o régimen cerrado de cumplimiento (Bosch, 2017) y ahora lo efectúa con este libro francamente interesante y prácticamente nuevo en nuestra literatura. La Dra. Carou ejerce la docencia en la actualidad en la UNIR, como lo hizo antes en la Universidad de A Coruña y, en consecuencia, es una reputada y experimentada profesora. Lo que distingue científicamente a un autor es lo complicado y riguroso de sus aportaciones, especialmente si completan una trayectoria o, en otro supuesto, son de las más recientes y modélicas que ven la luz. Y en ello destaca nuestra colega. Apenas tres años separan esta obra de sus primeros estudios penitenciarios y el logro de los mismos es evidente. Fructíferas para el investigador, todos sus trabajos componen un presente esperanzador de la autora como relativamente reciente y ya muy destacada penitenciarista. El reconocimiento que evidentemente merece la presente monografía se ratifica en las ajustadas palabras del prologuista, el director de la Cátedra de Derechos Humanos y Poderes Públicos de la Universidad del País Vasco, Jon-Mirena Landa Gorostiza, perfecto y extenso introductor al actual texto de la profesora Carou.

II

El yihadismo en prisión consta de cuatro capítulos, unas conclusiones y dos anexos (bibliográfico y jurisprudencial). Es un repaso perfecto al tema del terrorismo en general y al yihadista en particular. Los aspectos penitenciarios ocupan, en mi criterio, la parte más destacada del importante libro y es precisamente la que más me interesa por sus excelentes trazas de Derecho penitenciario, por la visión de su problemática, sus conocimientos y soluciones bien pensadas.

En los dos primeros capítulos (pp. 29 y ss. y 59 y ss.) el trabajo de Sara Carou se centra en el estudio del terrorismo, su historia, su concepto jurídico y la respuesta del conjunto de los ordenamientos al mismo, bien sean internacionales, comunitarios o el propio español. Esta metodología se repite al hablar del específico yihadista. La violencia impregna su cultura y, a este respecto, es fácil detectar en el mismo el «incremento de su capacidad e intencionalidad lesivas» (pp. 79 y ss.). Su perfil en nuestro país, tan doloroso, completa estos apartados, brillantes por demás. No existe compensación de culpas en estas líneas. Esta clase de terrorismo no encuentra justificación externa ni es respuesta a otro estatal o particular. La impregnación religiosa todo lo completa y lo hace extremadamente peligroso. Aunque en el apartado siguiente (pp. 97 y ss.) se encuentran determinados factores de radicalización (pp. 105 y ss.), esta se nos aparece como algo intrínseco a estos grupos. De ahí, la conversión de las actuaciones de tales organizaciones en un problema estricto de seguridad, como la autora acertadamente concluye.

Como ya he anticipado, el capítulo IV se ocupa del asunto penitenciario (pp. 119 y ss.). Es el que da título al libro y en verdad es francamente determinante dentro de la gran obra de la profesora Carou. La autora nos muestra un conocimiento extremo de la legislación y práctica carcelaria al respecto. Como recuerdo anecdótico, quiero ahora expresar que cuando asumí, en plena transición democrática, el mando de nuestros centros penitenciarios, yo no tuve internos de esta clase de terroristas por no existir en aquel momento. Sí a ETA, Grapo, Terra Lliure y la extrema derecha, pero no conocíamos el terrorismo islámico, al menos no como organización criminal numerosa y estructurada. Por eso cuanto escribe Sara Carou es de enorme interés en la actualidad y a mí especialmente me abre caminos ignorados de conocimiento. Flota en sus líneas un reconocimiento a la Administración penitenciaria digno de encomio. No únicamente se refiere a las medidas de rigor y seguridad imprescindible (FIES, clasificación en primer grado, etc.) sino que no olvida el esfuerzo reinsertador, impuesto constitucional y legalmente, de la Institución. Al margen de las actitudes de control necesarias sobre esta clase de reclusos, con módulos separados del resto, política de dispersión en centros o supresión de permisos, por ejemplo, el tratamiento, base de nuestro sistema, no se olvida en la monografía, así como el meritorio programa marco de intervención sobre esta clase de internos (pp. 201 y ss.). Unas conclusiones, resumen de lo tratado, cierran

el texto, así como un listado bibliográfico y jurisprudencial, fundamento y complementario de lo escrito.

La buena escritura, la correcta expresión y la facilidad de lectura componen la redacción formal del texto. El equilibrio y la sensatez impregnan el fondo de la obra. Ello no es nuevo en lo escrito por la profesora Sara Carou. Por mucha dificultad que presente lo que se trate y lo especial que suponga para la Administración penitenciaria, bien sea el primer grado de tratamiento o la prisión de los yihadistas, la demagogia desaparece de sus planteamientos. La exposición limpia y clara se impone. La crítica constructiva es patrimonio de los mejores. Este es el camino que ha emprendido y alcanzado la autora y este el ejemplo para cualquier investigador que se precie.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

CRUZ PALMERA, Roberto: *Delitos instrumentales: aspectos de política legislativa*. BdeF. Buenos Aires, 2020, 327 páginas.

La presente obra fue escrita por el Dr. Roberto Cruz Palmera, docente-investigador en la Universidad Isabel I de Castilla. Se trata del fruto de su investigación doctoral, con la que el autor obtuvo la calificación *cum laude* y su doctorado en Derecho por la Universidad de Navarra. La obra fue prologada por Pablo Sánchez-Ostiz, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Navarra. El dato biográfico de que sea la primera monografía de largo aliento de Cruz Palmera no ha de llevar a la apresurada consideración de que es una obra que merece un lugar secundario en la dogmática penal iberoamericana. La temática escogida resulta sumamente original, relevante y útil, como se argumentará en las próximas páginas.

Se trata, en primer lugar, de una obra que es original en tanto aborda sistemática y monográficamente el problema de los delitos instrumentales; esto es, se examina la incriminación de conductas en fase de preparación dirigidas a la comisión de infracciones penales. En el contexto iberoamericano escasean abordajes científicos sobre el tema escogido por el autor. Con todo, no solo el autor ha seleccionado un tema original para el estado del arte de la disciplina, sino que se trata de un problema relevante para la ciencia del Derecho Penal.

El Derecho penal atraviesa lo que se ha llamado desde hace unos años «expansión del derecho penal». Esa tendencia expansionista no se ha contenido. De hecho, no ha parado de crecer. La proliferación de figuras penales

que sancionan conductas que podrían llegar a poner en riesgo a determinados bienes jurídicos resulta un desafío para la vigencia de algunos de los principios más caros para el derecho penal moderno tales como el principio de mínima intervención o el principio de lesividad. La ciencia del Derecho Penal precisaba de una respuesta a estos problemas, ya que su solución no es banal u obvia, sino que requiere de un tratamiento científico riguroso para que en la reflexión académica y la práctica del Derecho penal se concrete el respeto a los derechos y garantías iusfundamentales.

La presente obra se estructura en tres partes y siete capítulos. La primera parte se titula «Breve panorama del fenómeno de la preparación como delito», y está compuesta por tres capítulos. En esta primera parte se pretende delimitar el tema de la investigación y trazar el marco teórico sobre el cual se apoyará el resto de la obra. De esta manera, en el primer capítulo se describe el fenómeno de la preparación en el campo del derecho penal.

En el segundo capítulo se reconstruye la triple categorización de los delitos preparatorios que resulta más convencional para la ciencia del Derecho Penal. Así, se advierte que tales delitos se clasifican del siguiente modo: i) por la tenencia de elementos que servirán para cometer delitos; ii) por la relación con la víctima; iii) por la contribución a los responsables. Con todo, Cruz Palmera propone dejar de lado a esa clasificación. En concreto, se propone (a) tomar en consideración si el sujeto activo presenta alguna cualidad especial; (b) la gravedad de la pena establecida; (c) y la peligrosidad de los instrumentos que se emplean para la preparación de un delito.

La razón que esgrime el autor para esta categorización alternativa es que así se pone de relieve la relevancia dogmática de la penalización de la anticipación criminal. Los tres ejes mencionados por Cruz Palmera, en efecto, subrayan las motivaciones de política criminal que podrían llegar a justificar la criminalización de determinados actos preparatorios. En efecto, la categorización estándar de los delitos instrumentales no pone el acento en el problema que tales delitos plantea al diseño de una política criminal efectiva que, a la vez, sea capaz de asegurar el respeto de los derechos y garantías constitucionales.

En el tercer capítulo se aplica el arsenal teórico desarrollado en el capítulo 1 y 2 para el análisis dogmático de cinco delitos que describe el Código Penal español: (i) la «estafa» informática; (ii) la lesión de la propiedad intelectual; (iii) el tráfico de droga; (iv) la comisión de falsedades; (v) Auto adoctrinamiento para cometer delitos de terrorismo. Si bien es cierto que la «parte especial» del Derecho penal es la menos universalizable, también es verdad que la expansión del Derecho penal lleva a que ciertas conductas gravemente peligrosas para el *ethos* social o el tráfico jurídico sean problemas universales. Me refiero, por ejemplo, al tráfico de estupefacientes, las infracciones a la propiedad intelectual a escala comercial y la estafa informática, son asuntos que no afectan solamente a España. Más aún, estamos ante flagelos que tienen un alcance transnacional, los cuales se pretenden contener o evitar por medio de estrategias preventivas que suelen involucrar figuras penales que criminalizan determinados actos preparatorios.

La segunda parte tiene un relieve evaluativo o valorativo. Ya no se trata principalmente de describir nociones o aplicar un arsenal de conceptos a un determinado problema, sino de poner en contraste la punibilidad de la anticipación criminal con los principios fundamentales del derecho penal sustantivo. Más específicamente, en el cuarto capítulo se confronta el problema de investigación con los principios de legalidad (i); el principio de subsidiariedad (ii); el principio de proporcionalidad (iii); el principio de lesividad (iv); la presunción de inocencia (v) y el principio de culpabilidad (vi).

En el quinto capítulo, en cambio, se describen otros instrumentos de política criminal para la anticipación criminal. De lo que se trata aquí es de comparar a los delitos instrumentales con los instrumentos clásicos de anticipación –v. gr., la tentativa, los actos preparatorios punibles, los delitos de tentativa, los delitos de peligro abstracto, los delitos de participación y el concurso medial de delitos–. La conclusión a la que llega el autor en este capítulo, tras plantear algunas similitudes y muchas diferencias entre tales delitos y otros mecanismos de anticipación, es que los delitos instrumentales plantean una tensión mucho más intensa con los principios básicos del Derecho penal. Dicho de otra manera, la punibilidad de tales delitos se acerca peligrosamente a un «Derecho penal de intenciones» y se aleja del «Derecho penal de acto», quizá la conquista más preciada del llamado Derecho penal liberal.

Esta segunda parte de la obra de Cruz Palmera plantea una suerte de paradoja: si bien los delitos instrumentales se encuentran en una marcada tensión con los principios más caros para el Derecho penal, también es cierto que los demás instrumentos de la política criminal examinados en el capítulo quinto no resultan adecuados para alcanzar las finalidades que se pretenden concretar por medio de la incorporación de los delitos instrumentales al ordenamiento jurídico-penal.

La tercera parte de la obra de Cruz Palmera resulta más bien de corte propositivo y pretende ofrecer un camino para sortear la paradoja que plantean los delitos instrumentales. Esta última parte le otorga a la obra un interés que excede al nicho de profesores de derecho penal y juristas prácticos que se regocijan en sus incursiones academicistas. De esta manera, en los últimos dos capítulos se nos ofrecen diversas consideraciones y pautas interpretativas para conciliar los principios básicos del derecho penal ante la desafiante tarea de subsumir hechos concretos en los tipos penales que instituyen delitos instrumentales.

Así, la respuesta del autor se podría sintetizar en que la penalización de los delitos que se examinan en este trabajo no necesariamente representa una contradicción insalvable con los principios fundamentales del derecho penal sustantivo. El desafío teórico y práctico que plantean los delitos instrumentales, en efecto, consiste en superar un silencioso pero falso dilema: procurar una robusta concreción de los principios elementales del Derecho penal y, a la vez, asegurar la protección de la sociedad por medio de la institución de los delitos instrumentales en nuestros ordenamientos jurídico-penales.

La obra que se reseña presenta un abordaje original y útil de un problema relevante para la ciencia y la práctica del derecho penal. Los temas se exponen, analizan y cuestionan por medio de un tratamiento exhaustivo de las fuentes de información jurídica –doctrina, leyes, jurisprudencia, tanto nacional como extranjera–. Y, en ese sentido, el libro presenta un nivel de acribia francamente sobresaliente para un novel investigador. Con todo, finalizaré esta recensión con algunas observaciones que me ha suscitado la presente monografía.

Estimo que el nervio central del sistema jurídico que toca el problema de la punibilidad de la anticipación criminal –en general– y el de los delitos instrumentales –en particular– desemboca invariablemente en temas de marcado relieve constitucional. El tratamiento de las garantías y principios sustantivos del Derecho penal que hace el autor son muy rigurosos, pero la obra se podría haber nutrido significativamente con el aporte de la teoría y práctica de la máxima de razonabilidad.

Es cierto que Cruz Palmera no pocas veces hace incursiones al principio de proporcionalidad, lo cual sin lugar a duda roza la tangente de la máxima o test de razonabilidad(1). Sin embargo, la caracterización del principio de proporcionalidad se hace en clave de dogmática penal, y no desde el punto de vista de la ciencia del derecho constitucional. La obra de autores como Laura Clérico, Carlos Bernal Pulido, Vicki Jackson, Fernando Toller, y Juan Cianciardo –por mencionar solo algunos de referentes internacionales en lo que respecta al principio de proporcionalidad en materia constitucional– podría iluminar el camino que propone el autor para conciliar el respeto a la constitución con la consecución de las finalidades de política criminal que se busca por medio de la introducción de delitos instrumentales.

En síntesis, si lo propuesto en la tercera parte de la obra de Cruz Palmera se complementa con una aplicación de la máxima de razonabilidad, quien pretenda subsumir hechos concretos en delitos instrumentales tendrá un camino seguro para aplicar rigurosamente la ley penal, pero con un meticoloso respeto a lo dispuesto por la constitución.

DR. LUCIANO D. LAISE

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Argentina)

(1) La máxima de razonabilidad, tal como se la entiende en este trabajo, contiene al desarrollo constitucional del principio de proporcionalidad que se suele hacer en la jurisprudencia y doctrina especializada, pero le agrega un cuarto paso: el respeto al contenido mínimo de todos y cada uno de los derechos y bienes iusfundamentales involucrados en el caso concreto. FERNANDO M. TOLLER, «Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales», en *Tratado de Derechos Constitucionales*, ed. Rivera (h.), Julio César; Elías, José Sebastián; Grosman, Lucas Sebastián y Legarre, Santiago (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2014), pp. 107–199, 107 y ss.

GÓMEZ, Fernando: *El mundo a través de sus cárceles*.
Luciernaga. Barcelona, 2020, 269 páginas.

El galardonado escritor Fernando Gómez nos presenta un libro ciertamente original e interesante, por lo que alcanzo a ver, de no muy amplia difusión publicitaria. Se trata de su recorrido por unas cuantas prisiones históricas, ya desafectadas, que formaron parte de la geografía penitenciaria de diversos continentes durante mucho tiempo y que conformaron el destino de una cantidad importante de reclusos que allí descontaron condena. Veinticinco establecimientos penitenciarios (en los correspondientes capítulos y un epílogo) son mencionados por el autor en su largo viaje, inspeccionándolos y deteniéndose en sus características esenciales. Todas son conocidas, unas más que otras, y todas dejaron su impronta en lo relativo al dolor personal de sus inquilinos y a la deshumanización que procuraron en sus vidas. No únicamente el rigor estaba presente de manera permanente, el sufrimiento también formaba parte de su esencia pues, a las etapas a que se refieren, la ideología auténticamente reinsertadora brillaba por su ausencia. La retribución más estricta y la finalidad del castigo, a veces cruel, como un fin en sí mismo, constituían su único objetivo.

La inmensa mayoría de los centros penitenciarios citados en la obra son conocidos, así como muchos de los reclusos mencionados, incluidos algunos de ficción, como el conde de Montecristo o Papillon. Lo que no son inventadas son las prisiones de referencia. Existieron y sembraron de lugares sombríos los parajes donde se erigieron. Están descritos en el texto con cierto detalle, en cuanto quedan supervivientes sus muros, galerías y rincones, aunque sin verdadero entusiasmo pues el autor no recrea su imaginación en cuanto a lo que dentro podía acontecer, sin duda cosas terribles, sino en el tiempo que estuvieron en servicio y el papel que como sustitutivo de la pena capital desempeñaron, teóricamente como ejecución de las cadenas perpetuas, arrestos políticos, detenciones ilegales sin proceso, o destino de los deportados de las naciones que encontraban en sus colonias el alejado sitio de colocación de los reos.

Comienza y finaliza su libro hablando Fernando Gómez de los verdugos de distintas épocas que ejercieron su profesión en las prisiones que se mencionan. Henri Sanson, Albert Pierrepoint o el español Nicomedes Méndez figuran entre los citados, siendo ciertamente, los más conocidos. Después de las dos primeras referencias, se adentra el autor en las cárceles. Algunas de las mismas es inexcusable relacionarlas con determinados personajes reales, cosa que se hace con corrección en sus apartados. Así, por ejemplo, Oscar Wilde en la cárcel de Reading, Giocomo Casanova en Los Plomos venecianos, Nelson Mandela en Robben Island de Ciudad del Cabo, Pablo Escobar en La Catedral colombiana o Alfred Dreyfus en la Isla del Diablo en la Guayana francesa. Otras veces, Fernando Gómez lo que hace es identificar el régimen de terror circundante, político o penitenciario, con el concreto centro carcelario, por ejemplo el de Pol Pot en Camboya, el del nazi Klaus Barbie en Montluc en Lyon, el del Sah de Persia en Ebrat, Teherán, o el propio de la

ya mencionada Isla del Diablo. Determinadas prisiones históricas también tienen su lugar en el texto, tales como la romana cárcel Mamertina, la prisión de Jesús en Jerusalén, la Eastern penitenciaría de Filadelfia o Alcatraz, repasándose su sistema de cumplimiento de las condenas, como la regla del silencio, o el de aglomeración.

La obra concluye con la referencia a la cárcel Modelo barcelonesa, hoy ya felizmente desafectada. Yo la conocí extensamente pues, en mi etapa de director general, la visité con determinada frecuencia. Siempre conflictiva, era, como dije, «un modelo de lo que no debía ser una prisión», pero en mis entrevistas con ellos, ni el president, Tarradellas, ni el alcalde, Narcis Serra, pudieron hacer nada por favorecer, en aquel momento lejano, su supresión.

La obra de Fernando Gómez es muy recomendable. Sin innecesarias truculencias, aunque algunas son fácilmente intuitas, la presentación que nos hace de este universo carcelario es una gran narración, fácil de leer y mejor de entender. Ciertamente, no es frecuente este tipo de literatura pues conlleva un esfuerzo viajero, y un presumible gasto, más que extremo y una sensibilidad por haber elegido este concreto tema de investigación. El interés para el penitenciarista es evidente, de ahí mi recomendación más sincera respecto a su lectura y a su incorporación a la biblioteca de cada profesional.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de

LEA, Henry Charles: *Historia de la Inquisición española*. 3 tomos. BOE/
Fundación Universitaria Español/Instituto de Estudios de la Intolerancia.
Madrid, 2020, vol. I, 898 páginas.; vol. II, 796 páginas y vol. III,
1066 páginas.

I

La monumental obra de Lea, de 1906-1907 (Nueva York/Londres), ya dada a conocer en castellano en 1983, vuelve ahora a ver la luz en estos tres volúmenes cuidadosamente presentados. Se trata de un texto clásico, de referencia, acerca de la institución que se mantuvo en España durante cinco siglos, si bien es en las etapas de la Edad Moderna, la renacentista y principios de la contemporánea (desde la Monarquía castellana hasta las Cortes de Cádiz) donde se centra la grandiosa investigación. Para completar la edición, se acompaña la presente publicación de una magistral presentación del Prof. José Antonio Escudero (I, pp. VII y ss.), uno de nuestros más grandes e importantes catedráticos de Historia del Derecho, que da relumbre a la aportación del autor norteamericano. Se han respetado los excelentes, reflexivos y

esclarecedores prólogos a cada volumen del Prof. del Brooklyn College (Universidad de la Ciudad de Nueva York), Ángel Alcalá (I, pp. XLIX; II; pp. XI y III, pp. XIII).

Son tantas las ideas y la erudita información proporcionada por Lea, que he seleccionado lo más interesante de estos libros, siguiendo específicamente sus completos índices y fijándome así en las instituciones que se nos ofrecen. Iré pues citando, ordenadamente, libro a libro, el inmenso material, indicando el tomo a que se refiere mi relación. Excusado es decir que por el autor de Filadelfia está expresado e investigado prácticamente todo, que no existe libro más total al respecto y que sus capítulos son ejemplares. Y que cualquier persona, efectivamente, tiene que subyugarse con ellos y aprender leyéndolos.

Yo había conocido, hace años, la versión original de esta obra, así como la mencionada versión española, que había manejado y guardado en mi recuerdo con admiración sincera. Pero esta nueva versión editorial me ha vuelto a abrir el viejo conocimiento al contenido tratado en la misma, retornando así lo más negro de nuestro pasado a la actualidad de mis pensamientos. Ha sido historia de España, es cierto, pero aún sin dejar de situarla en su contexto, ciertamente de la peor que se nos puede contar.

II

La narración del tomo I es soberbia y arrastra toda la exposición, orientando su tónica. Su contenido se inicia marcando el origen y la creación de la Inquisición, sus fundamentos y su ideario. Las relaciones con la Corona y los conflictos de jurisdicción no se eluden y se describen con meticulosidad. La relegación al brazo secular es la norma de las ejecuciones capitales; el resto de las penas menores es materia eclesiástica. El edicto de fe es también motivo de detenido estudio, así como los casos Carranza y Villanueva. Es desde este libro donde se traza el completo devenir de la institución, siendo complementarios los restantes, aunque el siguiente (hablo del tomo II) se me antoja el más determinante. Todo está escrito con un rigor fuera de lo común que se prolonga a través de toda la obra, escrita sin precipitación y recopilando cuanta información hasta el momento existía al respecto, clasificándola más que correctamente y destacando la intensidad de su importancia.

El vol. II se refiere a cuatro temas capitales de la Inquisición española: su organización y recursos económicos, el proceso inquisitorial y los castigos a imponer, es decir, la esencia de la misma, el origen de su crítica universal y de parte de la leyenda negra de nuestro país. Después de estudiar las figuras del Inquisidor General, los Tribunales y los familiares del Santo Oficio, quiero destacar la relación que se hace de la Suprema. Existe todavía en Madrid el viejo edificio que la albergaba y siempre hay que detenerse al pasar delante de él, en la calle Torija, para no echar en el olvido su oscura historia.

El procedimiento, que Lea intitula «la práctica» (II, pp. 347 y ss.), está examinado con excepcional criterio. Por su orden, comenzando por el edicto de gracia, las fases del procesamiento y juicio se presentan en una relación

clara y completa. Las cárceles secretas, para presos preventivos, y la tortura y sus métodos reglados, como elementos de prueba, no como sufrimiento autónomo, no se encuentran excusadas de aparecer en este capital libro. Este volumen se cierra con los castigos, desde los menores a los mayores, la hoguera y el auto de fe con su ceremonial extremo y la presencia de monarcas y dignatarios, donde se llevaban a cabo públicamente las ejecuciones. Relatos y obras pictóricas han reflejado los mismos para la posteridad.

El último volumen, el III, habla de los reos y de los delitos perseguidos por la Inquisición, finalizando con la decadencia de la misma. En este mismo texto se añade un exhaustivo índice analítico de lugares, nombre y temas.

Todos los capítulos se acompañan de notas a pié de página, que se condensan al final de los mismos, y determinados anexos y apéndices, siempre de elevado interés.

El presente excepcional libro de Henry Charles Lea no es necesariamente, en mi opinión, una obra sectaria, aunque es crítica con el poder constituido, fuera civil o religioso; representado como una enérgica maquinaria de control del súbdito y, claro es, del disidente. Cuenta la verdad de una institución ancestral que rigió demasiado tiempo en nuestro país, motivo de su rechazo universal. Yo aprendí de Jiménez de Asúa que ese fue precisamente nuestro problema. Otras naciones europeas iniciaron la persecución religiosa y fundaron sus tribunales mucho antes. La larga duración de la española lava así las malas conciencias. Los demás estados, que hicieron lo mismo y, en ocasiones, con mayor intensidad, no generaron una leyenda negra como la que se atribuye y atesora desde hace siglos España. ¿Fue cruel la Inquisición española?, sí. ¿Lo fue más que la del resto de países?, no. ¿Pervivió cuando se había extinguido en otros lugares?, desde luego y ese fue el verdadero asunto. También Kamen insistió al respecto. En cualquier caso, la necesidad de la reedición de estos tomos me parece un acierto. Y los editores han efectuado un favor único a los especialistas.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

MARCOS AYJÓN, Miguel: *La protección de datos de carácter personal en la justicia penal*. Bosch. Barcelona, 2020, 824 páginas.

I

De nuevo, en relativamente breve espacio de tiempo, aparece en el mercado editorial una excelente obra que, en sus orígenes, fue tesis doctoral en mi Universidad de Alcalá y, otra vez, su dirección correspondió a mi querido discípulo el Prof. Esteban Mestre Delgado que la prologa, incansable

en tales menesteres tan rotundamente universitarios que compatibiliza con su brillante ejercicio de la abogacía. En esta ocasión es Miguel Marcos quien la firma. Profesional del Derecho, el autor ejerció por oposición como secretario judicial (hoy letrado) y fue director general de Justicia de Castilla-La Mancha, desempeñándose en la actualidad como profesor de Derecho Penal en la antigua Escuela Judicial (Centro de Estudios Judiciales en mi época y hoy de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia), que dirigí durante ocho años y, especialmente, en la Universidad CEU-San Pablo, en la cátedra de mi no menos querida discípula la Prof.^a Avelina Alonso de Escamilla.

Pertenece así el Prof. Marcos Ayjón a mi escuela científica y, en consecuencia, por ósmosis, a la de mi maestro, el Prof. Gimbernat Ordeig, que presidió el acto de lectura y defensa de su brillante tesis. Como bien conozco, fue Miguel Marcos, en orden cronológico, el primer discípulo del Prof. Esteban Mestre. Otros le han adelantado en la titulación y en la publicación de su obra, pero es ciertamente uno de los primeros en cuanto al valioso contenido de esta. Del «eterno doctorando», como le llamábamos su maestro y quien esto escribe, con singular cariño y un punto de admonición, ha pasado a ser un doctor más que solvente y su aportación es especialmente necesaria en el panorama científico. Es evidente que las múltiples ocupaciones profesionales del autor le han hecho retrasar el encuentro con la ansiada categoría académica. Y también es cierto que cuando la vida concede diversas oportunidades conjuntas, o sea a la vez, la compatibilidad o mejor la elección prioritaria, siempre significa un detrimento temporal de algunas, un retraso, un parón, en el buen hacer y finalización de determinadas de ellas. Pero pienso lealmente que el esfuerzo simultáneo, lento y contenido, ha merecido la pena. Es fácil detectar en el autor las enseñanzas de sus mayores: la honestidad científica, la coherencia, el rigor expositivo y la utilidad de lo escrito. Todos lo tomamos del común maestro y veo que sigue practicándose por quienes de él aprendieron, aún indirectamente, libro tras libro.

II

La colosal monografía es ciertamente interesante. Muy bien escrita, lo que la hace perfectamente inteligible no únicamente para el especialista, el complejo tema se me antoja difícil de exponer. Mas el peligro está superado ampliamente. Sus catorce capítulos recorren toda la problemática del asunto tratado y, además, desde una doble óptica, administrativa y penal, que enriquece el texto. El presente gran estudio de Miguel Marcos tiene, entre otras bondades, el de ser absolutamente actual y, sin duda, está llamado a ser un texto de referencia. Por lo que alcanzo a ver, no existe hoy en día una publicación como la presente que nos exponga, de forma articulada y coherente, la totalidad de la información normativa y jurisprudencial de carácter administrativo, ni tampoco que nos enseñe, de manera transversal y conjuntamente, los aspectos instrumentales, procesales y penales de la protección de datos en la justicia punitiva. Y es que es una auténtica realidad que lo que podíamos denominar *habeas data* ha tenido escaso desarro-

llo en nuestro país, aunque ahora parece alcanzar, por el contrario, una enorme fuerza expansiva. De hecho, muchos de los problemas que se ventilan en los procedimientos criminales poseen un componente vinculado a la protección de datos de carácter personal.

Y esos dos contenidos, perfectamente diferenciados en el libro, podían incluso haberse convertido en dos publicaciones diferentes. Tal es su extensión. De hecho, lo que se nos presenta como primera (pp. 51 y sps.) y segunda parte (pp. 163 y ss.) constituirían una de ellas y la tercera (pp. 471 y ss.) configuraría el otro texto. Y lo pienso, fundamentalmente, además de por la clara separación de contenidos, por ser los destinatarios de la obra de Marcos Ayjón perfectamente diversos. Veo así que lo que considero dos primeros grandes apartados de la monografía, son las concernientes al mundo profesional de la Administración de Justicia y el otro, a la doctrina científica y los aplicadores forenses del ordenamiento penal, porque, en efecto, tiene lo escrito distinta manera, diferente ritmo expositivo, son claramente autónomos y afectan, como he señalado, a interesados concretos que pueden, perfectamente, no sentirse unos de ellos afectados por la otra parte del libro. De ahí, su posible edición por separado, que no hubiera ido en detrimento de la importante investigación.

El presente libro nos afecta a todos los juristas y ese es su subido mérito. Ha de tenerse en cuenta que las nuevas tecnologías se inmiscuyen expansivamente en la realización de las conductas agresoras del bien jurídico de la intimidad, en la configuración de las correspondientes figuras penales que lo protegen y en la habilitación de nuevos mecanismos de investigación policial de esta tipología penal. Contiene además valiosas propuestas de reforma de estos delitos, en todas sus categorías (tipos básicos, agravados y atenuados), y del de descubrimiento y revelación de secretos (capítulo XI), que se interpretan por el autor en clave de control de los datos personales que circulan en la sociedad tecnológica.

Una completa bibliografía (pp. 761 y ss.) y un amplio repertorio jurisprudencial (pp. 791 y ss.) cierran el libro del Prof. Miguel Marcos Ayjón, monografía que, desde luego, presenta dos claros haberes: por un lado, es merecedora del agradecimiento de todos los especialistas por haber sido escrita y dada a la luz; y, por el otro, desde luego, por ser realmente imprescindible en nuestra literatura científico-penal.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

MATA Y MARTÍN, Ricardo: *Victoria Kent al frente de las prisiones españolas (1931-1932). El sistema penitenciario en los inicios de la Segunda República*. Marcial Pons. Madrid, 2020, 266 páginas.

I

El catedrático de Valladolid, autor del presente libro, Ricardo Mata, se nos está revelando como un gran penitenciarista. No es esta ni será su última obra dedicada a la temática dedicada (*vid.* especialmente, *Fundamentos del Sistema Penitenciario* y mi recensión en ADPCP, 2015), lo que sucede es que la presente es la mejor aportación que se ha realizado sobre la reformadora republicana. La idea del profesor de la ciudad del Pisuerga de rescatar a grandes personajes femeninos que dejaron su impronta en el campo de nuestras prisiones, como ya lo hizo recientemente con Concepción Arenal (ADPCP, 2019), se completa con este fresco personal y penitenciario de Victoria Kent. Se trata de un libro muy bien escrito y muy entregado a la prócer y; sin embargo, pese a su admiración por la protagonista, es justo y equilibrado en el reconocimiento de sus aciertos, que fueron los más, y en sus errores. El reconocimiento inunda los primeros y una cierta tristeza los segundos. La categoría del científico que es el autor se revela en estas líneas tan escasamente sectarias y dedicadas a la primera mujer que fue directora general de Prisiones en España.

En mi opinión, la presente gran obra presenta tres partes bien diferenciadas, que coinciden con el recuerdo que ha pervivido de la jurista malagueña. Los orígenes como letrada y diputada, su nombramiento para el cargo en Prisiones y su cese. En estas tres fases de su vida se condensa la memoria, todavía actual, de Victoria Kent. Y las tres están perfectamente recogidas y descritas en las páginas del catedrático de Valladolid, en sendos y magníficos capítulos, llenos de conocimientos y respeto, así como de buen hacer y decir.

Republicana convencida, bebiendo las fuentes penales de Jiménez de Asúa y las políticas de Álvaro de Albornoz, cuando es propuesta para la Dirección General, siendo ministro de Justicia, Fernando de los Ríos, es cuando comienza el futuro para nuestra protagonista y el resurgir de la materia penitenciaria en nuestro país. Hasta entonces los Decretos de 1913 y el Reglamento de 1930 configuraban el ordenamiento genuinamente carcelario. La ausencia de un Reglamento del periodo que nos ocupa es, en mi criterio, ¿señal de desatención a nuestras prisiones de un Gobierno que había promulgado una Constitución y un Código Penal? Pienso que sí. Por eso Victoria Kent tiene que acomodar sus ideas reformistas a disposiciones de rango menor, como órdenes circulares, en vez de redactar un completo texto. Ricardo Mata recopila, con acierto, su labor al respecto (pp. 109 y ss.), describiendo su amplio y meritorio campo de actuación, hasta la finalización de su mandato (pp. 187 y ss.). Que al final del mismo, Azaña se la quitó de encima como una losa, no cabe duda leyendo las memorias del presidente. Ahí están sus frases significativas. Y ello se pagó en el ramo penitenciario.

Muchas de las innovaciones impulsadas por Victoria Kent decayeron y tomo el ejemplo de una de las más significativas, la supresión de la prisión de inadaptados de Chinchilla, –que se erigía en un cerro de la llanura albaceteña–, se vuelve a poner en servicio y permanecerá todavía más de toda una década.

II

Como ya he escrito, especialmente en un volumen dirigido por el propio Ricardo Mata (Jornada de Valladolid, 8 de noviembre, 2019. BOE, 2020), conocí personalmente a Victoria Kent cuando presenté un libro suyo y la invité a su antigua Dirección General. En esas páginas lo he contado con algún detalle y no quiero repetirme. Ahora quiero resaltar que hablé mucho con ella y me quedaron grabadas algunas de sus actuaciones. La primera cuando me explicó el por qué de su oposición al voto femenino en las Cortes. «Las mujeres, en su casa, haciéndose buenas republicanas y criando hijos para la República», me dijo y posiblemente con el mismo convencimiento de antaño. En cuanto a la materia penitenciaria, de cuanto hablamos me quedó impresa su valentía ante la población de El Dueso, formada en el patio y desarmándola, situación que me narró como si la estuviera, de nuevo, viviendo.

La importancia de Victoria Kent en la historia penitenciaria española está fuera de toda duda. De cuantos directores pasaron por el cargo, pese a su corto mandato, ninguno posiblemente ha dejado tanta huella. De ahí, que el premio anual de carácter científico de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias lleve su nombre, prestigiado por los importantes autores que lo han obtenido y que este libro, el mejor que sobre ella se ha escrito, la vuelva a hacer justicia. El reconocimiento que de la misma hace Ricardo Mata era necesario y retoma el deber de poner de actualidad la importante tarea llevada a cabo por la ilustre reformadora.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. (dir.), ANDRÉS LASO,
Antonio y ORTEGA MATESANZ, Alfonso (coord.): «Hitos de la historia
penitenciaria española. Del Siglo de oro a la Ley General Penitenciaria».
BOE. Madrid, 2020, 254 páginas.

En el mundo jurídico existe abundante bibliografía sobre temas penales y penitenciarios, aunque no es usual encontrar estudios sobre la privación de la libertad desde una perspectiva histórica. Por esta razón, resulta importante la obra «Hitos de la historia penitenciaria española. Del Siglo de oro a la Ley General Penitenciaria», resultado de la Jornada celebrada en noviembre

de 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, con el título «Algunos hitos históricos de la reforma penitenciaria en España», evento que además coincidió con el cuarenta aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria, así como con el Bicentenario del nacimiento de Concepción Arenal (1820-2020).

A lo largo de sus 254 páginas se pueden leer once contribuciones de notable calidad y un esmerado trabajo de dirección de Ricardo M. Mata y Martín y la coordinación conjunta de Antonio Andrés Laso y Alfonso Ortega Matesanz. Las contribuciones, además, tienen el mérito de recoger un adecuado balance entre estudios teóricos y conocimiento práctico sobre la realidad y evolución de las prisiones. Todo, en el marco de una visible línea histórica de la transformación del sistema penitenciario español, tanto de los precursores como de los hechos más relevantes que condujeron a la actual regulación.

El primer capítulo de esta obra está a cargo de Luis-Carlos Amezcua Amezcua. Se ocupa de los precursores españoles del humanitarismo penitenciario durante el Siglo de oro. Resalta el trabajo de Tomás Cerdán de Tallada, Cristóbal de Chaves, Pedro de León y Bernardino de Sandoval y sus aportaciones en el desarrollo de conocimientos prácticos carcelarios. Todos tienen en común centrar su preocupación en la materia carcelaria con pretensión unitaria, aunque todavía asistémica durante el siglo XVI. Finalmente, el autor se detiene en la obra de Sandoval, pues la historiografía penitenciaria la ha considerado como la iniciadora del género entre los precursores del Siglo de oro. Las aportaciones de este clérigo se circunscriben a incentivar la humanización y reforma de la prisión, a partir de la asistencia y trato justo a los pobres y presos por parte de las autoridades y la comunidad eclesial con base en los deberes morales de caridad y misericordia.

En el capítulo II Faustino Gudín Rodríguez-Magariños alerta sobre los peligros históricos del término «penitenciario», pues entiende que lastra una serie de connotaciones pietistas religiosas que de algún modo contaminan la institución. Aduce que el Derecho penitenciario moderno ha surgido del sentimiento de venganza enfocado como retribución, aunque, por otra parte, tiende a la prevención especial positiva que se enfoca en que el interno adecue o amolde su línea de comportamiento a ciertos postulados que se consideran como positivos bajo el enfoque del poder. Sin embargo, en un Estado laico no hay espacio para la penitencia o el arrepentimiento, se respetan las creencias individuales y existe la libertad de pensamiento como síntoma de una sociedad democrática avanzada. Gudín Rodríguez-Magariños cree que la resocialización debería limitarse a proporcionar una serie de medios y recursos materiales y técnicos objetivos para que el condenado reencauce su vida, respetando a su vez los valores individuales del interno, aunque estos resulten heterodoxos a ojos del poder o al conjunto social.

A lo largo del capítulo III Puerto Solar Calvo resalta como figura ilustre del sistema penitenciario al magistrado Manuel de Lardizábal, quien contribuyó en la difusión de ideas ilustradas sobre el concepto de pena, en la defensa y definición de un primer concepto de clasificación e individualización en el cumplimiento, junto con su plasmación normativa en el CP de 1822

y en la Real Pragmática de 1771. El magistrado consideraba que el castigo debía ser público, pronto y de ninguna forma cruel ni atroz. La autora destaca la vigencia del pensamiento de Lardizábal en cuanto que este razonaba que las penas no excesivas contribuían a la corrección del condenado.

En el capítulo IV Juan Victorio Serrano Patiño realiza un recuento histórico del sistema penitenciario militar español durante sus tres períodos, inicial (inicios y final del siglo XIX), dominación (siglo XIX hasta el 23 de junio de 1881) y el de la decadencia, que empieza tímidamente en 1849 con la Ley de Prisiones y claramente a partir de la Ley de 1881. Este autor ubica el ámbito castrense como origen del Derecho penitenciario, pues es el Derecho militar el que aporta las ideas de disciplina y prevención general. Resalta la labor del coronel Montesinos quien implantó el método progresivo de evolución penitenciaria; este método fue sustituido a través de la Ley Orgánica General Penitenciaria por el sistema de la individualización científica, separado en grados. Aunque el Derecho penitenciario militar carece de una Ley Orgánica propia, en la praxis no ha abandonado por completo el sistema progresivo; ni tampoco rige con pureza el sistema de individualización científica, sino por el contrario es un método propio híbrido denominado científico progresivo.

En efecto, la obra del coronel Montesinos constituye la primera referencia del sistema penitenciario progresivo. Es por ello que Rafael Martínez Fernández en el capítulo V ahonda en los aspectos biográficos de Montesinos, así como en la influencia de su obra. Sus postulados relacionados con la humanidad en la ejecución, el trabajo, la habitabilidad, la prisión abierta, la disciplina, la individualización penitenciaria y la progresión en el cumplimiento de las penas son considerados a día de hoy principios básicos del Derecho penitenciario. Es de resaltar que el sistema utilizado por Montesinos mejoró las condiciones del presidio, además de preparar eficazmente a los penados para la vida en libertad, incluso logró reducir considerablemente la reincidencia. Este modelo que vio la luz en el presidio de Valencia dirigido por Montesinos desde 1834 despertó gran interés fuera de las fronteras españolas, en países como Inglaterra, Australia y Alemania.

Dentro de los precursores del sistema penitenciario también se encuentra Concepción Arenal, protagonista del texto de Alfonso Ortega Matesanz en el capítulo VI. A esta autora se le reconoce como la primera mujer universitaria de España y pionera en la defensa de los derechos de la mujer, así como por contribuir con la humanización del sistema penal y penitenciario. Arenal tuvo notable influencia en la reforma penitenciaria de la segunda mitad del siglo XIX, con novedosas propuestas como la utilización de carruajes para el transporte de presos, la creación de un cuerpo facultativo penitenciario y la reducción de la prisión preventiva a supuestos excepcionales. Acciones filantrópicas y obras originales hicieron de Arenal una de las grandes personalidades de la ciencia penitenciaria del siglo XIX.

Seguidamente, en el capítulo VII Enrique Sanz Delgado dedica amplias páginas a la influencia de Rafael Salillas en el Derecho penitenciario español, impulsor de la individualización científica como modelo normativo que

tiene en cuenta disciplinas y herramientas científicas para el estudio de las circunstancias y personalidad del penado, mediante un sistema flexible, sin etapas prefijadas que superar. La idea de Salillas se integra normativamente por diversos decretos, y cobra especial relevancia en la redacción del art. 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en el cual se ha tenido en cuenta el término «individualización científica», creación de Rafael Salillas, una ideología tutelar individualizadora, base del tratamiento. Este principio de subordinación del régimen al tratamiento se fija normativamente a través del art. 71 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. El autor finaliza resaltando que el modelo de Salillas propone una flexibilidad asociada a la indeterminación de la pena desde un punto de vista humanitarista, tutelar y alejada de excesos penales, idea desde luego contrapuesta a la indeterminación que planteaba la antigua cláusula de retención o actualmente la prisión permanente revisable.

A continuación, en el capítulo VIII Tomás Montero Hernanz expone los orígenes y desarrollo del sistema español juvenil. La idea de una jurisdicción especial de justicia juvenil en España tiene sus antecedentes en los primeros años del siglo XX, con la Ley de Bases de 1918 que permitió la creación de Tribunales especiales para niños. El contexto de la nueva Constitución y las posteriores reformas legales condujeron a la actual LO 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORRPM), que pretende una intervención de naturaleza educativa, procedimiento en el que prima el interés superior del menor. Como resultado, se rechazan aspectos propios del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción y la intimidación de los destinatarios de la norma. Finalmente, el autor realiza una crítica a la ausencia de una política criminal definida en materia de justicia juvenil en España, lo que se evidencia en las múltiples e incoherentes reformas, acercando la normativa al Derecho penal de adultos.

La transición de la dictadura a la democracia es uno de los momentos más importantes de la historia contemporánea española. De esto da cuenta magistralmente Antonio Andrés Laso, en su trabajo acerca de la transformación penitenciaria en este período político en el capítulo IX. Señala el autor que la Constitución es el texto normativo que culmina el periodo de la Guerra Civil en España, logrando el acuerdo y la reconciliación. Asimismo, resalta que la primera Ley Orgánica de la democracia fue la penitenciaria. Ambos textos normativos, por su filosofía y los fines que persiguen, recogen y perpetúan el denominado *espíritu de la transición*. Con la configuración de España como un Estado social de Derecho, la Ley Penitenciaria debía asumir características esenciales a tal sistema, esto es: el respeto a la persona humana y el establecimiento de un sistema de control por parte de la sociedad, que sería el judicial.

La redacción de la Ley Orgánica General Penitenciaria fue encomendada a un grupo de diversos especialistas, con un grupo central o ponencia fundamental liderada por el aquel entonces profesor de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, Carlos García Valdés. Los trabajos comenzaron en medio del caos político y un clima de violencia en las prisiones, por lo que fue necesario adoptar medidas urgentes. El nuevo sistema penitenciario

fue calificado como flexible, progresivo y humano. Entre otras cuestiones, estima compatible la idea de la sanción privativa de la libertad con el tratamiento, pues este se concibe como una actividad dirigida a la reeducación y reinserción de los penados. Andrés Laso destaca que la aprobación de la Ley tuvo una acogida muy favorable en amplios sectores de la doctrina científica y supone una continuidad de la mejor doctrina correccionalista nacional con base en los postulados de Manuel Montesinos, Concepción Arenal, Pedro Dorado Montero, Rafael Salillas y Fernando Cadalso. Esta Ley, con 40 años de vigencia, es un ejemplo más de la validez de la Transición política a la democracia.

En el último cuarto del siglo xx en España se presentan dos realidades que confluyen. Por una parte, la reforma política de la transición y, por otra, la reforma penitenciaria, con cierta influencia mutua. Es por ello que Ricardo M. Mata y Martín en el capítulo X aporta una visión acerca del impacto del cambio de sistema político en el régimen penitenciario. Con la muerte de Franco, en 1975, y la posterior entronización de Juan Carlos de Borbón, se inicia un período de incertidumbre política e inestabilidad social. Un momento fundamental de la transición hacia la democracia es la creación de la Ley para la Reforma Política que permitía una evolución de una anterior legalidad a una nueva. La expresión «de la ley a la ley» explica este método de transformación material hacia un sistema democrático.

Con las elecciones libres de 1977 se inicia la elaboración de la Constitución de 1978, que proclamaría la nueva monarquía parlamentaria y el Estado social y democrático de Derecho. En el ámbito penitenciario se produce una transformación «del reglamento a la ley», pues se aprueba la primera de las leyes orgánicas de desarrollo de la Constitución. Mata y Martín realiza un recorrido histórico loable, especialmente en cuanto a las medidas de gracia adoptadas a partir del cambio de régimen, desde la proclamación del monarca hasta la proclamación de la Constitución. Estas amnistías, de naturaleza política, generaron una gran convulsión en los centros penitenciarios. La transición penitenciaria fue, en simultáneo, el trayecto de una reforma política durante el nuevo gobierno de Adolfo Suárez. El autor resalta la importancia de Carlos García Valdés en este proceso, quien como director de prisiones (posterior al asesinato de su predecesor), aporta su neutralidad política para la redacción y aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Finalmente, como autor y personaje vivo de la historia penitenciaria española, Carlos García Valdés cierra de forma impecable esta obra en el capítulo XI. Narra en primera persona su labor académica y política, desde su salida de la Universidad de Salamanca como profesor, la labor de escribir y lograr que se aprobara la Ley Orgánica General Penitenciaria y su regreso a sus labores académicas. Destaca la figura, valiente y persistente, del presidente Adolfo Suárez, quien impuso el criterio del «consenso». Esta destacable tarea permitió pactar acuerdos y las leyes más trascendentales con el sentir de todos, negociándolas y no imponiendo la mayoría parlamentaria con la que contaba con el fin de unir voluntades para lograr la transición. Con

esta fundamentación surgen Los Pactos de la Moncloa, la Constitución Española y la Ley Orgánica General Penitenciaria.

García Valdés relata como en 1977, cumpliendo el oficio de profesor en la Universidad de Salamanca, recibe la llamada del subsecretario de Justicia con la oferta de la presidencia del grupo redactor de la futura Ley Penitenciaria. Luego asume el cargo de director general de Instituciones Penitenciarias, tras el asesinato de Jesús Haddad Blanco. Allí ejerció una labor de pacificación de las prisiones que se encontraban plagadas de motines, incendios y destrozos. Esta delicada tarea la logró estableciendo las visitas vis a vis, la educación a distancia, los permisos de salida y el «régimen de vida mixta», que fue anticipo del cerrado. En su despacho sustituyó el retrato de Franco por el de Concepción Arenal y trabajó en el texto de la norma encomendada en el plazo de seis meses. El texto se debatió y aprobó con rapidez, al lograrse el consenso de una «Ley de todos», que posteriormente sería denominada la Ley Orgánica General Penitenciaria, que contenía una separación tajante entre el régimen y el tratamiento penitenciario, incluía el sistema de individualización científica e incorporaba al juez de vigilancia. De igual forma, suprimió la presencia y mando de las órdenes religiosas en las prisiones de mujeres. Cumplido su compromiso con la transformación del sistema penitenciario, García Valdés regresó como profesor a la Universidad de Salamanca.

Así, «Hitos de la historia penitenciaria española. Del Siglo de oro a la Ley General Penitenciaria» es de enorme interés, imprescindible para entender la evolución del sistema penitenciario español. Su originalidad se debe a la confluencia entre la Historia y el Derecho penitenciario. Una extraordinaria obra forjada con rigor, un claro hilo narrativo y abundancia bibliográfica, que contribuye a rememorar momentos esenciales de la evolución política y penitenciaria. Este es su gran valor académico, pues permite entender las contingencias y pormenores que desembocaron en la constitución de un sistema penitenciario orgullo de los españoles y objeto de estudio de académicos nacionales y extranjeros.

STEPHANÍA SERRANO SUÁREZ

Investigadora contratada predoctoral FPI
Área de Derecho Penal
Universidad de León

DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael: *Cine y Derecho. Togas en la gran pantalla*. Berenice. Córdoba, 2021, 389 páginas.

El gran jurista Rafael De Mendizábal ha publicado este libro, relativamente lejano de su profesión, donde alcanzó las más altas responsabilidades, pero no de su gran afición. Coincide en ello con otros muy destacados colegas de la magistratura o la fiscalía, que han escrito textos esenciales al res-

pecto, como Francisco Soto Nieto(1) o Eduardo Torres-Dulce(2), que precisamente prologa esta obra, perfectos conocedores también del cine.

Para escribir con esta pasión del séptimo arte, la devoción tiene que venir de lejos. Se han tenido que ver muchas películas de todo género y seleccionando, después, las de contenido jurídico para este texto sobresaliente. En lo que a mí respecta, ha sido un verdadero placer leerlo y volver así a reencontrarme con el autor, antiguo y admirado amigo. El cine también llenó mi vida. En mi juventud vi todo lo que se proyectaba en las salas madrileñas y, cuando marché a Salamanca, siguiendo a mi maestro, Enrique Gimbernat, sabio aficionado, juntos los dos, todas las tardes que podíamos, íbamos a las proyecciones. Después, la TV satisfizo mis deseos como espectador. Muchas de las películas que menciona y analiza De Mendizábal las he visto y de ahí la cercanía a su obra y mi actitud discipular cuando repaso sus argumentos y doctas opiniones. Y, además, muchas de las mejores películas de todos los tiempos, en mi criterio, se refieren al tema jurídico. Únicamente quiero anotar ahora dos: *Testigo de cargo*, cuyo cartel ilustra la portada de la monografía, y *Vencedores o vencidos?* Dos actores excepcionales son los principales protagonistas de sus repartos: Charles Laughton y Spencer Tracy, este último es el memorable alcalde Frank Skeffington de “*The last hurrah*” («El último hurra»), de 1958, adaptación del libro homónimo de Edwin O’Connor, de dos años antes, una de las cintas de John Ford más emocionantes y mejor construidas que yo recuerdo, aquí no tratada, por no tener la temática a que se contrae la monografía.

El ya mencionado prólogo de Torres-Dulce (pp. 11 y ss.) nos introduce a la obra y al autor, bajo el original título «¡Que pase el acusado!». La estructura del libro y la personalidad de De Mendizábal se nos presentan con inteligencia, sencillez y claridad, sirviendo de cicerone a la inminente lectura. Buena prosa y admiración generosa y a raudales se destila en estas brillantes líneas del gran cinéfilo y jurista que es Eduardo.

El texto presenta un contenido que, sin dificultad, se divide, en mi criterio, en dos grandes partes, aun cuando el autor lo hace en cuatro, a cada cual más interesante. En la primera (pp. 27 y ss.) se describe una introducción a la temática del cine; la siguiente, ya denominada, como las siguientes, muy propiamente «bobina», se ocupa del cine forense (pp. 51 y ss.) y las tercera y cuarta (pp. 75 y ss. y 229 y ss.), a modo de fichas exhaustivas, recorre determinadas cintas con todo lujo de detalles, fruto de la selección llevada a cabo por el autor, sin duda sus preferidas y, a la vez, de las más relevantes. Las divide De Mendizábal en dos grupos, las que atañen a los principios fundamentales y constitucionales y las relativas a los protagonistas técnicos de los juicios y a sus distintas jurisdicciones. Por eso, separo los apartados en dos: los referidos a reflexionar sobre el Derecho y el cine y la descripción de películas propiamente dicha. Como él mismo indica, los criterios que ha tenido

(1) Vid. SOTO NIETO, F. y FERNÁNDEZ, F. J.: *Imágenes y justicia. El Derecho a través del cine*. La Ley, Madrid, 2004

(2) Vid. TORRES-DULCE LIFANTE, E: *El asesinato de Liberty Balance*. Hatary Books, Madrid, 2020.

en su recopilación de las cintas han sido, claro es, el contenido jurídico y la calidad cinematográfica (pp. 32 y 33).

Son precisamente estas «bobinas» lo más aleccionador de la gran obra. El relato de las citas cinematográficas es completo y lleno de sugerencias. Las mejores del género, que excusan la cita detallada ahora, desfilan en las páginas de Rafael de Mendizábal con una estructura similar, estudiando, por ejemplo, sus argumentos, los protagonistas, la dirección y el contexto en el que se desarrollan. Cuantas tenemos en nuestra memoria aparecen aquí, en auténtica enciclopedia que facilita nuestro recuerdo y, casi siempre, nuestro deseo de volver a ver el espectáculo sonoro y, como me inventé al respecto hace tiempo, «visor».

Libro necesario para el operador jurídico, al que se dedica, como he dicho, el postrer capítulo de la obra, e imprescindible para el buen aficionado al séptimo arte, es un verdadero placer recorrerlo y una exigencia recomendarlo muy vivamente.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

MUÑOZ BOLAÑOS, Roberto: *El 23-F y otros golpes de Estado de la Transición*. Espasa. Barcelona, 2020, 635 páginas.

De cuantos libros se han publicado en nuestro país sobre el golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, el presente se me antoja no únicamente como el más actual sino como el más completo. La trabajada y puesta al día bibliografía que cierra el texto nos da cuenta de lo escrito con profusión, hasta el momento, al respecto (pp. 609 y ss.). Traigo la obra del Prof. Muñoz Bolaños (de las Universidades Francisco de Vitoria y Camilo José Cela) a colación por haberse cometido el delito consumado de rebelión por un grupo de militares y guardias civiles y, por tal, fueron condenados (pp. 601 y ss.). No todos, ciertamente, pero sí los más característicos de la grave asonada. De los muchos trabajos leídos con anterioridad, me sirve de complementario el también muy reciente, aparecido con inmediata posterioridad, que por ello no ha podido ser tenido en cuenta por Muñoz Bolaños, de Juan Carlos Losada *El ogro patriótico*(1), que contiene unas brillantes páginas sobre el importante acontecimiento político y penal(2), si bien inicia su extenso y excelente relato, a diferencia de la obra que ahora comento, desde principios del pasado siglo.

(1) LOSADA, Juan Carlos: *El ogro patriótico*. Pasado y presente. Barcelona, 2021.

(2) LOSADA, Juan Carlos: *op. cit.* pp. 246 y ss.

La monografía, como su título indica, no se ocupa solo del 23-F, aunque es la materia principal. De hecho, ni fue el único suceso de estas características correlativo en el tiempo, antes o después, ni los restantes carecieron de importancia. Uno de los citados lo viví en primera persona (la «Operación Galaxia») y sobre él volveré a insistir y, modestamente, completar la información proporcionada por Bolaños. Lo mismo haré en relación con mi situación personal en aquellos días de 1981, el 23 y el 24, en el Instituto de Criminología de la Universidad Complutense madrileña.

El libro parte de un hecho incontrovertible. Las conspiraciones militares, en ocasiones con apoyo de ramas civiles, han sido una tradición española en el pasado siglo. De menor o mayor intensidad, incluida un alzamiento que desemboca en una guerra civil, las mismas son mencionadas y recorridas con gran precisión. Algunas han pasado a los libros de historia, otras menos y así, algunas de las postreras, oportunamente abortadas, se relatan ahora desde el desconocimiento de la mayoría de los ciudadanos, lo que no significa que no fueran carentes de importancia y que no tuvieran, un consiguiente riesgo para el liberalismo, el reformismo o la democracia en cada época concreta.

Tiene la obra seis partes, pero dos perfectamente diferenciadas, aunque no sigo el mismo orden cronológico. Desde la predemocracia y la instauración de la plena, por Adolfo Suárez, las presiones, conspiraciones y los intentos de rebelión se sucedieron, especialmente después de la legalización del Partido Comunista (pp. 131 y ss.) También acontecieron, en menor medida y trascendencia, después del 23-F, siendo el principal meollo de la investigación del presente libro (casi 200 páginas), como indica su título, el mencionado golpe. Todo ello, y la referencia primera sobre el bastión que el ejército supuso para el franquismo (pp. 58 y ss.), encadena la serie de sucesos que se describen en el libro de Muñoz Bolaños. La enemiga de los principales altos cargos militares hacia el presidente Suárez se articula de forma brillante e inteligente. De la inquina no podían librarse sus máximos colaboradores, en especial el general y vicepresidente Gutiérrez Mellado. No será casualidad que estos dos grandes personajes fueran los verdaderamente únicos y dignos resistentes *in situ* del posterior asalto al Congreso.

El 23-F centra esencialmente el libro (pp. 335 y ss.). La narración es enormemente detallista, pues se recogen los sucesos de ese día hora a hora, y total, tanto en su planteamiento y antecedentes como en su realización y desactivación final, ya el día 24, plagada de datos inéditos y de conversaciones entre muchos de los protagonistas ahora dados a la luz. De ello destaco la puesta en valor de la actitud de S. M. el Rey, pues sin su decidida intervención televisiva nada se podría haber detenido (pp. 439 y ss. y 468 y ss.). Que algunos de los golpistas ejecutores del asalto fueran, prácticamente, los mismos que los conspiradores de la «Operación Galaxia», no deja de llamar la atención acerca de lo que la disciplina castrense y los servicios de información debieron de hacer en aquella ocasión y no hicieron. Asimismo, antes y después de este golpe, sucesos como la citada «Operación Galaxia» (pp. 190 y ss.) o la denominada «Operación Torres Rojas» (pp. 209 y ss.) se recogen con exactitud en el libro. Del mismo modo, otras conspiraciones, ya insta-

lado en el Gobierno de España el PSOE, se traen a nuestro conocimiento o recuerdo (pp. 565 y ss.). Todo conforma una exposición plena de interés que concluye en la situación presente, lejanas ya las veleidades golpistas, por el profesionalismo y la falta de protagonismo del ejército en la vida política de nuestro país. La entrada en Europa o en la OTAN fueron, en su momento, determinantes al respecto.

Toda la obra se acompaña, al final de cada apartado, de unas completas notas a pie de página que sustentan muchas de las afirmaciones del autor y, desde luego, dan fuste a su importante investigación. El libro, en su conjunto, se nos presenta así, como una aportación ejemplar e imprescindible para conocer verídicamente lo acontecido.

En lo que respecta a mi actuación, como director general de Instituciones Penitenciarias, cuando la «Operación Galaxia», poco cabe añadir a lo mencionado en el libro de Muñoz Bolaños, pues me enteré, como casi todo el Gobierno, cuando se había desmantelado el riesgo. Tal vez añadir únicamente y como pequeño complemento a lo escrito en el texto que recensiono, que el ministro de Justicia, Landelino Lavilla, de quien dependían entonces los centros penitenciarios, me convocó en la fecha de referencia para, sin saber yo para qué en un primer momento, preguntarme cuál de los celulares de nuestros establecimientos carcelarios podían estar preparados para acoger un importante número de guardias civiles y miembros de la policía armada y si la madrileña cárcel de Carabanchel reunía las características adecuadas para ese excepcional encierro. Lo pensé, junto con Emilio Tavera, mi subinspector general Penitenciario, y le di una solución distinta: el de la prisión toledana de Ocaña sería, en su caso, el más pertinente. No se llevaron a cabo después tales internamientos, pero todo quedó preparado y a la expectativa de lo que no hizo falta.

En cuanto al 23-F, yo era en aquel momento subdirector del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense y el Prof. Juan Carlos Carbonell, jefe de estudios, y allí nos encontrábamos aquella tarde de lunes. Decidimos suspender las clases y cerrar el centro docente. La decisión no podía tomarla su director, el Prof. Manuel Cobo del Rosal, por estar reunido en Castellana núm. 3 con el resto de los secretarios de Estado (él lo era de Universidades) y subsecretarios como gobierno provisional presidido por Francisco Laíña. Al día siguiente, el 24, cuando todavía coleaba el descabellado suceso, volví al aula, a impartir mi programada lección, y hablé del golpe acaecido y terminé con una meditada frase referida a que «el lugar de los delincuentes es la cárcel y el de los locos el manicomio», no sabiendo muy bien distinguir –dije– «a cuál de ambas categorías pertenecían los asaltantes». Algunos alumnos, simpatizantes sin duda de los mismos, abandonaron la clase como muy indignados y, lógicamente, allí quedó todo. Tiempo después, fui a examinar de Penología, asignatura que se cursaba en el mismo Instituto y que yo impartía, a un capitán de la guardia civil, detenido preventivamente a la espera de juicio, en Campamento, como otros golpistas. Todo me pareció francamente correcto: el trato, el respeto hacia mi persona, el recordatorio de mi actitud frente a los presos de ETA concentrándoles en la prisión de Soria; todo, menos el almuerzo donde la totalidad de los procesados allí arrestados compar-

tieron mesa con el coronel-jefe y los mandos de la unidad y con quien esto escribe. No solo tropezamos con la ética sino también con la estética.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

ORO-PULIDO MIGUEL, Marta: *Los jóvenes de origen emigrante en prisión: perfiles e historias de vida*. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior. Madrid, 2020, 402 páginas.

De nuevo la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias publica un volumen del prestigioso Premio Victoria Kent del año anterior, en este caso el único trabajo galardonado en 2019 con un Primer Accésit. Instituido por la anterior Secretaria General del ramo, Mercedes Gallizo, y mantenido por su sucesor, Ángel Yuste, y por el actual, Ángel Luis Ortiz, este reconocimiento anual a los trabajos de algunos de nuestros mejores penitenciaristas y muy destacados penalistas está logrando un merecido reconocimiento. Muchos títulos se van ya acumulando en nuestras bibliotecas al respecto y es un honor, uno más de los que debo a la querida Institución, el figurar entre los miembros permanentes de su jurado.

El nuevo texto de la colección es un tema por demás interesante y ayuno de investigación rigurosa hasta el presente. No en balde la autora es psicóloga del Cuerpo Técnico y ha desempeñado su gran labor en determinados centros penitenciarios –en la actualidad en Madrid VI Aranjuez– habiendo ostentado la subdirección de tratamiento en alguno de ellos. Es, por tanto, persona capacitada para el estudio que nos ofrece al abordar, día a día, como nos dice, la realidad del hecho migratorio y ha sido precisamente «esta cercanía la que ha motivado esta investigación» (p. 23), según nos confiesa.

El texto tiene seis capítulos y en ellos se desarrolla una aproximación sistemática al fenómeno de los emigrantes en prisión, centrado en los jóvenes, objeto de su especial y generosa preocupación. Los dos primeros apartados, el primero y gran parte del segundo, se ocupan de una introducción genérica a la materia, así como a las conductas delictivas observadas en los mismos, acotando el concepto de joven, después de repasar las edades que señalan determinados organismos internacionales, en el periodo vital comprendido entre los 18 y los 25 años, como hace la vigente legislación penitenciaria española (pp. 32, 112 y 128). Es al final del último apartado citado (pp. 94 y ss.) cuando se estudia concretamente el tema de dichos jóvenes en prisión.

En el capítulo III Marta Oro-Pulido nos explica la metodología de investigación por ella empleada (pp. 107 y ss.), como preguntas que viene al caso, completas fichas de los expedientes personales y entrevistas, elevándose los participantes en el estudio a 210 (p. 113), significativa cifra pues con inmediata anterioridad se nos dice que el número de jóvenes en nuestros centros peniten-

ciarios asciende a 433, al momento de la investigación (mayo y junio de 2015). La muestra es pues suficiente. El siguiente capítulo se ocupa de describirnos el colectivo de los jóvenes inmigrantes en prisión (pp. 137 y ss.), plasmando una serie de variables interesantes, en función del origen, es decir entre inmigrantes y españoles (pp. 148 y ss.), trabajo que en el capítulo VI se extiende a distintas nacionalidades y a las mujeres (pp. 306 y ss.). En el precedente capítulo V se recogen «historias de vida» de cuatro de estos emigrantes (pp. 243 y ss.), cuya peripecia vital ha sido seleccionada por la autora con detalle.

Llamar la atención, «visibilizar», nos dice Marta Oro-Pulido, este colectivo, el «gran desconocido» (p. 337), es el principal objetivo del importante trabajo, concluyendo con las tareas que se enumeran para lograr un tratamiento efectivo de los jóvenes en prisión relativas a tener en cuenta en los centros: el hecho migratorio, la separación de las bandas juveniles en prisión de los internos no contaminados y la necesidad de apoyo familiar y exterior. Estas premisas que, por ejemplo, se enumeran, son razonables y pensadas en esta monografía plagada de firmes y contundentes datos. Una bibliografía final (pp. 343 y ss.) y unos anexos (p. 373), con muestras del material utilizado, completa el estudio justamente premiado.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

ORTEGA DÍAZ-AMBRONA, Juan Antonio: *Las transiciones de UCD. Triunfo y desbandada del centrismo (1978-1983)*. Galaxia Gutenberg. Barcelona, 2020, 444 páginas.

I

El que fue mi Subsecretario de Justicia y luego Secretario de Estado y dos veces ministro con la UCD, acaba de publicar su segundo libro de memorias(1) que, sin duda, se hacía esperar. Dedicado al que fue nuestro gran ministro, Landelino Lavilla, con el que aparece en la portada, lamentablemente desaparecido en el mismo año de su edición, el texto es un repaso admirable de un pasado reciente digno de encomio y; sin embargo, tan lejano ahora, en los tiempos que corren que pretenden olvidarlo, desvaneciendo su valioso recuerdo.

Juan Antonio Ortega ha sido uno de los políticos y hombre de leyes más importantes de la transición democrática. Consejero de Estado, excepcionalmente amable, culto y sabio, su figura se alza entre las más relevantes del periodo del que precisamente escribe. Y lo hace con modestia y prudencia.

(1) *Memorial de transiciones (1939-1978)*. Galaxia Gutenberg. Barcelona, 2015.

Fue mucho más de lo que nos narra, trascendente en sus conocimientos y su aportación para la reforma política y leal a sus amigos e ideales democráticos. O sea, personaje público de lo que ya no hay, donde la ambición y el chalaneo imperan en nuestros actuales representantes. Ortega Díaz-Ambrona careció de ambición personal en su magnífica gestión. De hecho, volvió a donde procedía. Únicamente el servicio al país conmovió su clara y beneficiosa actuación. Fue en esa época, y siempre, un verdadero hombre de Estado, es decir hoy especie solitaria o *rara avis* en el panorama presente. Tuve el honor de obedecerle y despachar con él y, siempre y también, con Landelino, y guardo aquella etapa de mi vida, dos años impagables (1978 -1979), pese a las intrínsecas dificultades y sufrimientos, como el mejor pasado. Sus enseñanzas conformaron mi espíritu en aquella dedicación temporal, como lo hicieron las de mi maestro, el Prof. Enrique Gimbernat, en mi permanente profesión. Por eso, recensionar este libro del autor, como ya lo hice con el primero en este mismo espacio(2), es un deber y una superior satisfacción.

Por lo que respecta al presente, me atrevo a decir que no he encontrado un libro de memorias tan bien escrito. Todo está excepcionalmente expresado, sin retórica, diáfano en la explicación y rotundo en la exposición. Su literatura es así de un nivel máximo no únicamente en este tipo de ensayos sino en general. Juan Antonio Ortega nos narra sus vivencias, enmarcadas en los años señalados en el título de su obra, con objetividad y no menos cariño. Su partido hubiera sido imprescindible en el devenir político nacional, pero tal, por las circunstancias que con precisión nos cuenta, no aconteció. La forma expresiva es como subsidiaria y de un buen observador. Pocas veces un autor no se mira al ombligo y dedica las páginas de su obra, en vez de a sí mismo, a tratar de los demás con sutileza y dedicación como hace Ortega Díaz-Ambrona. La sencillez discursiva es proverbial en el texto que se presenta como si las cosas sucedieron por qué sí, sin mencionar especialmente lo que deben a figuras como él, verdaderos protagonistas de cuanto aconteció.

Vaya por delante advertir que no estamos en presencia de una biografía al uso. El extenso libro abarca los años de esplendor o auge, deterioro y final del partido político en el que militó. La UCD triunfó primero y se disolvió después como un azucarillo entre tanta ambición de varones y el ascenso imparable del PSOE, el gran beneficiario de la caída de aquél. Por ello, el texto no cuenta los años profesionales posteriores y tan valiosos de su protagonista. Sus etapas ministeriales y su permanente labor jurídica de entonces también se reflejan en las brillantes páginas de Juan Antonio Ortega. ¡Ojalá las que presumiblemente restan hasta el momento actual queden para más adelante! De momento, podemos disfrutar de estos extensos renglones dedicados a un periodo de España, el del cambio de una dictadura a una democracia, ejemplar y en el cual el autor colaboró como uno de sus primeros adalides.

(2) *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2014, pp. 563 y ss.

II

Con gran inteligencia, Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona divide metodológicamente los siete capítulos del texto como refleja el título, sazonados de fotografías concordantes con cuanto se narra. Es decir, dedica los apartados a las transiciones que se experimentaron en los diversos aspectos abordados por la reforma política. Transiciones son equivalente a transformaciones, todas admirables y, prácticamente, salidas de la nada o mejor de la potencia vital y valentía desplegada por los protagonistas de las mismas. Reconforta ver cómo se actuó y causa vergüenza observar cómo, en los momentos actuales, tan poco se quiere reconocer, marginándolo, aquel magnífico esfuerzo y dedicación para el bien de nuestro país. Si el autor habla de transiciones ello es, con toda justicia, la característica de lo que hizo la UCD en aquel tiempo, su esencia y contenido. Nada de cuanto bueno acontece ahora hubiera cabido sin esos lúcidos pasajes reformadores y, por ello, lo rechazable es exclusiva creación de la ambición de unos cuantos gobernantes ignorantes de cuánto se trabajó, generosa y desprendidamente, por España.

Todos los aspectos del cambio están tratados. Las dificultades surgidas a cada instante, a cada paso, no se ahorran. La política, con mayúsculas, no la de hoy; el Derecho y la legislación, el poder judicial, la evolución hacia un Estado descentralizado, la educación y, en fin, la precipitación «hacia la nada» (p. 295), es decir, el ocaso de la UCD. Lo escrito por el autor revela un talante dialogante y equilibrado muy suyo y también propio del periodo vivido. Cuánto se acordó se hizo bajo el manto del diálogo y del «consenso», patrocinado por el presidente Suárez. De aquel deriva nuestra Constitución y la vigente, ¡todavía!, Ley General Penitenciaria, así como los Pactos de la Moncloa o los Estatutos de Autonomía. Cada transición está sazonada en el libro de Juan Antonio Ortega con el somero retrato de las personalidades con las que trató en el desempeño de sus cargos o de quienes, con amistad y lealtad, le servimos. Muchos grandes personajes de la transición aparecen en estas líneas que descubren lo mejor de cada una de ellas. La crítica adusta no figura entre los calificativos utilizados. Incluso el excuso dedicado al obispo Setién (pp. 119 y ss.) o las palabras dedicadas a Arzallus –su foto con sotana es superior– (pp. 127 y ss.), tienen menos carga negativa de la debida. Es lo que les sucede a las buenas personas incluso cuando hablan de las malas. Por el contrario, el relato de los personajes políticos y otras no menos relevantes figuras del momento que aparecen en los diversos capítulos, es siempre generoso y amable, por ejemplo, cuando trata de oponentes como Gómez Llorente (pp. 235 y ss.) o del arzobispo Yanes (pp. 248 y ss.). Prueba de la bonhomía del autor es el trato que dispensa a la dimisión («eso sí influyó; ¡vaya si influyó!» –se refiere a los comentarios críticos esparcidos por el Rey–) del que era su presidente, del Partido y del Gobierno, Adolfo Suárez, lleno de equilibrio y sutileza (p. 305).

El dolor no está ausente en lo escrito por Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona porque no lo estuvo en la transición democrática. Los atentados terroristas a servidores del Estado le alcanzaron muy de cerca. Directores

generales (Haddad y yo mismo) y magistrados (Cruz Cuenca y Mateu Canovés) sufrieron las balas de las bandas armadas, por desgracia con menor suerte que yo algunos de los citados, o fueron secuestrados (Rupérez y Cisneros, frustrado este último) (pp. 153 y ss.). Pareciera que ese tributo era imprescindible y sustancial al cambio político. ETA y Grapo fueron los grupos más destacados y recalcitrantes en la práctica del terror, aunque no faltaron otros como Terra Lliure y los vinculados a la extrema derecha. Contra todos se luchó oponiendo «el poder coactivo legítimo del Estado democrático de Derecho» (pp. 180 y ss.) a «la violencia ilegítima» (pp. 143 y ss.) de aquellos grupos criminales, ambigüamente tratada su condena por algunos, especialmente la merecida por los etarras por el PNV. Aunque peor es hoy cuando se tiene a los ex-etarras o a los filoetarras como socios de legislatura. Recuerdo cuando concentramos, en una operación impecable, a los miembros de aquellas organizaciones asesinas fuera del País Vasco, los primeros en la prisión de Soria y los segundos en la de Zamora, así como nuestra visita a la obras de Herrera, establecimiento penitenciario de régimen cerrado, cercana su inauguración, y también cuando Juan Antonio Ortega me dijo en su coche oficial, donde nos desplazábamos, «¿podemos decir que de esta prisión no se podrá escapar nadie?», lo que me pareció factible afirmar. Teníamos muy presente la numerosa fuga de la Modelo barcelonesa de hacía un año.

Tampoco olvida Juan Antonio Ortega la otra violencia, la practicada por los servidores estatales –yo recuerdo ahora la torpe Operación Galaxia que desde la Dirección General viví y busqué el celular de Ocaña para los implicados– o «el misterioso golpe de Estado del 23-F» –como lo llama– perfectamente diseccionado en el texto en este mismo apartado IV (pp. 170 y ss.).

Termina el gran libro con un útil índice onomástico (pp. 409 y ss.), referencia necesaria para completar esta obra verdaderamente ejemplar y necesaria, de lectura obligatoria para la generación presente, de memoria clara y limpia de un pasado que nos dejó un legado impagable, un modelo del hacer público como ya no existe, de personas desinteresadas y comprometidas con la incipiente democracia, de gestión sin engaños, mentiras ni insultos, sin pactos con los simpatizantes de los terroristas, con acuerdos con los políticos decentes y extremadamente valiente. O sea, una rareza en los tiempos que corren.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

VALOR BRAVO, Diego: *La profesión de las Meigas. Una nueva visión de la brujería a la luz de documentos inéditos de la Inquisición española*. Cydonia. Pontevedra, 2021, 259 páginas.

Este original libro trata sobre las brujas y su persecución. Escrito tomando referencias y procesos auténticos de la Inquisición, extraídos del correspondiente Archivo Histórico, se nos presenta como un texto elaborado a partir de esos documentos y sus aportaciones, «inéditos y nunca divulgados», como indica el propio editor (p. 5).

El autor, Diego Valor, profesor asociado de Historia del Derecho y de las Instituciones en la madrileña URJC, ha trabajado así en unos sucesos contrastados, referidos esencialmente a la tierra gallega, pues a los Tribunales de Galicia, y especialmente al de Santiago de Compostela, se refiere. Se trata de una obra apretada, de modesta presentación pero buen contenido, interesante por retomar una temática que fue historia penal y procesal de España. Cuando se acaba de recensionar, en este mismo número del Anuario, una obra como la de Lea no viene mal, como complemento de lectura, este texto localista pero esclarecedor de la persecución sufrida por estas mujeres consideradas endemoniadas y sacrificadas por la ignorancia y el fanatismo religioso, no exclusivamente español, pues la caza de la brujería, en proporción desmesurada, se extendió en esta época por toda Europa (pp. 62 y 63) y, posteriormente, por los Estados Unidos.

Consta la obra de seis capítulos, unos anexos y una única página de bibliografía –que incluye los legajos del Archivo Histórico Nacional, Sección Inquisición, manejados– con autores que no se han mencionado con la oportunidad y concreta referencia en la obra, lo que es ciertamente deficiente, sin llegar a ser determinante para rechazar la investigación, así como criticable es la ausencia de notas a pie de página. Tampoco es lo ideal la larga reproducción literal de casos, que consume muchas páginas del texto, en los que bastaba un mero resumen que hubiera facilitado la lectura. Un prólogo ilustrado del conocido escritor y experimentado magistrado José Antonio Vázquez Taín (casos Códice Calixtino, Asunta Basterra, etc.) con una buena presentación histórica, abre el presente libro.

En lo que a mí respecta, es el capítulo 2.º, «Brujería e Inquisición» (pp. 53 y ss.), el más destacable a los efectos punitivos. En el 1.º, lo que hace el Prof. Valor Bravo es presentarnos a las protagonistas del estudio, matizando sus categorías y clases, lo que se viene a desarrollar en otros apartados (hechiceras –capítulo 5.º–; sanadoras –capítulo 6.º–, etc.). En todos los capítulos están mencionados significativos procesos contra las meigas, también del género masculino, especificando el autor que, en muchas ocasiones, más que el temor a sus poderes concurría una visión en la que se acentuaba la ignorancia y el aprovechamiento. De ahí, en principio, una cierta moderación en las penas (pp. 63 y ss.). La miseria económica y el vagabundeo de las acusadas también se demuestran como evidentes, así como, en determinados supuestos, las acusaciones de los médicos o físicos que entendían que los conjuros que se proferían para recuperar la salud de los vecinos que acepta-

ban estas prácticas y en las que creían, era un intrusismo en su letrado oficio, «una competencia desleal muy perniciosa» (p. 46), que repercutía claramente en sus ganancias. Ello no es óbice para que se describan verdaderas prácticas demoniacas como los aquelarres (pp. 124 y ss.).

El procedimiento inquisitorial rige sin ambages en la materia. Los archivos del Santo Oficio de Santiago de Compostela, a los que se limita la investigación, nos demuestran que el proceso no difería de cuantos perseguían comúnmente la herejía y similares. Las denuncias secretas, la tortura como método de interrogatorio para lograr la confesión del reo, esencialmente el potro (pp. 74 y ss.), o la relajación al brazo secular, es materia reiterada en el trabajo de Diego Valor.

En los apartados mencionados anteriormente (el 5.º y el 6.º), se ocupa el autor de las prácticas de las meigas y de sus variados métodos de aplicar los hechizos (pp. 141 y ss.), así como sus instrumentos sanadores (pp. 181 y ss.). No cabe duda de que estos estaban inmersos en la cultura popular del paisaje del territorio, creyentes sin mácula en los procedimientos que les eran aplicados por las hechiceras. De ahí, la numerosa cita en el texto de sucesos referidos a estos supuestos aceptados voluntariamente por los paisanos.

Entre los anexos del libro encontramos uno que recoge, por orden cronológico, el listado de procesos inquisitoriales del Tribunal de Santiago, que abarca desde el año 1565 hasta el de 1818 (pp. 243 y ss.), encontrados en el correspondiente Archivo, ilustrativo del uso y relativo abuso de esta jurisdicción sobre el fenómeno estudiado por el autor.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

Revista de Revistas

TÉLLEZ AGUILERA, Abel: «Cadalso ante el espejo», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 261, 2020, pp. 13 y ss.

Mi querido discípulo, el magistrado Abel Téllez, ha publicado este sobresaliente artículo dedicado a uno de los grandes del Derecho penitenciario español. De hecho, parte de finales del siglo XIX y principios del XX, claves para el desarrollo del ordenamiento y de la ciencia penitenciaria, no se entenderían sin él. La vida y obra de D. Fernando Cadalso Manzano está magníficamente representada en estas líneas excepcionales. Denotan las mismas un respeto sin igual por el gran madrileño, por el ejercicio del mando de importantes establecimientos carcelarios, por su desempeño del más alto cargo administrativo del ramo y por su inmensa labor literaria especializada y, desde luego, legislativa. Su pluma, plasmada en disposiciones más que relevantes, reguló durante décadas la ejecución penal en nuestro país. Todavía, la separación en grados, propia del sistema progresivo, figura en el art. 72 de la vigente Ley Orgánica General Penitenciaria. Yo lo escribí y al hacerlo, en unión del sistema tutelar ideado por Salillas, convertí el sistema de ejecución de las penas privativas de libertad en la fusión denominada individualización científica. No podía olvidar el pensamiento creador, lejano y beneficioso para los internos, de Cadalso.

Este trabajo se suma al gran libro de Jorge Núñez sobre nuestro prócer, único en nuestra literatura (Universidad Carlos III, 2014). Pero, si hubiera que significar una distinción entre ambos trabajos, complementarios por demás, diría, sin lógicamente menospreciar al primero, que tanto valoro y aprecio, que el de Abel Téllez es más penitenciario. La búsqueda de bibliografía y las citas empleadas son francamente determinantes. Las imágenes fotográficas, perfectamente rastreadas, que acompañan a lo escrito son indicativas de ciertos aspectos vitales y de la especial labor profesional de Cadalso. Como es muy propio en el autor de este trabajo, se puede decir que está todo, en su originalidad y conocimiento. Abel Téllez adquiere de su bolsillo cuanto puede y escribe siempre de primera cita en su propia casa. Su biblioteca penal, criminológica y penitenciaria es, así, verdaderamente única. Así puede ofrecernos una información técnica y global verdaderamente mag-

nífica. Una parte trascendente de su sueldo lo utiliza para, generosamente, darnos a conocer lo mejor de sus investigaciones y, en este sentido, el presente artículo, prácticamente una auténtica monografía, creado en plena madurez intelectual es, en mi opinión, uno de los mejores debidos a su amplia y preciada producción.

La aportación de Abel Téllez, que trasciende la extensión de un artículo científico convencional, pues abarca el apretado texto de la Revista de las páginas 13 a la 105, consta de varias partes que se corresponden con las múltiples ocupaciones de Fernando Cadalso, además de sus apuntes biográficos, sus estudios universitarios y doctorados. Todos se encuentran advertidos con una cercanía y pulcritud mercedora del mayor encomio. La admiración por el gran penitenciario y penitenciarista que fue el sabio madrileño se advierte en estas páginas. Ello no significa que se olviden en las mismas otros grandes especialistas españoles como Salillas o Lastres, así como la labor previa y ejemplar, por ejemplo, de Montesinos. Y es que ello conforma nuestra mejor historia penitenciaria a la que nunca ha sido ajeno Abel Téllez.

La actuación verdaderamente genial de Cadalso se encuentra reflejada de una manera fuera de toda ponderación en el más que meritorio trabajo de Téllez Aguilera. Y el reconocimiento y el prestigio de aquel. También las reticencias que obtuvo. Durante su vida, el ilustre madrileño fue respetado y entendido, pero solo a medias. La envidia, como decía Fraga, debería ser perseguible de oficio. No marginado como Salillas, pero sí rechazado en ciertas ocasiones. Ello se ha prolongado después de su muerte, en los tiempos actuales. Su recuerdo parece esfumarse. Que ninguno de los vigentes CIS lleve su nombre demuestra el viejo encono o la desidia histórica de algunos, persistente en el tiempo.

Cientos de notas a pie de página completan el artículo. Es imposible conocer mejor a un personaje y ofrecérselo con un lenguaje tan accesible e ilusionado. El mérito de Abel Téllez es reiterado cuando trata, desde su lejana tesis doctoral o cuando se ocupa del Prof. Castejón o del director Millán Astray, del tema penitenciario, pero ahora ha llegado a su culmen. No creo pueda escribirse nada semejante a la presente noticia biográfica de Fernando Cadalso. Ha tenido que ser un especialista español actual quien ha rescatado –al margen del Prof. argentino Núñez– al magno protagonista de sus líneas, modélicas por demás y ejemplares, mercedoras de un repaso atento y detallado. Personalmente, hacía mucho tiempo que no disfrutaba tanto científicamente como con la lectura de una obra semejante. Esta es verdaderamente sin igual.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel: «Algunas propuestas de *lege ferenda* para la inhumana pena de prisión permanente revisable», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 262, 2020, pp. 137 y ss.

El Dr. Fernández Bermejo, profesor acreditado titular de Derecho Penal de la UNED, discípulo de mi discípulo, el Prof. Enrique Sanz Delgado, ha vuelto a insistir en este artículo, que prestigia a la REP, acerca de la prisión permanente revisable, a la que, en unión del Prof. Cámara Arroyo, también discípulo de Enrique Sanz, dedicaron una importante monografía, así como individualmente bastantes trabajos. El Prof. Fernández Bermejo es premio Victoria Kent y, desde sus orígenes científicos, destacado penitenciariasta. Su libro acerca de la individualización científica no solo obtuvo el mencionado galardón, sino que se colocó en una de las aportaciones señeras en su campo.

La presente investigación es extensa y generosa en la problemática que plantea y en su redacción. Contiene cinco apartados fáciles de seguir por el lector especializado y un número de notas a pie de página apabullante (72) para un trabajo de estas características. Bien escrito y con propuestas razonables, parte de la base de su calificación de esta pena, en el mismo título, como «inhumana», es decir como una de las que veta expresamente nuestra vigente Constitución de 1978 y nuestro sentido de la decencia y la moralidad en el castigo.

El artículo que recensiono no es un mero resumen del importante libro ya citado al respecto. Su planteamiento es original y adecuada su conclusión al título propuesto, que se revela como una exigencia merecedora de una explicación convincente: no es anticonstitucional una sanción penal por que el autor desea que lo sea, sino porque la consecuencia de un profundo análisis lo demuestra. Y este es el caso que nos ocupa. La investigación se centra en los aspectos de su historia y especialmente de su régimen actual, partiendo de un postulado esencial: en nuestro Derecho penitenciario histórico nunca ha existido la condena de prisión perpetua, puramente nominal en los textos punitivos sustantivos y, por el contrario, siempre la rebaja de condenas. De ahí, que el autor concluya brillantemente en sus propuestas de reforma de la institución, más que razonables: implantación de la rebaja decimonónica, potenciación máxima del principio reglamentario de flexibilidad y reducción de los exagerados límites de acceso a la suspensión y otros beneficios penitenciarios, como su conversión en una pena determinada y limitación de los periodos de seguridad (pág. 145). A partir de aquí, el trabajo desarrolla los postulados propuestos con inteligencia y concordancia con la legislación vigente, interpretada generosamente, pero con indudable soporte en la realidad.

Creo que el esfuerzo del autor, en este sentido, ha sido necesario, como también pienso que nada va a modificarse por ahora de la institución nacida en 2015 por mor de la modificación operada por las LLOO 1 y 2 del CP. Lleva ya muchos años de aplicación esta sanción y son muchos los condenados a la misma sin grandes aspavientos. Únicamente, la mayoría de la doctrina científica de nuestro país, siempre con el apoyo del Derecho comparado, como comenzó a hacerlo mi maestro, el Prof. Enrique Gimbernat, ha expre-

sado reiteradamente, como efectúa de nuevo Daniel Fernández Bermejo, su oposición. El TC aún no se ha pronunciado al respecto.

Finaliza el artículo del Prof. Fernández Bermejo con una recopilación de las «sentencias más relevantes con condena o petición de prisión permanente revisable» (pp. 161 y ss.), desde el año 2017, algunos de los casos más conocidos en nuestra jurisprudencia y más notorios en los medios en su momento.

La aportación es una nueva y brillante reflexión acerca de esta pena, pero no creo que sea la última mientras siga en vigor y exista sensibilidad en nuestros penalistas. En Instituciones Penitenciarias y en los Jueces de Vigilancia recae la responsabilidad de su aplicación no tan estricta como indican los tiempos legales, pues nadie ha derogado el principio constitucional (art. 25.2), ni desde luego el contenido en la Ley Orgánica General Penitenciaria (arts. 1 y 59), de orientarse las penas a la reinserción y reeducación de los condenados, imposible sin la necesaria atención al caso concreto y a los avances experimentados en el tratamiento por cada reo y esto sí que se encuentra vigente con rotundidad.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. Envío de originales: Los autores remitirán sus trabajos en castellano y formato Word (doc.) mediante correo electrónico a la siguiente dirección adpcp@mjusticia.es

El plazo máximo para el envío de los originales es a finales del mes de abril del año en el que se publica la Revista.

2. Formato: Los artículos originales presentados para las secciones: “Doctrinal”, “Premio Susana Huerta de Derecho Penal” y “Crónicas extranjeras”, serán inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Tendrán una extensión entre 30 y 60 páginas DIN A4, debiendo ir enumeradas. El texto estará justificado y con interlineado simple. El tipo de letra para el texto principal será “Times New Roman 12” y para las notas al pie “Times New Roman 10”.

En la primera página del artículo se incluirán los siguientes datos: el título del trabajo, el nombre del autor o autora, su filiación académica o profesional y la institución a la que pertenece. El trabajo deberá acompañarse de un Resumen de un máximo de diez líneas (en castellano y en inglés), así como de cinco o seis Palabras clave (en castellano y en inglés). Asimismo, se deberá incluir un Sumario con los epígrafes en los que se estructura el texto.

3. Sistema de citas: Las referencias bibliográficas se incluirán a pie de página y se citarán del siguiente modo:

a) *Monografías:* APELLIDOS del autor/a e inicial del nombre, *título del libro* (en cursiva), editorial, lugar y fecha de edición, página o páginas (p. / pp.).

–ejemplo: RUIZ ANTÓN, L. F., *El agente provocador en Derecho Penal*, EDESA, Madrid, 1982, pp. 10-15.

b) *Capítulo de obra colectiva:* APELLIDOS del autor/a e inicial del nombre, “título del capítulo” (entrecomillado), apellidos e inicial del nombre del director (Dir.) o coordinador (Coord.) de la obra, *título de la obra* (en cursiva), editorial, lugar, fecha y página o páginas.

–ejemplo: GARCÍA VALDÉS, C., “Breve historia del Derecho penitenciario español”, en De Vicente Martínez, R. (Dir.): *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 48.

c) *Artículo de Revista*: APELLIDOS del autor/a e inicial del nombre, “título del artículo” (entrecomillado), nombre de la *Revista* (en cursiva), volumen o número, año, página o páginas.

–ejemplo: FIGUEROA NAVARRO, C., “Del soldado al empleado de establecimientos penales y al funcionario: historia del personal penitenciario”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXXII, 2019, pp. 265-309.

d) *Artículos en línea*: APELLIDOS del autor/a e inicial del nombre, «título del artículo» (entrecomillado), dirección electrónica en la que se encuentra disponible.

La primera mención a la obra bibliográfica en nota a pie de página deberá ser completa, y las sucesivas deberán incluir el nombre del autor seguida de *op. cit.* y la página.

Los originales que no se atengan a tales especificaciones, podrán ser devueltos a sus autores para su corrección.

Recensiones. El Anuario acepta recensiones de libros y artículos de revistas, siendo aconsejable una extensión máxima de 5 páginas.

4. Proceso de admisión, evaluación y publicación: Una vez remitido el artículo, para ser admitidos deberán superar una previa evaluación realizada por dos externos al ADPCP especialistas en la materia (*peer review*), manteniendo rigurosamente el anonimato, tanto del autor como de los evaluadores.

Emitidos los informes por los evaluadores, los autores de los trabajos recibirán una comunicación por correo electrónico, que incluya las razones para la aceptación, revisión o rechazo del artículo, así como los correspondientes informes emitidos por los expertos independientes, cuyo resultado podrá ser:

- Valoración favorable, cuando ambos informes lo fueran.
- Valoración favorable, aunque con la necesidad de realizar subsanaciones como condición para su publicación, así como un plazo otorgado al efecto.
- Valoración desfavorable, cuando ambos informes lo fueran, que conlleva la no aceptación del trabajo.

En el caso de que uno de los informes fuera favorable y otro desfavorable, se estará a lo que decida el Consejo de Redacción del Anuario, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo, cuya decisión será vinculante.

A los autores cuyos trabajos hayan sido aceptados para su publicación, se les facilitará por correo electrónico el contrato de cesión de derechos de explotación del Ministerio de Justicia. Una vez cumplimentado y firmado debidamente, deberá ser remitido a la Secretaría del Anuario. Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Complutense de Madrid

Secretaria

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidad de Alcalá

Consejo de Redacción

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Alcalá

AVELINA ALONSO DE ESCAMILLA

Catedrática de Derecho Penal

Universidad San Pablo-CEU

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Complutense de Madrid

ESTEBAN MESTRE DELGADO

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Alcalá

CARMEN LAMARCA PÉREZ

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Carlos III de Madrid

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad Rey Juan Carlos

Consejo Asesor

ADELA ASUA BATARRITA

Catedrática de Derecho Penal

Universidad del País Vasco

JAVIER BOIX REIG

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia

CONCEPCIÓN CARMONA SALGADO

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Granada

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Barcelona

ANTONIO CUERDA RIEZU

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Rey Juan Carlos

ALICIA GIL GIL

Catedrática de Derecho Penal

UNED

CARMEN GÓMEZ RIVERO

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Sevilla

ELENA LARRAURI PIJOAN

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Pompeu Fabra

MERCEDES PÉREZ MANZANO

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Autónoma de Madrid

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Rovira i Virgili de Tarragona

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Autónoma de Madrid

CLAUS ROXIN

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Ludwig-Maximilian (Múnich)

JESÚS M.^a SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Pompeu Fabra

TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia